

**КОНСТИТУЦИОННЫЙ СОВЕТ
РЕСПУБЛИКИ КАЗАХСТАН**

**УТВЕРЖДЕНИЕ ВЕРХОВЕНСТВА ПРАВА,
ОБЩЕЧЕЛОВЕЧЕСКИХ ЦЕННОСТЕЙ
И ПРИОРИТЕТОВ
СОВРЕМЕННОГО ГОСУДАРСТВА:
ДЕЯТЕЛЬНОСТЬ КОНСТИТУЦИОННОГО СОВЕТА
РЕСПУБЛИКИ КАЗАХСТАН**

Нур-Султан, 2020

**КОНСТИТУЦИОННЫЙ СОВЕТ
РЕСПУБЛИКИ КАЗАХСТАН**

**УТВЕРЖДЕНИЕ ВЕРХОВЕНСТВА ПРАВА,
ОБЩЕЧЕЛОВЕЧЕСКИХ ЦЕННОСТЕЙ И
ПРИОРИТЕТОВ СОВРЕМЕННОГО ГОСУДАРСТВА:
ДЕЯТЕЛЬНОСТЬ КОНСТИТУЦИОННОГО СОВЕТА
РЕСПУБЛИКИ КАЗАХСТАН**

Нур-Султан, 2020



**Посвящается двадцатипятилетию
Конституции Республики Казахстан**



**УТВЕРЖДЕНИЕ ВЕРХОВЕНСТВА ПРАВА,
ОБЩЕЧЕЛОВЕЧЕСКИХ ЦЕННОСТЕЙ И
ПРИОРИТЕТОВ СОВРЕМЕННОГО ГОСУДАРСТВА:
ДЕЯТЕЛЬНОСТЬ КОНСТИТУЦИОННОГО СОВЕТА
РЕСПУБЛИКИ КАЗАХСТАН**

Нур-Султан, 2020

УДК 342
ББК 67.400.1
У 84

Выпущено по программе «Повышение конкурентоспособности сферы культуры и искусства, сохранение, изучение и популяризация казахстанского культурного наследия и повышение эффективности реализации архивного дела», по подпрограмме «Приобретение, издание и распространение социально-важных видов литературы» Комитета языковой политики Министерства культуры и спорта Республики Казахстан

У 84 **Утверждение верховенства права, общечеловеческих ценностей и приоритетов современного государства: деятельность Конституционного Совета Республики Казахстан** / Под общ. ред д.ю.н., проф. К.А. Мами / Авт. предисл. д.ю.н., проф. К.А. Мами. – Нур-Султан: Деловой Мир Астана, 2020. – 464 с.

ISBN 978-601-7918-25-5

Институт конституционного контроля в Республике Казахстан стал признанным инструментом обеспечения верховенства и прямого действия Конституции, повышения эффективности воплощения ее ценностей и положений в жизнь казахстанского общества, государства и каждого человека.

За прошедшие двадцать пять лет накоплен значительный опыт деятельности Конституционного Совета. Его нормативные постановления входят в систему действующего права, формируя вместе с нормами Основного Закона прочный фундамент всего правотворчества и правоприменения. Вместе с ежегодными посланиями о состоянии конституционной законности и разъяснительной работой коллектива Совета они способствуют упрочению правосознания населения.

В ходе конституционных реформ компетенция Конституционного Совета постоянно расширяется, укрепляются гарантии исполняемости его решений.

Наряду с членами и сотрудниками аппарата Совета, авторами включенных в настоящую коллективную монографию научных статей являются ведущие ученые, представляющие различные сферы казахстанской юриспруденции. Многие из них выступали экспертами и специалистами по конкретным делам, консультировали по сложным аспектам конституционного производства и проблематики утверждения режима конституционной законности и конституционализма.

Представленные в книге результаты глубокого анализа будут полезны широкому кругу государственных служащих, ученых и практиков-юристов, политологов и представителей других сфер гуманитарных знаний, а также студентам и другим интересующимся казахстанским опытом утверждения конституционализма.

УДК 342
ББК 67.400.1

ISBN 978-601-7918-25-5

© Конституционный Совет
Республики Казахстан, 2020
© ТОО «Деловой Мир Астана», 2020
Все права защищены

Авторский коллектив

- Абайдельдинов Е.М.** – раздел III (III–2);
Абдрасулов Е.Б. – раздел I (I–6);
Амандыкова С.К. – раздел I (I–2);
Байдельдинов Д.Л. – раздел II (II–4);
Баймаханов М.Т–М. – раздел II (II–1 в соавторстве с Баймахановой Д.М.);
Баймаханова Д.М. – раздел II (II–1 в соавторстве с Баймахановым М.Т–М.);
Балтабаев К.Ж. – раздел III (III–10);
Бекенова А.Г. – раздел II (II–8);
Борчашвили И.Ш. – раздел III (III–9);
Бусурманов Ж.Д. – раздел III (III–1);
Бычкова С.Ф. – раздел II (II–6 в соавторстве с Мукашевым Р.Ж.);
Дауленов М.М. – раздел I (I–7);
Досаева А.А. – раздел I (I–4 в соавторстве с Темербековым А.А.);
Жакаева Л.С. – раздел II (II–7);
Идрышева С.К. – раздел III (III–3);
Карбузов К.–К.Ж. – раздел I (I–8);
Малиновский В.А. – раздел II (II–5);
Мами К.А. – раздел I (I–1);
Меркель И.Д. – раздел III (III–6);
Мукашев Р.Ж. – раздел II (II–6 в соавторстве с Бычковой С.Ф.);
Нурмагамбетов А.М. – раздел II (II–3);
Нурмуханов Б.М. – раздел I (I–5);
Нуртаев Р.Т. – раздел III (III–8);
Рогов И.И. – раздел III (III–7);
Сарсембаев М.А. – раздел III (III–5);
Темербеков А.А. – раздел I (I–4 в соавторстве с Досаевой А.А.);
Тлепина Ш.В. – раздел I (I–3);
Ударцев С.Ф. – раздел II (II–2);
Шапак У. – раздел III (III–4).

II–2. ВЕРХОВЕНСТВО ПРАВА, ПРОБЛЕМЫ СОВРЕМЕННОГО ПРАВОПОНИМАНИЯ И ПРАВОВЫЕ ПОЗИЦИИ СОВЕТА²²³

При всей важности совершенствования и повышения эффективности практики и правоприменительной деятельности, нельзя не согласиться с тем, что часто «решение «практических» проблем напрямую зависит от наличия и степени разработанности определенных методологических предпосылок, при отсутствии которых практическое действие оказывается или бесполезным, или опасным, порождая результаты неожиданные, а то и вовсе противоположные поставленным целям».²²⁴

Нами не ставится задача исчерпывающе ответить на все вопросы темы или дать какие-либо финальные определения. В то же время, хотелось бы, по возможности, с учетом специфики деятельности органа конституционного контроля, отметить некоторые современные тенденции в научном восприятии этих фундаментальных проблем, а также обратить внимание на идеи, концепции, которые желательно учитывать при рассмотрении как общетеоретических, так и отраслевых теоретических вопросов.

В настоящее время мир переживает начало периода реформирования мирового порядка. Глобализация в сфере экономики, политики, права, культуры ведет к усложнению и изменению миропорядка.

Как отметил Президент страны К. Токаев, выступая в ООН, старые и новые противоречия и конфликты в мире, поставили «мировые державы на грань

²²³ Настоящий раздел монографии – переработанный и значительно дополненный вариант доклада д.ю.н., профессора С.Ф. Ударцева на первом заседании Научно-консультативного совета при Конституционном Совете Республики Казахстан 11 мая 2018 г. (Астана, Конституционный Совет Республики Казахстан): Ударцев С.Ф. Верховенство права, проблемы современного правопонимания и обеспечение защиты Конституции // Қазақстан Республикасы Конституциялық Кеңесінің Жаршысы. 32 – Басылым = Вестник Конституционного Совета Республики Казахстан. Выпуск – 32. 2018. – С. 91–107; а также статьи: Ударцев С.Ф. Верховенство права, проблемы современного правопонимания и обеспечение защиты конституции [Полный вариант статьи] // Ученый. Политик. Просветитель: Сборник научных трудов к 60-летию академика Акмаля Холматовича Саидова. Ташкент: Издательство журнала «San,at», 2018. – 356 с. – С. 99–153.

²²⁴ Долголенко Т.В., Финогентова О.Е. Аксеологический и формально-юридический смысл толкования права. Екатеринбург: ООО «Издательство УМЦ УПИ», 2013. С. 13. Как заметил немецкий физик Роберт Кирхгоф, «нет ничего практичней хорошей теории». См.: Душенко К.В. Большая книга афоризмов. Изд. 7-е, исправл. – М.: Изд-во Эксмо, 2003. – С. 837.

полномасштабного военного противостояния». «...Это ведет к эрозии нынешней архитектуры безопасности и системы контроля над вооружениями, что чревато возобновлением гонки вооружений». Отмеченные «вызовы усугубляются сдерживающими санкциями, торговыми войнами, возрастающим соперничеством в космосе, кибертехнологиями и искусственным интеллектом. Все перечисленное представляет собой тревожные аспекты обостряющегося фундаментального кризиса, – подчеркнул Президент».²²⁵

В условиях начавшихся глобальных изменений в мире, развивающегося кризиса международного правопорядка, доверия между государствами и народами, появлении у государства и права как исторических явлений новых черт, особенностей, открывающихся перед ними новых горизонтов, актуализируется исследование фундаментальных, общетеоретических проблем государства и права, чтобы яснее понять и отследить новые тенденции в эволюции государства и права. В такие исторические периоды для многоаспектного познания новых явлений активизируются также междисциплинарные и межотраслевые исследования государства и права.

Актуальность обращения к блоку вопросов правопонимания, его обновленного осмысления, диктуется также тем, что мир вошел в период четвертой промышленной революции. Меняются технологии работы с законодательством и деятельность суда, автоматизируются некоторые государственные функции, начинается внедрение и в сферу права искусственного интеллекта (ИИ), роботов, смарт-контрактов с включением в них технического и программного описания автоматических процессов правового регулирования²²⁶ и т.д. Обращение к фундаментальным вопросам понимания права важно и для практики, и для научного осмысления реальности, поскольку право является ее существенным компонентом.

1. ВЕРХОВЕНСТВО ПРАВА И ДЕЯТЕЛЬНОСТЬ ГОСУДАРСТВА

Первый Президент РК Н.А. Назарбаев неоднократно говорил на различных форумах о верховенстве права.²²⁷ В Послании народу Казахстана (2018 года) отмечалось: «Работу по укреплению гарантий конституционных прав граждан, обеспечению верховенства права, гуманизации правоохранительной деятельности необходимо продолжить».²²⁸ Выступая на расширенном заседании Политического

²²⁵ Президент Казахстана Касым-Жомарт Токаев выступил на Общих дебатах 74-й сессии Генеральной Ассамблеи ООН. 25 сентября 2019 // Официальный сайт Президента Республики Казахстан. URL: (18.10.2019).

²²⁶ См., напр.: Вашкевич, Антон. Смарт-контракты: что, зачем и как. М.: Симплоер. Право следующего поколения, 2018. – 89 с. О новой промышленной революции см., напр.: Шваб, Клаус. Четвертая промышленная революция: [перевод с англ.]. – М.: Издательство «Эксмо», 2018. – 288 с.

совета партии «Нур Отан» 1 июня 2018 г., Президент Казахстана подчеркнул, что «Инвестиции придут в ту страну, где обеспечено верховенство закона, незыблемы контракты, и где работают образованные госслужащие».²²⁹

Как известно, верховенство права – фундаментальная доктрина англо-американской правовой системы, берущая начало в истории юридической науки из трудов английского профессора А.В. Дайси.²³⁰ Идеи верховенства права широко распространены в мире и являются одной из основ современного правопорядка.

Общим элементом доктрин верховенства права и правового государства, более характерной для континентальной системы права, является теория верховенства закона, включающая идею высшей юридической силы закона и прежде всего конституции как основного закона (или заменяющих ее актов, документов) в системе нормативных правовых актов государства, а также подчинения всех закону. Доктрина верховенства права отличается от более формальной теории верховенства закона апелляцией не только к соблюдению закона (в широком смысле – нормативных актов), но и к содержанию закона, а в конечном счете к праву – явлению, более широкому по смыслу и формам, более содержательному и глубокому исторически, частью которого является закон (законодательство).

Верховенство права исходит из того, что право, как явление человеческого общества, генетически основано на естественном праве, справедливости и разумности организации человеческой жизни. Как свидетельствует история, в частности, Нюрнбергский процесс, закон может быть как правовым, так и бесчеловечным произволом, средством осуществления тотального насилия, уничтожения целых

²²⁷ См., напр.: Послание Президента Республики Казахстан Н. Назарбаева народу Казахстана. 31 января 2017 г.; Участие в церемонии закрытия казахстанско-украинского бизнес-форума совместно с Президентом Украины Петром Порошенко. 9 октября 2015 г.; Выступление Президента Республики Казахстан, Председателя партии «Нур Отан» Н. Назарбаева на XVI съезде партии. 11 марта 2015 г.; Доклад Главы государства Н.А. Назарбаева на Евразийском форуме развивающихся рынков «Вхождение Казахстана в 30-ку наиболее развитых государств мира». 10 сентября 2013 г. См.: Официальный сайт Президента Республики Казахстан // [http://www.akorda.kz/ru/search?q=%D0%B2%D0%B5%D1%80%D1%85%D0%BE%D0%B2%D0%B5%D0%BD%D1%81%D1%82%D0%B2%D0%BE+%D0%BF%D1%80%D0%B0%D0%B2%D0%B0&date=\(26.03.2018%20г.\)](http://www.akorda.kz/ru/search?q=%D0%B2%D0%B5%D1%80%D1%85%D0%BE%D0%B2%D0%B5%D0%BD%D1%81%D1%82%D0%B2%D0%BE+%D0%BF%D1%80%D0%B0%D0%B2%D0%B0&date=(26.03.2018%20г.)).

²²⁸ Послание Президента Республики Казахстан Н. Назарбаева народу Казахстана. 10 января 2018 г. // Официальный сайт Президента Республики Казахстан. - http://www.akorda.kz/ru/addresses/addresses_of_president-poslanie-prezidenta-respubliki-kazahstan-n-nazarbaeva-narodu-kazahstana-10-yanvary-2018-g (26.03.2018 г.).

²²⁹ Участие в расширенном заседании Политического совета партии «Нур Отан». 1 июня 2018 г. // Официальный сайт Президента Республики Казахстан. - http://www.akorda.kz/ru/events/astana_kazakhstan/participation_in_events/uchastie-v-rasshirennom-zasedanii-politicheskogo-soveta-partii-nur-otan-2 (04.06.2018 г.)).

²³⁰ См., напр.: Темирбеков Ж.Р. Альберт Венн Дайси и концепция «rule of law» («верховенство права») // Право и государство. №1(58), 2013. – С. 57-60; Он же. Верховенство права в конституционном праве современной Великобритании: некоторые аспекты // Право и государство. №3(72), 2016. – С. 10-15.

народов, насаждения идей расовой исключительности и нацистской политики и идеологии, облеченных в форму закона. Доктрина верховенства права, отчасти получившая широкое распространение и для предупреждения подобной исторической практики и обеспечения защиты прав и свобод человека, исходит из связи права не только с государством (что не отрицается), но прежде всего с обществом, общественным сознанием, нравственностью и справедливостью, достоинством, неотъемлемыми правами и свободами человека (как известно, суд присяжных – один из элементов системы верховенства права, ориентируется прежде всего на связь права, нравственности и справедливости, а не только на нормы и санкции закона). В связи с этим, доктрина верховенства права несколько шире и глубже (в социально–культурном содержании) по сравнению с теорией верховенства закона, а также с доктриной правового государства, в значительной мере ориентированной на самоограничение государства и привязку процессов правосозидания почти исключительно к государству.

В условиях глобализации происходит взаимопроникновение и сближение правовых семей (в том числе англо–американской и континентальной), и в связи с этим – взаимовлияние, определенное сближение доктрин правового государства и верховенства права (особенно в их развитых вариантах, не искаженных воздействием каких–то чрезвычайных ситуаций).²³¹

Представители концепций в настоящее время лучше понимают, что без сильной, эффективной государственной власти и качественных законов, права и свободы человека и гражданина не могут быть в полной мере реализованы. Они также яснее видят, что многоаспектная и многоплановая природа права и государства, многообразные исторические проявления государства – как позитивные, так и негативные, требуют реализации принципа разделения властей, а также взаимного контроля государственных органов и эффективного сочетания этого с общественным контролем за государством и участием в нем в разных формах общественности (и частного сектора) как в правотворчестве, так и в правореализации.

Как заметил В.Д. Зорькин, альтернативой доктринам верховенства права и правового государства и их основным принципам является в настоящее время, «бесправие и социальный хаос».²³²

Таким образом, верховенство права предполагает не только неразрывную связь позитивного права с государством, наделяющую государство и его органы

²³¹ Ударцев С.Ф., Темирбеков Ж.Р. Концепции «Rule of Law» («верховенство права») и «Rechtsstaat» («правовое государство»): сравнительный анализ // Государство и право. 2015, май, №5. – С. 5–16.

²³² См.: Зорькин В.Д. Верховенство права и конституционное правосудие // Наш трудный путь к праву. Материалы философско-правовых чтений памяти академика В.С. Нерсисянца / Сост. В.Г. Графский. М.: Норма, – 2006. – С. 12.

статусом, полномочиями и ограничивающую его деятельность, но также фундаментальную изначальную связь права с обществом и природой, с негосударственными естественными корнями и основой феномена права.

Современная теория государства и права признает закономерность ограничения деятельности государства правом.²³³ Доктрина верховенства права еще в большей степени, чем теория правового государства предполагает наполнение правовым началом деятельности государства и общества в целом, сферы международных отношений. Если минимум ограничения государства в теории правового государства связан, прежде всего, с его достаточным самоограничением, то в доктрине верховенства права это больше корреспондирует с социокультурными факторами.

В числе основных разновидностей ограничения произвола государственной власти в правовой доктрине, правовой политике, правовой культуре, правопорядке и его реализации, в основе которых лежит идея верховенства права, можно выделить следующие:

1. Самоограничение государства в правовой доктрине, правовой политике, законодательстве, практике правоприменительной и контрольной деятельности.

2. Ограничение государства и всевластия чиновников обществом (исторически формируются социально-культурные механизмы обеспечения правомерности государственной деятельности, развитие институтов гражданского общества, демократии, прав и свобод человека и гражданина, политического плюрализма, обеспечения максимальной открытости государственной власти и доступности информации о ее деятельности для граждан, формирования независимых СМИ).

3. Международно-правовое ограничение деятельности государства и его органов, прежде всего за счет реализации принципа приоритета ратифицированных международных договоров, внедрения международных стандартов прав и процедур, развития процессов региональной интеграции, конвергенции и глобализации, формирования и совершенствования международных механизмов сдерживания

²³³ См.: Веленто Л.И. Пределы деятельности государства: (теоретико-правовой анализ внешних форм ограничений): Автореф. дисс. на соиск. уч. степ. канд. юр. наук. – Гродно, 1999; Шайо А. Самоограничение власти (краткий курс конституционализма): пер. с венг. М., 2001; Косов Р.В. Пределы власти (история возникновения, содержание и практика реализации доктрины разделения властей). Тамбов, – 2005.; Филиппова И.С. Концепции самоограничения государственной власти. Автореф. дисс. на соиск. уч. степ. канд. юр. наук. Н. Новгород, 2006.; Милушева Т.В. Пределы деятельности государственной власти в России: вопросы теории и практики. Саратов: Изд-во ГОУВПО «Саратовская гос. академия права», 2011.; Милушева Т.В. Пределы и ограничения государственной власти (теоретико-правовое исследование). Диссертация на соиск. уч. степ. доктора юридических наук: 12.00.01 [Место защиты: ГОУВПО «Саратовская государственная академия права»]. Саратов, 2011.; Денисов С.А. Отсутствие ограничений для государства как признак неконституционного строя страны // Юридическая техника. Ежегодник. 2018. №12 Ограничения в праве: теория, практика, техника. Нижний Новгород, 2018. – С. 152–159.

неправовых действий государственной власти отдельных стран, нарушения прав и свобод человека и гражданина.

«В то же время, – как справедливо отмечает Т.В. Милушева, – нельзя отрицать, что власть, так или иначе, всегда стремится выйти за правовые рамки, даже в самых развитых с правовой точки зрения государствах».²³⁴ Самоограничение государственной власти даже при институциональном и юридическом оформлении, имеет свои пределы, имеющие объективные, субъективные, ситуативные причины и особенности. В связи с этим исторически формируется системное многоаспектное ограничение, включающее кроме укрепления внутренних механизмов контроля за самоограничением государственной власти и ее разделением (в том числе конституционный контроль и административная юстиция) и вышеотмеченные внешние механизмы – общественное и международное ограничение и контроль за его соблюдением.

При этом следует иметь в виду, что высшим приоритетом для общества и государства, независимо от иных декларированных ценностей и приоритетов (или параллельно с ними), остается существование и безопасность общества и в конечном счете – всего человечества. Поэтому всякое расширение прав и свобод отдельных людей, их групп, всегда будет уравниваться ограничительными мерами, нормами и институтами обеспечивающими безопасность как на национальном, так и международном уровнях. Как заметил венгерский академик Чаба Варга, «наше нынешнее намерение сохранить свободу выбора как для государства, так и для отдельных лиц, обязательно будет уравновешено (а может, и подавлено) более важной ценностью – безопасностью существования общества в новых условиях. Возможно, теперь мы будем вспоминать о многовековой борьбе за свободу с ностальгией как о потерянном втором «золотом веке»».²³⁵

В любом случае современное государство для решения сложных задач по адаптации общества и государства к четвертой промышленной революции и ее последствиям, к созданию и внедрению во все сферы жизни все больше элементов ИИ, предстоящего всплеска космической экспансии человечества, должно быть сильны правовым государством. Слабое и хрупкое государство не справится с новыми вызовами, с обеспечением национальной и глобальной безопасности, не будет достаточно конкурентоспособным в быстро меняющемся мире.²³⁶ Сильное правовое

²³⁴ Милушева Т.В. Пределы деятельности государственной власти в России: вопросы теории и практики. Саратов: Изд-во ГОУВПО «Саратовская гос. академия права», 2011. – С. 35.

²³⁵ Варга, Чаба. Глобальное будущее, системные вызовы. Изменения в профилях права? // Глобальный мир; системные сдвиги, вызовы и контуры будущего: XVII Международные Лихачевские научные чтения, 18-20 мая 2017 г. – СПб.: СПбГУП, 2017. – С. 50.

государство должно иметь также сильные, гибкие и надежные механизмы ограничения государственной власти в разумных пределах.

В литературе справедливо обращается внимание на то, что в Конституции современного государства должны быть предусмотрены не только основные права, свободы, но и обязанности граждан, а также не только основные права государственных органов, но и их основные обязанности по защите прав и свобод граждан, воздержанию от вмешательства в определенные сферы частной жизни, по установлению правозащитных механизмов, установлены необходимые ограничения для их деятельности.²³⁷ При этом признается, что «наибольшая трудность в определении объема обязанностей государства и права связана с реализацией социальных, экономических и культурных прав граждан».²³⁸

²³⁶ О современных тенденциях эволюции государственности см. также: Ударцев С.Ф. Государственность в условиях глобализации: кризисные явления, адаптационная трансформация и развитие // Право и государство, 2013, №4 (61). – С. 18–23. Электронная версия на сайте журнала: <http://km.kazguu.kz/uploads/files/3%20%D0%A3%D0%B4%D0%B0%D1%80%D1%86%D0%B5%D0%B2%2018-23.pdf> (17.09.2019 г.); Ударцев С.Ф. Сильное государство: вопросы теории // Право и государство. 2016, №2. Тема номера «Сильное государство». – С. 6-14. На сайте журнала: <http://km.kazguu.kz/uploads/files/1.%20%D0%A3%D0%B4%D0%B0%D1%80%D1%86%D0%B5%D0%B2%20%D0%A1.%D0%A4.%20%D1%81.%206-14.pdf> (10.10.2016 г.); Ударцев С.Ф. Сильное правовое государство и новые вызовы безопасности: вопросы теории // Право и государство. 2018. №1–2 (78-79). – С. 4–22. На сайте журнала: <http://km.kazguu.kz/uploads/files/1.%20%D0%A3%D0%B4%D0%B0%D1%80%D1%86%D0%B5%D0%B2%20%D0%A1.%D0%A4.%204-22.pdf> (17.09.2019); Ударцев С.Ф. Экономика, право и космическая деятельность в контексте новой промышленной революции // Контуры будущего в контексте мирового культурного развития: XVIII Международные Лихачевские научные чтения, 17-19 2018 г. – СПб.: СПбГУП, 2018. – 628 с., ил. – С. 545-546 и 573-574 (доклад и выступление в дискуссии); Ударцев С. Космическое государство как государство будущего: возможные варианты формирования // Государство будущего: новые технологии и государственное управление: международная научно-исследовательская конференция, г. Астана, 28 ноября 2018 г.: сборник статей / под ред. Бокаева Б.Н. / Академия государственного управления при Президенте Республики Казахстан. – Астана, 2019. – С. 21-29. = Ударцев С. Ғарыштық мемлекет болашақтың мемлекеті ретінде: қалыптасуының ықтимал жолдары // «Болашақтағы мемлекет: жаңа технологиялар және мемлекеттік басқару» халықаралық ғылыми-зерттеу конференциясы, Астана қ., 28 қараша, 2018 ж.: мақалалар жинағы / Б. Бокаевтың редакциясымен / Қазақстан Республикасы Президентінің жанындағы Мемлекеттік басқару академиясы. – 2018 ж., – 81 б. – Б. 21-29. Ударцев С.Ф. Космическое государство как государство будущего: возможные варианты формирования и юридического закрепления статуса // Правовая культура. Научный журнал = The Legal Culture. Scientific journal. – 2019. №1 (36). – С. 23-37; Udartsev, Sergey F. Space State: Possible Options for Forming // RUSSIAN LAW: Theory and Practice. 2019. №1. P. 66-75; Ударцев С.Ф. Космическое государство: предсказуемое направление эволюции государственности // Доклады участников XIX Международных Лихачевских чтений «Мировое развитие: проблемы предсказуемости и управляемости». Секция: «Экономика и право в ситуации глобальной нестабильности». URL: https://www.lihachev.ru/pic/site/files/lihcht/2019/dokladi/UdartsevSF_sec3_rus_140519.pdf (16.05.2019).

²³⁷ См.: Милушева Т.В. Пределы деятельности государственной власти в России: вопросы теории и практики. – Саратов: Изд.-во ГОУВПО «Саратовская гос. академия права», 2011. – С. 295-296.

²³⁸ Там же. С. 296. См. также: Ударцев С.Ф. Конституционный контроль: формирование доктрины о пределах и условиях ограничения социально-экономических прав граждан // Общественное мнение. Права человека. Узбекский гуманитарный журнал (Ташкент). 2014, №2 (66). – С. 58 – 64; Ударцев С.Ф. Конституция и эволюция общества (вопросы теории и философии права). – СПб.: Университетский издательский консорциум, 2015. – С. 112-120.

2. ОСНОВНЫЕ ИСТОЧНИКИ И ФОРМЫ ПРАВА. ПРАВООБРАЗОВАНИЕ

Право – многогранное явление, так или иначе пронизывающее и регулирующее практически все сферы общественной жизни, тесно с ними связанное. На формирование и эволюцию права действует множество взаимосвязанных между собой факторов, находящихся в динамике.

Сложность состава и многоплановость права как явления, хорошо иллюстрирует следующая древнеиндийская притча. Трое незрячих услышали, что рядом, на площади стоит слон. Никто из них раньше не видел слона, но все хотели узнать, что же он такое? Первый подошел к слону и потрогав его бок, убедился, что слон как огромная стена. Второй, подойдя к слону, встретил его ногу и, ощупав ее, пришел к выводу, что слон похож на громадный столб. Третий, подойдя к слону наткнулся на его хобот и изучив его руками, решил, что слон – гибкий и извивающийся, словно змея. Когда они стали делиться своими наблюдениями, то каждый был уверен, что прав только он, так как из личного непосредственного опыта убедился, что такое слон и полагал, что другие заблуждаются и не хотят признать факта, в котором каждый лично удостоверился.

Так и право, если рассматривать его отдельные грани, аспекты, то мы можем не увидеть общего контура, а также развития этого сложного и находящегося в постоянном изменении явления, не понять перспектив его развития.

Здесь мы имеем дело с общей закономерностью познания сложных явлений. Так, физики–теоретики признают, что до возникновения современной физики существовало мнение, что «все знание мира может быть получено с помощью непосредственных наблюдений, что вещи таковы, какими они выглядят, как воспринимаются нашими органами чувств», в «повседневном опыте».²³⁹ Однако углубление познания мира разумом за пределы досягаемости органов чувств человека, появление теории относительности, квантовой физики, современной астрофизики, нанотехнологий и т. п. изменили представления о мире. Теперь стало ясно, что «простое восприятие реальности несовместимо с современной физикой».²⁴⁰ Выяснилось, что мир гораздо сложнее, чем он кажется внешне и для изучения его невидимых для чувственного восприятия свойств, необходимо и абстрактное научное мышление. В праве также далеко не все можно «потрогать руками».²⁴¹

²³⁹ См.: Стивен Хокинг и Леонард Млодинов. Высший замысел. Пер. с англ. М.: Издательство АСТ, 2017 // URL: <https://e-libra.ru/read/364319-visshiy-zamisel.html> (18.04.2018).

²⁴⁰ Там же.

²⁴¹ Один из героев «Фауста» Гете затрагивает в другой ситуации ту же проблему, когда произносит:

«Вам разве видимость понять?

Вам все бы пальцами хватать.

Среди примет, поверий, грез

Давно ль у вас на правду спрос?». См., напр.: Гете. Фауст // <http://mir.zavantag.com/literatura/951536/index.html?page=19> (09.04.2018 г.).

Сложный состав права связан с разнообразными источниками и формами его существования в истории и в настоящее время.

Источники права тесно связаны с формами права, но не тождественны им. Источник определяет причинно–следственные связи формы права со средой, отношениями, субъектом, имеющими отношение к правообразованию. Источник права – то, откуда проистекает, рождается право, где его корни, в какую среду и закономерности уходят эти корни, где оно или его грани и начала возникают, конденсируются, кристаллизуются.

К таким разноуровневым источникам права можно отнести самого человека, всю среду и инфраструктуру его естественного и социального существования: Бога или иные непознанные сверхчеловеческие и сверхъестественные силы, воздействующие на весь космос и его части, на природу планеты, на общество и человека; природу планеты, естественные закономерности, диктующие некоторые начала и основы совместной жизни людей; разум и сознание (индивидуальное и общественное) оказывающие многообразное влияние на правообразование и правоприменение; общественные институты и общественные, прежде всего экономические, отношения (в том числе международные), не только стихийно, но и организовано создающие признаваемые и поддерживаемые правовые модели поведения, нормы и институты; юридическую практику как определенную сферу общественных отношений; государство и его законодательные, исполнительные и судебные органы (в том числе межгосударственные), органы конституционного контроля, прокуратуры, их деятельность по созданию и толкованию сложной иерархизированной системы нормативных правовых актов (законодательства), их применению, изданию и реализации иных правовых актов; юридическую науку – определенную сферу науки как формы общественного сознания.

Формами права, содержащими нормы права и вытекающими из указанных выше источников права, являются: законодательство (система нормативных актов), международные правовые акты, правовые обычаи, прецедентное право, договорное право, религиозное право, естественное право, правовая доктрина. В переходные исторические периоды, связанные с отменой прежнего законодательства и отсутствием еще нового, вполне заменяющего старое, а также с отказом от многих прежних норм и институтов, сложившихся в других формах права, правосознание, в частности, правосознание судей, порой непосредственно индуцирует новые нормы права, фильтрует и санкционирует существующие с учетом новой исторической ситуации.

В ходе исторического развития законодательство приобретает все более важное значение как доминирующая, удобная для государства форма права, четко

зафиксированная разными средствами и на всевозможных материалах, носителях. Запись законодательства на электронных носителях доводит эту форму права почти до предельного совершенства по скорости передачи, возможности обработки, объему правовой информации, компактности хранения всей системы законодательства и т.д.

Все государственные органы в соответствии с их компетенцией участвуют в создании тех или иных нормативных правовых актов. Естественно, отчасти и поэтому, для государственных органов, особенно органов исполнительной власти, учитывая их реальную загруженность и стоящие перед ними задачи по исполнению законодательства, право как бы сводится к законодательству. Так им удобнее, практичнее и безопаснее.

Но этого недостаточно для законодательного органа, и особенно – для органа конституционного контроля. Как высший специализированный орган по защите и толкованию Основного закона, – своего рода генетического кода всей правовой системы и основы структурно–функциональной конструкции государства, орган конституционного контроля вынужден нередко решать самые общие вопросы гармонизации права и политики, оптимальности правовой политики, восполнения пробелов и устранения коллизий в законодательстве. Это требует учитывать состав права как развивающегося в ходе исторического развития явления со сложной структурой и многоплановыми взаимосвязями его частей.

Обычное право – одна из вечно существующих форм права. Обычное право формируется преимущественно спонтанно в ходе поиска, отбора и повторения годами или из поколения в поколение оптимальных вариантов и моделей реагирования в определенных ситуациях и общественных отношениях на потребности в регулировании этих отношений, а также выявляющихся индивидуальных, групповых и общественных интересов, которые требуется удовлетворить, согласовать.

Неверно представлять обычное право лишь как конкретные обычаи, например, средневекового общества, когда оно было наиболее широко распространено.²⁴² Смысл обычного права – в саморегуляции общественных отношений с учетом различных социальных интересов и ценностей, которые могут со временем трансформироваться и в нормы законодательства, как это часто было в истории. Признание (санкционирование) и поддержка государством части обычно–правовых

²⁴² См., напр.: Фукс С.Л. Очерки истории государства и права казахов в XVIII и первой половине XIX в. / Под общей ред. С.Ф. Ударцева / Предисловие – С.Ф. Ударцев и Н.О. Дулатбеков (на русском и казахском языках). Вступительная статья – Ш.В. Тлепина. Комментарии и подготовка текста – К.А. Алимжан, Ш.В. Тлепина, С.Ф. Ударцев / Приложение к Ежегоднику истории права. Астана / СПб.: ТОО «Юридическая книга Республики Казахстан» / ООО «Университетский издательский консорциум «Юридическая книга», 2008.

норм значительно повышает их эффективность, но в то же время, привносит в них интересы государства и доминирующих в государстве социальных групп. Тем не менее этот путь обычного права был главным в эволюции средневекового права и включения значительной его части в сферу писаного позитивного права.

Обычно–правовые механизмы саморегуляции действуют во все времена, в разных отраслях права, наполняясь различным содержанием.

Прецедентное право – форма права, позволяющая более дифференцированно и гибко регулировать общественные отношения, дающая больше возможностей для принятия судебных и административных решений, точнее отражающих конкретные ситуации и общественные интересы. Эта форма права является одной из основных в англо–американской правовой системе, создающей более индивидуальные нормы в рамках норм законодательства. Существенно реже и не в полной мере данная форма права используется в континентальной правовой системе, но и в ней не исключается.

Решения органа конституционного контроля (например, Конституционного Совета РК), высказанные им позиции также имеют прецедентное решение не только для последующих его решений, но и могут быть основанием для рассмотрения аналогичных вопросов, при толковании, создании и применении законодательства.

Судебные прецеденты из права Англии и Уэльса могут применяться в Суде Международного финансового центра «Астана» (МФЦА), действующем на территории МФЦА в столице Казахстана.

Договорное право по мере эволюции человеческой цивилизации, роста свободы личности, развития процессов глобализации экономики, появления многочисленных транснациональных корпораций во всех сферах экономики, формирования и укрепления гражданского общества, приобретает больший удельный вес и занимает свое место среди форм права.

В международном частном праве (см. ГК РК) существует такой важный элемент договорного права, как право выбора по соглашению сторон законодательства разных стран, которым стороны вправе руководствоваться в международном коммерческом арбитраже и т. д. Тем самым, находясь на территории любого государства, стороны по договору могут разрешать свои споры на основании законодательства других стран. Эта норма, долгое время прокладываявшая дорогу международным экономическим отношениям и международной торговле, в условиях глобализации и формирования мирового рынка и мировой экономики, стала общепризнанным неотъемлемым элементом их дальнейшего развития.

Н.А. Придворов и В.В. Трофимов пишут, что в целом, правообразование это «двуединый процесс спонтанного (общесоциального) и планомерно–рационального

(правотворческого) формирования системы правовых норм, обеспечивающих упорядоченность общественных отношений».²⁴³

Особое значение и свои особенности имеют такие формы права как международное право и юридическая доктрина.

Соотношение национального законодательства и международного права по Конституции Казахстана: новое по конституционной реформе 2017 г. Правовая политика Казахстана в условиях глобализации приобретает все возрастающий международно–правовой аспект.

В ходе конституционной реформы 2017 г. в п. 3 ст. 4 Конституции 1995 г. внесено важное дополнение. В прежней редакции п. 3 ст. 4 Конституции 1995 г. содержалась норма: «Международные договоры, ратифицированные Республикой, имеют приоритет перед ее законами и применяются непосредственно, кроме случаев, когда из международного договора следует, что для его применения требуется издание закона». В новой редакции этого пункта вместо второй части предложения, после слова «законами» записано положение: «Порядок и условия действия на территории Республики Казахстан международных договоров, участником которых является Казахстан, определяются законодательством Республики».

В современных условиях, мы видим, что мир входит в некую новую фазу своего глобального и регионального исторического развития, нарастают противоречия, напряженность, сопутствующие в истории эпохам перемен. Международное право переживает противоречивые процессы, в ряде случаев действия государств перестают ему соответствовать, выходят за рамки разумности, принципов легитимности, политизируются, идеологизируются с учетом интересов ведущих стран, все более переводятся в состояние глобального противостояния и противоборства.²⁴⁴

Новая конституционная норма в п. 3 ст. 4 Конституции РК ориентирована на защиту национальных интересов и безопасности страны в условиях противоречивых процессов глобализации и региональной интеграции. В то же время остаются вопросы, требующие официального уточняющего толкования Конституционным Советом.

²⁴³ Придворов Н.А., Трофимов В.В. Правообразование и правообразующие факторы в праве: монография. – М.: Норма: ИНФРА-М, 2012. – С. 61. Сохранен курсив оригинала.

²⁴⁴ Канадский политолог и экономист Петр Дуткевич и его соавтор Д.Б. Казаринова констатируют проявление тенденций к дезинтеграции мировой системы и пишут: «Мы чувствуем наступление хаоса, принципиально другого мира. В этом мире нормы международного права перестают определять межгосударственные отношения, меняются отношения внутри и между государствами, создаются новые блоки. Возникают малоуправляемые или совсем неуправляемые ситуации с точки зрения национальных государств». См.: Дуткевич П., Казаринова Д.Б. Конец эпохи глобализации: причины и последствия. Поезд, сошедший с рельсов // Международные Лихачевские научные чтения – 2017. «Глобальный мир: системные сдвиги, вызовы и контуры будущего». Сайт: Площадь Д.С. Лихачева. – http://www.lihachev.ru/pic/site/files/lihcht/2017/dokladi/Dutkevich_Kazarinova_plen_rus_izd.pdf (23.04.2018 г.).

Так, «порядок» и «условия» достаточно широкие понятия, особенно в их сочетании. «Законодательство» по сути, охватывает в широком смысле всю национальную систему нормативных правовых актов, издаваемых государственными органами разного уровня.

Видимо, в данном случае при толковании смысла слова «законодательством» в новой редакции п. 3 ст. 4 Конституции следует применять ограничительное толкование, учитывая нормы ст. 3 Конституции РК. В п. 3 ст. 3 Основного Закона предусмотрено, что «Право выступать от имени народа и государства принадлежит Президенту, а также Парламенту Республики в пределах его конституционных полномочий. Правительство Республики и иные государственные органы выступают от имени государства в пределах делегированных им полномочий».

Необходимо все сделать, чтобы новая норма п. 3 ст. 4 Конституции обеспечивала защиту национальных интересов в условиях глобализации и многоплановой интеграции во всех ситуациях, включая кризисные. В то же время новая норма должна обеспечивать нормальную имплементацию в национальное законодательство норм развивающегося международного права и их применение, в том числе по правам человека, и при этом максимально исключить сомнения в устойчивости стратегии национальной правовой политики, основ законодательства, исполнения международно-правовых обязательств и гарантий Казахстана, обеспечить уверенность международных партнеров, в том числе инвесторов в предсказуемости правового развития страны и ее судебной системы.²⁴⁵

Правовая доктрина. В английском праве, как известно, суды порой ссылаются в своих решениях на труды ученых, в частности, классиков юриспруденции. В Казахстане и других постсоветских странах доктрина все более взаимодействует с практической юриспруденцией, оказывая влияние, прежде всего на правотворчество, экспертизу нормативных правовых актов, а также их толкование. Добротные комментарии к Конституции, кодексам и законам, совместные конференции, круглые столы, форумы ученых-юристов и практиков, научные публикации – монографии, сборники статей, особенно журналы, публикующие новые идеи и теории, научная работа юристов-практиков, – все это имеет важное значение для формирования и совершенствования правовой политики, ее реализации, для воздействия правовой доктрины на правотворчество и правоприменение, на

²⁴⁵ См. также подробнее: Ударцев С.Ф. Конституционная реформа 2017 года в Казахстане: международные договоры и национальное право // Проблемы федеративных отношений в странах Европы. Сборник научных статей Всероссийской научной конференции, посвященной 25-летию Ассоциации европейских исследований. Пенза, 1-2 июня 2017 г. / Ответ. редактор: Гуляков А.Д. Пенза: Пензенский гос. университет, 2017. – 282 с. – С. 164–172. См. также: Ударцев С.Ф. Казахстан: конституционная реформа 2017 года. Астана: Фолиант, 2018. – 192 с.

юридическую практику. В основе влияния доктрины – стандарты и программы обучения юристов, учебники и учебные пособия, в определенной мере унифицирующие формирование профессионального сознания.

Принятие в Казахстане законов «О нормативных правовых актах»,²⁴⁶ а затем и «О правовых актах», которые порой дословно включили в закон основное информационное содержание некоторых тем и идей из курса теории государства и права, – также яркие примеры санкционирования и внедрения целого блока положений юридической доктрины в законодательство. Однако и до принятия этих законов, многие включенные в них теоретические положения, усвоенные юристами в процессе профессионального образования, использовались в толковании и применении законодательства как важные основания в его интеллектуальной обработке. Теоретические идеи о классификации, иерархии нормативных правовых актов, признаках, стадиях и процедурах создания нормативных правовых актов и др. служили своего рода «мягкой» формой правового воздействия юридической доктрины на юридическую практику. В указанных законах мы видим превращение общепризнанных учебных и энциклопедических материалов, ранее закреплявшихся в сознании юристов в процессе освоения профессиональной программы обучения, в общеобязательные, фиксируемые на уровне закона.

В каждой отрасли права немало примеров, когда новые кодексы интегрируют идеи, положения, концепции, ранее разрабатываемые в соответствующей отраслевой науке, в том числе в других странах. В этом смысле правовая доктрина, юридическая наука, ее идеи и теории, могут иметь транснациональное значение и влияние в процессе правотворчества и правоприменения, взаимодействия и взаимовлияния национальных правовых систем.

Доктрина как источник права нередко проявляется в позициях органов конституционного контроля по тем или иным вопросам. В решениях и правовых позициях органов конституционного контроля, фактически осуществляющих высший правовой контроль и обязанных принимать научно обоснованные решения о толковании и защите Конституции на основе анализа действующей системы законодательства, зарубежного, национального и личного опыта его членов (судей), научные концепции, идеи и аргументы становятся элементами правовой системы, поддержанными авторитетом данных государственных органов. Они оказывают значительное влияние на правовую политику, правотворчество и правоприменение. При этом имеется в виду широкий смысл правовых позиций этого вида государственных органов, включающий законченную, юридически значимую его формулировку,

²⁴⁶ О нормативных правовых актах. Закон Республики Казахстан от 24 марта 1998 года N 213. Утратил силу Законом Республики Казахстан от 6 апреля 2016 года №480-V.

содержащуюся как в итоговом решении, так и в мотивировочной его части и трагивающую также толкование законодательства.

Н.С. Бондарь справедливо пишет о «нормативно–доктринальном» значении решений конституционного суда.²⁴⁷ «Правовые позиции Конституционного Суда, – отмечает он, – имеют такую же юридическую силу, как и сами решения Конституционного Суда. В определении от 8 октября 1998 г. Конституционный Суд РФ сформулировал принципиальный подход в отношении обязывающего значения правовых позиций, согласно которому положения мотивировочной части постановления Конституционного Суда РФ, содержащие толкование конституционных норм либо выявляющие конституционный смысл закона, на которых основаны выводы Конституционного Суда РФ, сформулированные в резолютивной части этого же постановления, отражают правовую позицию Конституционного Суда РФ и также носят обязательный характер».²⁴⁸

Изменение исторической ситуации, контекста бытия права, может раскрыть новые его смысловые оттенки при толковании и применении – как человеком, так и со временем.

В истории мысли выдающиеся мыслители отмечали связь и соизмеримость права и Вселенной. Эта мысль присутствовала и в работах И. Канта. «Право, полагал мыслитель, сопричастно высшему назначению человеческого рода, соизмеримо с масштабами Вселенной. В трактате «К вечному миру» он пишет, что «право людей» есть «самое святое из того, что есть у Бога на земле». Право, по Канту, явление, связывающее человечество с вечностью, с высшими законами космоса, принципами и замыслами высшего разума».²⁴⁹

Современная человеческая цивилизация находящаяся на уровне четвертой промышленной революции, постепенно входит и в такую стадию ее эволюции, как стадия формирования и развития космической цивилизации. Сфера познавательной

²⁴⁷ См.: Бондарь Н.С. Аксиология судебного конституционализма: конституционные ценности в теории и практике конституционного правосудия. Серия «Библиотека судебного конституционализма». Вып. 2. 2-е изд., доп. – М.: Юрист, 2014. – С. 91 и др.

²⁴⁸ Там же. С. 93.

²⁴⁹ Ударцев С.Ф. Политические и правовые идеи Иммануила Канта // Кант И. Идея всеобщей истории во всемирно-гражданском плане. К вечному миру / Вступит. ст., примеч. и сост. С.Ф. Ударцева. – Алматы: ВШП «Әділет», 1999. – С. 8; Ударцев С.Ф. Политические и правовые идеи Иммануила Канта // Кант И. Идея всеобщей истории во всемирно-гражданском плане. К вечному миру / Вступит. ст., примеч. и сост. С.Ф. Ударцева. Изд. 2-е доп. Алматы: «Жеті жарғы», 2004. – С. 8.

С.С. Алексеев вынес приведенные слова И.Канта в название своей книги: Алексеев С.С. Самое святое, что есть у Бога на земле. Иммануил Кант и проблемы права в современную эпоху. – М., 1998. Учитывая значение и актуальность идей Канта, С.С. Алексеев провозгласил лозунг: «Вперед к Канту» (См.: Алексеев С.С. Указ. соч. и др.). Приведенную мысль о глобальности идей И. Канта повторяет и А.Х. Саидов. См.: Саидов А.Х. Философско-правовое наследие Иммануила Канта и современная юриспруденция. – Ташкент, 2009. – С. 50.

и практической деятельности человеческой цивилизации на этой ступени развития все более распространяется не только на планету, но и на другие небесные тела – сначала в ближнем, а затем и в более отдаленном космосе. В связи с этим и праву в обозримом будущем предстоит осваивать новые глобальные уровни своей эволюции, раскрытия своей природы и программы развития как праву космической цивилизации. Тем самым право обретет естественные масштабы и формы, как космическое по своей природе явление. На этой ступени правовой эволюции в новых пространственно–временных, познавательных, коммуникативных и технологических условиях, новым содержанием наполнятся принципы, институты и нормы права. Могут получить развитие и новые принципы, институты, нормы, которые пока можно только предполагать и прогнозировать в самой общей форме.

Технические стандарты, нормативы, программы, инструкции разного уровня доступа и секретности, получают, видимо, значительное развитие, станут более детализированными, адаптированными к разным типовым ситуациям и иерархизированными с учетом необходимого обеспечения безопасности на новом уровне технического и технологического развития.

3. МНОГОПЛАНОВЫЕ ПРАВА И ИСТОРИЧЕСКОЕ ПОЗНАНИЕ ЕГО ОСНОВНЫХ ГРАНЕЙ

Вместе с эволюцией человечества и составляющих его обществ, происходит эволюция и их организации, социальных норм, поддерживающих порядок и развитие, в том числе и права. При этом действуют механизмы организации и самоорганизации, централизованного иерархического и горизонтального сетевого регулирования и саморегулирования. Право отражает эти разнонаправленные процессы, воспринимая импульсы самоорганизации и организации через свои источники, уходящие корнями в глубины этих процессов и само участвует в организации и самоорганизации общественной жизни стимулируя, направляя, контролируя и регулируя их, создавая для них условия, насколько это оказывается возможным для этой подсистемы социальных норм.

От эпохи к эпохе общественное сознание стремится познать право. Стремится осмыслить его основные структурные и содержательные элементы, формы и источники, принципы и основные тенденции развития, главные идеи и концепции, – все то, из чего и на базе чего строится правовая система общества на каждом этапе исторического развития. Вместе с эволюцией форм жизнедеятельности, техники, экономики, культуры, науки, структуры и содержания отношений между социальными группами, эволюционирует государственность, ее формы, режимы, функции, порой с разной скоростью, по разным траекториям у различных

народов планеты. Наконец, эволюционирует и человек, общественное сознание, накапливается, а порой и теряются его опыт, знания. Периодически появляются выдающиеся мыслители или их небольшие группы, которые в своем творчестве демонстрируют предельный уровень познания права в конкретную эпоху. В такой динамичной обстановке, постоянном движении познаваемого объекта и познающего его субъекта происходит изучение и осмысление государства и права в истории. И нет конца этому. Новое сочетание познаваемых элементов вносит определенные поправки в прежние представления, а последующие изменения, появление новых элементов, свойств, масштабов деятельности прежних институтов или новых образований в системе права, вновь требуют напряженной работы мысли, возможно, новых адекватных ситуации идей, выводов, классификаций.

Интересно, что в истории можно проследить некие закономерные, периодически восстанавливающиеся в спектре и на карте эволюции общественного правового сознания линии, узоры направлений мысли, типы правопонимания. Они словно силовые линии «магнитного поля» правовой мысли сохраняют общий вектор и динамичный рисунок линий на протяжении сотен и тысяч лет.

К основным направлениям (подходам) к правопониманию, повторяющимся в разных формах в истории правовой мысли, можно отнести:

– легистское (этактистское), сводящее, в конечном счете, право к продукту государства – законодательству (системе созданных государством нормативных правовых и санкционированных государством актов), включая юридический позитивизм и классический нормативизм;

– социологическое, трактующее право, в конечном счете, как создание общества, как результат социального взаимодействия субъектов права, согласования интересов и их конкуренции (в том числе «реалистические» теории, теории «живого права» XX в.);

– психологическое, понимающее право, в конечном счете, как продукт сознания – взаимодействия, взаимовлияния индивидуальных сознаний (в результате формирующих групповое и общественное сознание), согласующих, кристаллизирующих, объективирующих правовые идеи, модели, постоянно вырабатываемые сознанием, а также институционализирующих, материализующих механизмы контроля и защиты объективированных в разных формах права продуктов сознания;

– естественно–правовое и нравственное, признающее право (позитивное), в конечном счете, продуктом природы человека и общества, минимумом нравственности, явлением, формирующимся и изменяющимся в процессе познания естественного права (производного в свою очередь от общих закономерностей мира), составляющего невидимую первооснову позитивного права; признается, что

постижение ориентиров естественного права в процессе эволюции позитивного права, происходит, порой противоречиво, но неуклонно, от эпохи к эпохе;

– наконец, синтетическое – интегративное (суммирующее, объединяющее и примиряющее другие основные подходы к праву) и интегральное (видящее в самой антологии права сложносоставную целостность, что предопределяет и подход к правопониманию); это направление, независимо от его подвидов, воспринимает и право как эволюционирующую сложносоставную целостность, которая должна исследоваться всесторонне, многопланово, в разных аспектах.

Теории, сводящие право, прежде всего, к деятельности государства, к продукту, производимому государством, – к законодательству, ведут свою историю из глубины веков. Это направление правопонимания еще называется этатистским (сводимым право к продукту государства). Ярким их представителем была уже идеология древнекитайских легистов (законников), явившаяся также первой формой тоталитарного политико–правового сознания. В новое время классическим представителем этого направления был юридический позитивизм (Джон Остин, Г.Ф. Шершеневич и др.).

Такое правопонимание удобно для практики, для текущей работы исполнительных государственных органов: очевидность (зафиксированность словестного изложения), конкретность и письменная форма текста норм, системность и систематизированность законодательства для удобства пользования им по отраслям, институтам, нормам и т. д. Но это правопонимание фактически сдвигает на второй план по отношению к законности, поиск справедливости и нравственность, с которыми возможны противоречия норм законодательства.

Можно отметить некоторые другие позитивные моменты этого подхода с точки зрения следующих в правопонимании сведения права к законодательству на практике. И это, пожалуй, самое важное, объясняющее широту распространения данного правопонимания среди чиновников всех уровней, – непосредственная связь с авторитетом, силой и волей государства, как правило, защищенность государством лиц, исполняющих и соблюдающих закон. Практическое удобство и бóльшая защищенность государственных служащих при сведении права к законодательству, принимаемому государством, несколько противоречит научному познанию права, являющегося более широким явлением в истории, чем только законодательство государства. Но бóльшая степень личной безопасности такого несколько усеченного подхода значительно перевешивает для конкретных должностных лиц все познавательные недостатки данного правопонимания. Для общества же в реальной жизни это может создать определенные проблемы на практике, в правовой политике, в росте социальной нестабильности и т. д. Не секрет, что политика государств может

быть неоднозначной в разных странах и в различные исторические периоды, а это не может не отражаться и на содержании законодательства, его прогрессивности, консервативности или реакционности. С этим в первую очередь связаны видимые недостатки данного упрощенного правопонимания, хотя и удобного для повседневной правоприменительной практики.

На серьезные недостатки юридического позитивизма обращали внимание и столетие назад. Так, Л.И. Петражицкий признавал, что сведение права к законодательству и продукту государственной власти, фактически приводит к отрицанию ряда других форм права, в частности, таких, как обычное право, международное право и т.д.²⁵⁰

Среди юридических практических институтов только высшие судебные инстанции (верховные суды и органы конституционного контроля государств, международные суды и т. д.) имеют реальные возможности (прежде всего время, компетенцию, кадровые ресурсы) для более научного, глубокого и всестороннего анализа и толкования права, что предполагает в меньшей мере связанность их правопонимания с догмами юридического позитивизма.

Юридический позитивизм малочувствителен к негативному потенциалу государства, что создает предпосылки к некритическому восприятию, идеализации и апологетике существующих порядков, системы законодательства, независимо от степени их недостатков. Однако в законодательстве всегда имеются отдельные противоречия, коллизии норм, особенно на фоне изменяющегося социально-экономического и политического контекста. Встречается неопределенность смысла норм и несоответствие их определенным ситуациям, что создает объективные и субъективные трудности для однозначного понимания, толкования и применения в зависимости от позиции, уровня развития культуры и образования, опыта, кругозора и мировоззрения исполнителя и т.д. Возможны, особенно при применении норм в конкретных, часто не простых ситуациях, противоречия норм законодательства нормам нравственности и т.д.²⁵¹

В литературе отмечается и такой недостаток неэффективных законов (что случается не так уж и редко), как то, что ими, как красивым внешним прикрытием, порой подменяются реальные социальные преобразования и они могут быть проявлением политического волюнтаризма. «Принятие законов вместо реальных

²⁵⁰ См., напр.: Сырых В.М. Застарелые недуги позитивистской доктрины права // Право и государство. 2014. №2 (63). – С. 40.

²⁵¹ О противоречиях в праве см., напр.: Баймаханов М.Т. Извлечения из книги «Противоречия в развитии правовой надстройки при социализме» // Баймаханов М.Т. Избранные труды по теории государства и права. – Алматы: АЮ–ВШП «Әділет», 2013. – С. 43-115.

социальных реформ – это фиктивные меры. Иначе говоря, они обречены на провал и, кроме того, подрывают престиж закона, по крайней мере в долгосрочной перспективе».²⁵² Очевидно, самоограничение государства должно прежде всего распространяться на принятие законов и иных нормативных правовых актов которые реально необходимы и реализуемы.

Могут происходить диспропорции также между открытой и закрытой (секретной) правовой информацией в условиях изменяющегося социально–политического и информационного контекста. Так, из истории известно, что порой засекреченность использовалась для маскировки непопулярных решений правительств, способных вызвать негативный социальный резонанс. В частности, правительство Москвы, как стало известно из сообщений СМИ в 2010 г., за период с 1998 по 2009 годы засекретило 14 тысяч документов, преимущественно по земельным и иным имущественным вопросам.²⁵³ Разумное ограничение спектра секретных нормативных и иных правовых актов, а также своевременное частичное их рассекречивание, когда необходимость в их секретности отпадает, могут позитивно сказаться на режиме законности, защите прав и свобод человека и гражданина, на доверии граждан к органам государственной власти, на самосдерживании государственной власти. В то же время это, разумеется, должно соответствовать обеспечению национальной безопасности, нормам Конституции о правах и свободах человека и гражданина, ратифицированным международно–правовым документам.

Сведение права к закону в этактистском правопонимании сводит и принудительность права, – один из важных его признаков, фактически только к государственному принуждению. На эту ограниченность этактистской теории права обращал внимание еще А.С. Яценко в начале XX в., отмечая, что право как явление – более широкое по историческому содержанию и своим проявлениям. «В каждом общественном союзе есть право, – писал он, – и внешняя принудительность его покоится на высшем авторитете в данном союзе, хотя бы этим союзом было и не государство, а первобытное племя, независимая община, церковь, международный союз. Государство и право вообще не покрывают друг друга, а лишь взаимно пересекаются... Политическая жизнь и право возникают одновременно, и ошибочно связывать право с одной лишь из форм политической жизни, с государством».²⁵⁴

²⁵² Варга, Чаба. Глобальное будущее, системные вызовы. Изменения в профилях права? // Глобальный мир; системные сдвиги, вызовы и контуры будущего: XVII Международные Лихачевские научные чтения, 18-20 мая 2017 г. СПб.: СПбГУП, 2017. – С. 49.

²⁵³ См.: Понкин И.В. Теория публичного управления / Предисл. А.Б. Зеленцова / Институт государственной службы и управления РАИНХиГС при Президенте РФ. – М.: Буки Веди, 2017. – С. 315-316.

²⁵⁴ Яценко А.С. Философия права Владимира Соловьева. Теория федерализма. Опыт синтетической теории права и государства. – СПб.: Издательство «АЛЕТЕЙЯ», 1999. – С. 174.

Венгерский теоретик права Ч. Варга не без оснований отмечает, что классический юридический позитивизм, ориентированный в правопонимании на нормативные акты и их цели, вполне соответствовал уровню классической науки и мировоззрению, «в то время как «порядок из хаоса» со своей концепцией порядка, охватывающей все вокруг – от микромира до вселенной, соответствует позиции современной антропологии, социологии и международной юридической науки».²⁵⁵

Все это свидетельствует о правомерности более широкого и глубокого научного познания права как социального явления и использования правовой доктрины для понимания права, особенно в решениях таких высших органов экспертной оценки права как органы конституционного контроля.²⁵⁶

Кстати, даже Ганс Кельзен, на «чистом учении» которого строится современный нормативизм как учение о позитивном праве, признавал, что основная норма в его учении не относится к позитивному праву и что этот момент (он подчеркивал, что только этот момент) сближает его теорию с теорией естественного права.²⁵⁷ Основную норму он рассматривал не как производное от воли какой-либо власти, а как предпосылку юридического мышления, как основание действительности правовой системы, правовой действительности (а не ее содержание, относящееся уже к позитивному праву), как основание подчинения всей системе норм права и необходимость соблюдения всех этих норм.²⁵⁸ Свою теорию Г. Кельзен считал монистической, признающей существование только позитивного права (основная норма к нему не относилась, но была лишь его основанием), а теорию естественного права – дуалистической, признающей и позитивное, и естественное право.²⁵⁹

Нередко мудрые законодатели и их советники в истории не были догматиками и, при всем их уважении к законам, с учетом меняющихся обстоятельств изменяли законодательство, не абсолютизировали его. Они видели многоплановую ограниченность текстов законодательства, понимали бессмысленность догматических иллюзий его идеализации и признавали необходимость его соответствия реалиям

²⁵⁵ Варга, Чаба. Глобальное будущее, системные вызовы. Изменения в профилях права? // Глобальный мир; системные сдвиги, вызовы и контуры будущего: XVII Международные Лихачевские научные чтения, 18-20 мая 2017 г. – СПб.: СПбГУП, 2017. – С. 50.

²⁵⁶ Кстати сказать, и в математике (теорема Гёделя) признается, что решение проблем, неразрешимых внутри определенной системы (например, законодательства) находится за пределами данной системы и решается использованием информации, ресурсов внешних по отношению к данной системе (в нашем случае – более широким пониманием права).

²⁵⁷ См.: Кельзен, Ганс. Чистое учение о праве. 2-е изд. / пер. с нем. М.В. Антонова и С.В. Лезова. – СПб.: ООО Издательский Дом «Алеф-Пресс», 2015. – С. 534.

²⁵⁸ См.: там же. С. 250-256, 535. Г. Кельзен называл основную норму еще «метаканонической», то есть нормой, «установленной властной инстанцией, вышестоящей по отношению к правовой власти» (Там же. С. 256).

²⁵⁹ См.: там же. С. 536.

жизни. Например, Плутарх отмечал, что «Солон приравнивал законы к окружающим обстоятельствам, а не обстоятельства к законам».²⁶⁰ Это открывало путь к социологическому пониманию права.

Кстати, стремление точнее отразить потребности практики в законодательстве и сегодня приводит к постоянным (сотням и тысячам) изменениям, вносимым в кодексы и законы. Но и здесь важна мера. Чрезмерно быстрое изменение законодательства может свидетельствовать и о его непроработанности, недостаточной продуманности, а также вести к росту правовой неопределенности и неустойчивости. Полностью преодолеть отставание ранее принятого законодательства от устремленной в будущее общественной жизни и юридической практики еще не удавалось ни в одной стране. Однако этому служит ряд других механизмов созданных человечеством в сфере права: правовая политика, толкование права, конституционный контроль, административная юстиция, судебный прецедент, суд присяжных, арбитражные суды, международные суды и т.д.

Теории, особое внимание уделявшие общественным отношениям, реалиям жизни как основному источнику права, отличались большей гибкостью и прагматизмом, были ориентированы на социологическую интерпретацию права. В отличие от этатистской трактовки права как продукта государства, предлагалась социологическая интерпретация права как создания общества, отражающего социальные интересы (Р. Иеринг, С.А. Муромцев и др.).

Глоссаторы средних веков в тенденции были близки к легистским догматическим интерпретациям права, считая, что в совершенном римском праве (законодательстве) есть все, что надо и поэтому необходимо с помощью комментариев (глоссов) юристов подтягивать реальную жизнь под нормы закона, не меняя их. В отличие от них, постглоссаторы, творившие через полтора–два века после глоссаторов, замечая все большее расхождение реальной жизни и неизменяющегося, все более устаревающего римского законодательства, стали склоняться к тому, что жизнь, реальность – важнее догм законов и что толковать римские законы надо так, чтобы они соответствовали изменяющейся жизни, принимая жизненные реалии за основу.

В новое и новейшее время социологический позитивизм и иные социологические, реалистические теории права разносторонне обосновали значение «живого права», «жизни права», в отличие от «мертвого» «книжного» права юридического позитивизма, продвинули это направление правопонимания, получили широкое распространение в юридической науке.

²⁶⁰ Душенко К.В. Мысли, афоризмы, цитаты. Политика, журналистика, правосудие. 6000 цитат. 5-е изд. – М.: Эксмо, 2008. – С. 441.

Другим вариантом неэтикетского правопонимания было и остается естественно–правовое.

Теории, признававшие источником права природу, в том числе природу человека, фундаментом, основой права считали естественное право и естественные права. Одним из первых теоретиков естественного права был Лао–цзы в древнем Китае. В Древнем Риме идеи естественного права развивал, как известно, Цицерон. В дальнейшем через все века тянется линия сторонников естественного права, идеи которого меняли свою социальную ценность и соотношение с вектором исторического развития от консерватизма до революционных теорий. В частности, естественно–правовые идеи с их мощным критическим потенциалом по отношению к феодальному праву, были широко распространены в XVII – начале XX вв. в ходе нескольких волн буржуазных революций обеспечивших переход к индустриальному обществу.

Во второй половине XX в. одним из видных теоретиков естественного права был австрийский юрист Рене Марчич (1919 – 1971). Согласно Марчичу, право имеет естественную, объективную природу, оно присутствует в реальном мире, вытекает из него, его связей, закономерностей. Человек его не изобретает, а находит, познает основы, сердцевину права. Естественное право одновременно вписано законами мира и в реальность, и в сознание человека, соответствующее, сопричастное этой реальности. В мире таким образом, объективно существует допозитивный или препозитивный порядок из которого, естественно, может возникнуть и возникает позитивный порядок, как бы пытающийся выявить оптимальный правовой порядок, диктуемый естественными основами права. По Марчичу, естественное право – это нечто бесконечное, основа всего, всех вариантов порядка. Позитивное право – это конечное, изменчивое явление, постоянно корректируемое, настраиваемое на естественное право в условиях меняющейся реальности. Естественное право он рассматривал как онтологическую и логическую основу (основную норму в философском смысле) позитивного права. Таким образом, в учении Р. Марчича естественное право оказывается своего рода глубинной основой позитивного права и остается фактором, стимулирующим его перманентную изменчивость, стремление согласовать в позитивном праве движущуюся реальность с фундаментальными основами, критериями, принципами, ориентирами права, связанными с законами природы, законами бытия человека в космосе.²⁶¹

²⁶¹ О Рене Марчиче см., напр.: Нерсесянц В.С. Философия права. 2–е изд, переизд. и доп. М.: Норма. С. 811-820.(Глава 5. Философия права XX в.: основные концепции. 7. Онтологическая концепция Р. Марчича); Мальцев Г.В. Нравственные основы права. – М.: Издательство СГУ, 2008. – С. 79, 87, 333; René Marcic // https://de.wikipedia.org/wiki/Ren%C3%A9_Marcic (14.04.2018).

В.С. Нерсесянц обращал внимание на связь идей Р. Марчича с идеями представителей венской правовой школы А. Меркеля (учение о «силе права»), А. Фердросса (положение о «правовой подчиненности законодателя»), Г. Кельзена (идеи о препозитивном смысле «основной нормы» в его чистом учении).²⁶²

Другой видный теоретик естественного права французский и американский философ Жак Маритен (1882–1973), участвовавший в разработке Всеобщей декларации прав человека (1948), писал о естественном праве: «Естественный закон – совокупность вещей, которые делать нужно и которые делать не нужно, которые вытекают из него необходимым образом и только из факта, что человек есть человек, исключая всякое другое рассмотрение».²⁶³

В Новое время, когда идеи естественного права выдвигались как фундаментальная основа для критики феодального законодательства, как правило, естественные права человека (с порой разным набором естественных прав у различных мыслителей) рассматривались как неизменные. В начале XX в. Рудольф Штаммлер развивал теорию возрожденного естественного права с меняющимся содержанием. В настоящее время, пожалуй, в теориях права, признающих естественное право, идеи его эволюционности, соотносимой с эволюцией человеческой цивилизации, являются доминирующими.

В.В. Лазарев полагает, что неизменность естественных прав полностью не противоречит их эволюции, просто надо учитывать и то, и другое. Неизменность неотъемлемых прав человека, пишет он, «базируется на неизменных ценностях человеческой жизни. Пока. Клонирование человека, общение с обитателями других миров и т. д. могут развить и эти ценности, но на определенное время станут неизменными другие».²⁶⁴

В истории, особенно в Древнем мире и в Средние века широко были распространены и теории, основанные на признании божественного источника права, признававшие источником права непосредственно Бога.

Одной из древнейших священных книг, где проводились эти идеи был Ветхий Завет, составивший примерно 3/4 Библии, священность которой признают как христиане, так и мусульмане. Согласно Библии основные нормы, получившие затем развитие и детализацию в обычаях и законодательстве были переданы Моисею

²⁶² См.: Нерсесянц В.С. Указ. Соч. С. 811-820.

²⁶³ Маритен Ж. Права человека и естественный закон // Антология мировой правовой мысли в пяти томах. Т. III. Европа, Америка: XVII – XX вв. / Нац. Обществ.-науч. фонд; Рук. научного проекта Г.Ю. Семигин. – М.: Мысль, 1999. – С. 725.

²⁶⁴ Лазарев В.В. Истоки интегративного понимания права // Наш трудный путь к праву: Материалы философско-правовых чтений памяти акад. В.С. Нерсесянца / Сост. В.Г. Графский. – М.: Норма, 2006. – С. 127.

непосредственно Богом. Идеи божественного источника права позднее в разных вариантах развивались христианскими и мусульманскими теоретиками.

Начиная с древности мыслители обращали внимание на то, что сознание людей участвует во всех стадиях, фазах создания и реализации права. Сократ говорил, что право – это мысль, соблюдение законов – не что иное, как единомыслие. И Г.В.Ф. Гегель считал задачей современной ему науки философии права «стремиться понять и право как мысль».²⁶⁵ Обращалось внимание и на необходимость учета социально–психологического аспекта права и государства (например, аль–Фараби в Средние века).

Психологическая теория права, теория «психического взаимозаражения» – интеллектуального и эмоционального (Л.И. Петражицкий, С.Л. Франк, М.А. Рейснер, А.А. Боровой и др.) явилась наиболее сложным и глубоким направлением в поисках механизмов правообразования и основ права из разработанных к XX веку.

Кстати, психологическая теория права рассматривает и государство как феномен индивидуального и общественного сознания, который распространяясь, закрепляясь и воспроизводясь в сознании людей, материализуется в определенные устойчивые отношения между людьми, в институты.²⁶⁶ В одной из популярных статей М.А. Рейснера начала XX в., например, приводится такой фантастический пример объяснения что такое государство. Прилетает на Землю марсианин, слышит часто слово «государство», и спрашивает у человека, что это такое. Человек показывает ему на здание, говоря, что оно государственное. Это и есть государство? – уточняет марсианин. Нет, это не государство, но государственное здание, – получает ответ. Землянин, чтобы его собеседник лучше понял, приводит другой наглядный пример, разъясняющий, по его мнению, что такое государство. Он показывал на человека в военной форме и говорит – вот государственный человек.

²⁶⁵ Гегель, Георг Вильгельм Фридрих. Философия права / Редакторы и сост. тома Д.А. Керимов и В.С. Нерсесянц. Автор вступит. Статьи и примеч. В.С. Нерсесянц. Пер. с нем. Б.Г. Столпнера и М.И. Левиной. – М.: Издательство «Мысль», 1990. – С. 58.

²⁶⁶ «При этом следует иметь в виду, что и государства как некой вещи – нет. Государство как таковое – нематериально; это система отношений между людьми. Правда, система, выходящая за рамки только правовых отношений». См.: Поляков А.В. Российская теоретико-правовая мысль: опыт прошлого и перспективы на будущее // Наш трудный путь к праву: Материалы философско-правовых чтений памяти академика В.С. Нерсесянца / Сост. В.Г. Графский. – М.: Норма, 2006. – С. 117. На это обращал внимание и А.С. Яценко, признававший, что все теории права, признают связь права с человеческой психикой и поэтому являются психологическими. «Особенно неудачным Л.И. Петражицкий находил определение права, в котором право сводится к действующему законодательству, а государство признается единственным его источником. С позиций этого определения, получалось, отмечал ученый, что значительная часть источников права, созданных не государственной властью, в том числе правовые обычаи и нормы международного права, правом не является, все явления общественной жизни суть явления психологические; и наука, и государство, и нравственность, и право не имеют реального, предметного существования вне человеческих переживаний» (Яценко А.С. Философия права Владимира Соловьева. Теория федерализма. Опыт синтетической теории права и государства. – СПб.: Издательство «АЛТЕЙЯ», 1999. – С. 164).

Марсианин обрадовался, полагая, что это и есть государство. Но землянин вновь разочаровал его, пояснив – это не само государство, просто человек государственный, работающий на государство. И тут уже задумался человек – что же тогда государство на самом деле? И в ходе размышлений, пришел к выводу, что это явление сознания, а не нечто материальное и объективно существующее. Оно производно от сознания людей и существует первоначально в их сознании, затем вплетается в систему общественных отношений, выстраивая определенные институты, поддерживаемые массовым сознанием.²⁶⁷

В то же время исторический опыт показал, что право, как многоаспектное по природе явление, можно более полно понять лишь при всестороннем изучении, охватывающим все основные сферы индукции права и их производные продукты. Уже в глубокой древности стали появляться синтетические, интегративные теории.²⁶⁸

4. О НЕКОТОРЫХ СОВРЕМЕННЫХ ТЕНДЕНЦИЯХ В ОБЩЕЙ ТЕОРИИ ПРАВА ПО ПРОБЛЕМЕ ПРАВОПОНИМАНИЯ

Постклассическая теория права. Современные теории права можно условно разделить на модернизированные классические, в основном воспроизводящие идеи и концепции известных с XIX века теорий и постклассические, учитывающие существенно меняющийся исторический контекст, обновляющуюся методологию, новую научную информацию и в связи с этим привносящие в классические идеи значительную новизну.

Представляется, что психологическую теорию права Л.И. Петражицкого начала XX в. можно рассматривать как первую постклассическую теорию права мирового уровня, оказавшую значительное влияние на последующие теории права.

К чертам постклассической теории права относят релятивизм, релятивность права, что соответствует одному из основных принципов постклассической картины мира²⁶⁹ и связано с неполным, ограниченным, относительным знанием об объекте, обусловленным господствующими ценностями, идеологией, научными традициями и т.п.²⁷⁰ Признается незавершенность, движение, развитие, изменение

²⁶⁷ См. подробнее: Ударцев С.Ф. Верховенство права, проблемы современного правопонимания и обеспечение защиты конституции // Ученый. Политик. Просветитель: Сборник научных трудов к 60-летию академика Акмаля Холматовича Саидова. Ташкент: Издательство журнала «San,at», 2018. – С. 99-153.

²⁶⁸ См.: Ударцев С.Ф. Глава 8. Древний Китай. Модернизация и синтез идей различных политико-правовых учений // В кн.: Ударцев С.Ф. История политических и правовых учений. Древний Восток: Академический курс. – СПб.: Издательский Дом Санкт-Петербургского. Гос. Ун-та, Издательство юридического факультета СПбГУ, 2007. – С. 462-563.

²⁶⁹ См.: Честнов И.Л. Основные характеристики постклассической теории права // Современное правопонимание. Курс лекций. Отв. ред. М.Н. Марченко. М.: НОРМА ИНФРА-М, 2016. – С. 297.

²⁷⁰ Там же.

мира и права как одного из явлений, возможность их преобразования с раскрытием новых свойств. Правовая реальность с этих позиций «является многогранным, по большому счету, неисчерпаемым, феноменом, который невозможно исчерпывающим образом описать и объяснить одним (и даже множеством) непротиворечивых способов».²⁷¹ Признается конструируемость правовой реальности, зависимость ее от субъекта. В постклассической теории права происходит также значительный практический поворот, что видно из более углубленной трактовки действительности²⁷² и действия права. В современных теориях права фиксируется существенная роль сознания в сфере права.²⁷³

Постклассическая теория права так или иначе с конца XX в. связана с методологией синергетики, с концепцией диалектики порядка и хаоса, идеями формирования порядка из хаоса. «... Идея «порядка из хаоса», ранее немислимая по научным и богословским законам, – пишет Ч. Варга, – приобрела новый смысл для микрофизики и, постепенно, для антропологии, социологии и правоведения. Более того, рассматривая право не как единственное «окончательное состояние» (*definitivum*), а как один из ряда факторов, эта идея стала определяющим рабочим принципом, проникающим даже в действие Евросоюза: союз и национальные государства, то есть общеевропейские и национальные законы оспаривают/противоречат друг другу. В конечном счете из кажущегося разнообразия (близкого к абсолютной анархии при анализе на микроуровне) следует беспрецедентный вывод – высокая степень правопорядка (на макроуровне)».²⁷⁴

В этом отношении предшествовавшие универсальной теории синергетики политические и правовые теории классического и постклассического анархизма, особенно, теории анархизма второй половины XIX в. – первой трети XX в. в России и в СССР (М.А. Бакунин, П.А. Кропоткин, А.А. Карелин, А.А. Боровой, А.Л. Гордин, А.А. Солонович и др.), делавшие акцент на критике государственных форм права и на обосновании возможности альтернативных форм общественного самоуправления и саморегуляции общественных отношений,²⁷⁵ также внесли определенный

²⁷¹ Честнов И.Л. Постклассическое правопонимание: основные характеристики // Право и государство. №1–2 (74–75), 2017. – С. 15–16.

²⁷² См.: Тимошина Е.В. Право без суверена: проблема действительности права в юридическом позитивизме XX в. // Право и государство. 2015. №4 (69). – С. 86–93.

²⁷³ Честнов И.Л. Постклассическое правопонимание: основные характеристики // Право и государство. №1–2 (74–75), 2017. – С. 23.

²⁷⁴ Варга, Чаба. Глобальное будущее, системные вызовы. Изменения в профилях права? // Глобальный мир; системные сдвиги, вызовы и контуры будущего: XVII Международные Лихачевские научные чтения, 18–20 мая 2017 г. – СПб.: СПбГУП, 2017. – С. 50.

²⁷⁵ См., напр.: Ударцев С.Ф. Политическая и правовая теория анархизма в России: история и современность. Алматы: «Казахстан»; Высшая школа права «Эділет», 1994.; Ударцев Сергей. Философия права анархизма. Научное издание. Saarbrücken, Deutschland / Саарбрюккен, Германия: Palmarium Academic Publishing, 2016.

вклад в общую эволюцию правовой мысли и ее выход на связь с современной методологией синергетики.

Значительное место в современных теориях права занимают вопросы общественного правосознания, отношения к праву, его восприятие населением, тем самым фиксируется существенная роль сознания в сфере права.²⁷⁶ Постклассическая теория права признает, что «бытие права не ограничивается только формой права, но включает и «уникальную» составляющую – процесс формирования законодательства и его восприятия населением, чем фактически руководствуются люди – субъекты права – во взаимодействиях, объективно имеющих юридическое значение».²⁷⁷

Одной из черт современных правовых теорий является их значительная критичность, тесная связь с критическим мышлением. Не случайно, ее называют «критической постклассической теорией права».²⁷⁸ Нередко признается, что многие термины права и его принципы, идеи свободы, справедливости и демократии являются весьма неопределенными, оценочными, пронизанными идеологическим контекстом, что делает дискуссию о них с разных позиций фактически бессодержательной, так как каждая позиция апеллирует к своим собственным основаниям. Это позволяет, находясь на разных позициях, фактически, как опровергнуть, так и доказать любую точку зрения.²⁷⁹

Условная объективность права становится еще более условной (оно не соответствует объективным законам, иначе бы оставалось неизменным;²⁸⁰ на всех фазах его возникновения (естественного и искусственного правообразования), реализации и толкования участвуют индивидуальное и общественное сознание).

Важной чертой постклассических теорий права в условиях глобализации представляется то, что в них в большей мере высвечивается информационная составляющая, информационная природа права.

В этом отношении право может интерпретироваться как эволюционирующая система внутренне и внешне скоординированных вертикальных и горизонтальных

²⁷⁶ О.В. Мартышин критически относится к некоторым крайним суждениям некоторых представителей постклассической теории права при в целом позитивном стремлении учитывать роль правосознания в правообразовании и правоприменении. Так, он пишет: «Выделение права из правосознания, причем индивидуального, характерно для всей современной отечественной так называемой неклассической философии, в чем сказывается весьма типичное сочетание объективного и субъективного идеализма». См.: Мартышин О.В. Философия права: учебник для магистров. – М.: Проспект, 2017. – С. 27.

²⁷⁷ Честнов И.Л. Постклассическое правопонимание: основные характеристики // Право и государство. №1–2 (74–75), 2017. – С. 23.

²⁷⁸ Честнов И.Л. Постклассическая теория права. Монография. СПб.: Издательский Дом «Алеф-Пресс», 2012. – С. 370.

²⁷⁹ См. об этом: там же. С. 304.

²⁸⁰ Там же. С. 366.

потоков нормативной и правореализующей информации разной направленности, обеспечивающих самоорганизацию и организацию общества (в том числе с помощью принудительной силы государственных, политических и социальных институтов), поддержание конструктивного взаимодействия индивидов, социальных групп, гармонизацию их интересов в целях обеспечения сохранения, благополучия и развития человечества, а также каждого отдельного государства, общества и его членов.

О современном интегральном правопонимании. В Древнем Китае после определенных удач и поражений основных древнекитайских школ права и политики (даосизм, конфуцианство, легизм), жесткой борьбы легизма с конфуцианством, предпринимались попытки их синтеза в разных сочетаниях для преодоления одностороннего взгляда на политику и право.²⁸¹

В XIX в., после распространения юридического позитивизма, ориентированного на сведение права к законодательству, его текстам (и провозглашавшего деполитизацию и деидеологизацию права) (Джон Остин, Г.Ф. Шершеневич²⁸² и др.), а также появления его сильного конкурента – социологического позитивизма, делавшего акцент на связь прав с обществом, социальными интересами и силами (Рудольф Иеринг, С.А. Муромцев и др.), появилось третье течение, предлагавшее соединить оба подхода (Георг Еллинек). Дуалистическая теория Г. Еллинека ставила задачу синтезировать понимание права и как должного (законодательство) и как сущего (с учетом реальных общественных отношений, как правоотношения).

Опыт истории свидетельствует, что несмотря на конкуренцию и периодическое доминирование отдельных видов (типов) правопонимания, в итоге вновь происходит обращение на новой ступени исторического развития к тем или иным вариантам синтетического, интегративного, интегрального правопонимания, переосмысленных с учетом уровня познания и исторического контекста.

В силу объективных исторических причин, – накануне и в период революции 1917 г. произошел своего рода прорыв в будущее и в культуре, и в политическом и правовом сознании, в том числе в профессиональной доктрине права.

В эпоху кануна и в ранний период Российской революции 1917 г. Россия, пережила мощный интеллектуальный подъем и творческую активность интеллигенции, ожидания и надежды на осуществление идей о будущем обществе, построенном на

²⁸¹ Об этом подробнее см.: Ударцев С.Ф. История политических и правовых учений. Древний Восток: Академический курс. – СПб.: Издательский Дом Санкт-Петербургского. Гос. Ун-та, Издательство юридического факультета СПбГУ, 2007. – С. 462-513.

²⁸² О теории Г.Ф. Шершеневича см., напр.: Научные воззрения профессора Г.Ф. Шершеневича в современных условиях конвергенции частного и публичного права (к 150-летию со дня рождения); Сборник материалов Международной научно-практической конференции (г. Казань, 1-2 марта 2013 г.) / под ред. Д.Х. Валеева, К. Рончки, З.Ф. Сафина, М.Ю. Чельшева. – М.: Статут, 2014.

началах справедливости, права и демократии. В этот период в России развивается мощная, мирового класса волна литературы «серебряного века», авангардной живописи абстракционизма и космической (объединение «Амаравелла»), философии космизма (в том числе космической философии К.Э. Циолковского, ряда течений мистической философии, оказавших влияние на мировую мысль – Н.К. Рерих и др.), нескольких течений постклассического анархизма, которые задавали тон в ходе эволюции последующей политико–правовой мысли этого типа в мире для критического осмысления государства и права новой эпохи, различных видов тоталитарных государств XX в., мировых войн и т.д.

Как известно, в начале XX в. в России наблюдался мощный всплеск и теоретической правовой мысли, которая впитала, обобщила и развила лучшие традиции европейской правовой доктрины. Более того, создала некоторые концепции, теории, которые оказались фундаментальными для правовой мысли XX в. (психологические, социально–психологические теории права, синтетическая теория права).

Идеи о синтетическом (интегральном) правопонимании развивались в России, например, крупным теоретиком федерализма, правового государства и синтетической теории права А.С. Яценко в начале XX века. Ученый признавал, что каждое из теоретических направлений (социологический и юридический позитивизм, этические или естественно–правовые теории) «обнаруживают неудержимое, но пагубное стремление к искусственному упрощению вопросов, постоянное тяготение к монизму, к выведению всего научного построения на едином принципе».²⁸³ Все эти теории ограничены в своих обобщениях и понимании права «лишь до известной степени». Однако общественные явления «как и вообще явления жизни, многосторонни, и на них можно смотреть с самых различных точек зрения... Каждое одностороннее определение, всякое отвлеченное теоретическое начало, если оно считается с реальной жизнью, не являет собою абсолютно ложного построения, оно имеет свое частное значение и тем самым свое оправдание (в особенности в том, что оно утверждает, а не в том, что оно отрицает); но значение это ограниченное, и потому на таких односторонних теориях нельзя окончательно остановиться».²⁸⁴ По мнению А.С. Яценко наиболее объективной и всесторонней теорией права может быть теория, основанная на синтетическом, комплексном понимании права.

Идеи синтетического, интегрального правопонимания получили широкое распространение в трудах выдающихся ученых–юристов начала XX века в России. «К представителям интегрального направления в дореволюционном правоведении

²⁸³ Яценко А.С. Философия права Владимира Соловьева. Теория федерализма. Опыт синтетической теории права и государства. – СПб.: Издательство «АЛЕТЕЙЯ», 1999. – С. 57.

²⁸⁴ Там же.

в первую очередь можно отнести Б.А. Кистяковского, П.А. Сорокина, А.С. Яценко, Ф.В. Тарановского и целую плеяду мыслителей, вынужденных создавать свои основные труды после событий 1917 г. уже в эмиграции, – С.Л. Франка, Н.Н. Алексеева, Г.Д. Гурвича, П.Г. Виноградова и др. Катастрофа 1917 г. разбросала русских ученых–правоведов по всему миру. Но развитие свободной отечественной теоретико–правовой мысли не прекратилось».²⁸⁵

Учитывая мощный всплеск философско–правовой мысли в России в начале XX в., А.В. Поляков справедливо констатирует, что «создание синтезированной, интегральной теории права, в которой идея коммуникации играла определяющую роль, оказалось последним новаторским словом русской дореволюционной теории права, причем словом, сказанным намного раньше, чем оно прозвучало на Западе».²⁸⁶

В США и Западной Европе в середине – второй половине XX в. идеи интегральной теории права получили заметное распространение.

Один из классиков американской философии права XX в. Джером Холл (1901–1992), бывший президентом Американской ассоциации политической и правовой философии, был известен как яркий представитель «интегративной (интегрированной) юриспруденции», в которой он пытался синтезировать позитивистскую и естественно–правовую теорию права, примирить их. В своей интегративной философии права он развивал идеи междисциплинарного исследования права, рассматривал право в разных аспектах как сложный, многомерный комплекс, объединяющий онтологию права, формальную теорию права, социологию права, аксиологию права. При этом он считал необходимым изучать статический и динамический, структурный и функциональный аспекты опыта бытия права, правовой реальности.

Интегративная философия права, по Дж. Холлу, позволяет видеть и основы права, и ценность, значение позитивного права (законодательства), и творческий характер применения права в суде, когда к старому закону, считал он, в силу динамики

²⁸⁵ Поляков А.В. Российская теоретико-правовая мысль: опыт прошлого и перспективы на будущее // Наш трудный путь к праву: Материалы философско-правовых чтений памяти академика В.С. Нерсесянца / Сост. В.Г. Графский. – М.: Норма, 2006. – С. 101. А.В. Поляков разграничивает интегральный и интегративный подходы по тому, признается ли целостность более широкой антологии права изначально (на основе постклассической методологии), или поиск ее ведется путем соединения, синтеза различных ограниченных классических подходов к правопониманию. См. об этом: Поляков А.В. Коммуникативная теория права как вариант интегрального правопонимания // Правовые идеи и институты в историко-теоретическом дискурсе (к 70-летию профессора В.Г. Графского) / отв. Ред. Л.Е. Лаптева. – М.: NOTE BENE, 2008. – С. 23; Тимошина Е.В. Некоторые итоги и перспективы дискуссии об интегральном правопонимании // Энциклопедия или интегральная юриспруденция: Проблемы изучения и преподавания: материалы седьмых философско-правовых чтений памяти акад. В.С. Нерсесянца / отв. Ред. В.Г. Графский. М.: Норма, 2013. – С. 75.

²⁸⁶ Поляков А.В. Российская теоретико-правовая мысль: опыт прошлого и перспективы на будущее // Наш трудный путь к праву: Материалы философско-правовых чтений памяти академика В.С. Нерсесянца / Сост. В.Г. Графский. – М.: Норма, 2006. – С. 111.

жизни и правопорядка, всегда что-то немного добавляется в судебном решении, оживляя и обновляя какие-то элементы нормы, ее смысл. По мнению Дж. Холла, конечно, участие в правотворчестве законодательных и судебных органов различается по степени творчества. «Такое различие, – писал он, – крайне важно для стратегии судебного решения и его контроля, но не уместно в теории юриспруденции».²⁸⁷

Следует отметить, что в начале XXI в., когда в России наметилась вторая волна формирования синтетического, интегрального правопонимания, кроме достаточно известной московской школы, значительно активизировалась Санкт-Петербургская (А.В. Поляков, И.Ю. Козлихин, Д.И. Луковская, Е.В. Тимошина, И.Л. Честнов и др.), которая, благодаря ряду фундаментальных монографий, диссертаций, сборников, ежегодников теории государства и права, журналу «Правоведение» выдвигается на лидирующие позиции в осмыслении права.

В постсоветской правовой науке идеи интегрального правопонимания, по выражению А.В. Полякова, получили «эпидемическое» (термин Л.И. Петражицкого) распространение.²⁸⁸

Чем определяется в настоящее время необходимость многоаспектного и в то же время интегрального, синтетического подходов к правопониманию?

1. Объективными закономерностями познания, объективной связью теории и практики, когда в условиях начавшейся четвертой промышленной революции не только теоретически, но впервые и практически встает вопрос о синтезе естественного и искусственного интеллекта, технического и социального. Это еще более настойчиво требует объединения различных типов правопонимания и относительно частных правовых теорий в единую общую интегральную теорию объединяющую в одно целое разные стороны права и при этом созвучную общим тенденциям интеграции знания и методологии исследования.

2. В силу целостности человека и общества как социальных и природных, земных и космических явлений, их внутреннего развивающегося естественного и культурно-цивилизационного единства и многоаспектной связью с феноменом права.

3. Все социальные нормы, в том числе право, играют интегрирующую роль в обществе. При этом праву и государству принадлежит особая роль в объединении, обеспечении единства общества, состоящего из людей и их групп, объединений, имеющих, нередко противоречивые интересы. «Важно иметь в виду,

²⁸⁷ Холл Джером. Интегративная юриспруденция // Антология мировой правовой мысли в пяти томах. Т. III. Европа, Америка: XVII – XX вв. / Нац. обществ.-науч. фонд; Рук. научного проекта Г.Ю. Семигин. – М.: Мысль, 1999. – С. 742.

²⁸⁸ Поляков А.В. Российская теоретико-правовая мысль: опыт прошлого и перспективы на будущее // Наш трудный путь к праву: Материалы философско-правовых чтений памяти академика В.С. Нерсесянца / Сост. В.Г. Графский. – М.: Норма, 2006. – С. 112.

что социальное единство на основе права – это единство различий, а не их отрицание или нивелировка. Право интегрирует общество, не унифицируя его».²⁸⁹ Такой объективной роли права в большей степени соответствует и в теории права не фрагментарный, сконцентрированный на какой-то одной грани права подход к его изучению, а многоаспектный, интегрирующий и в то же время не упрощающий это сложное явление.

4. Взаимосвязью процессов стихийного и целенаправленного развития, самоорганизации и организации, самоуправления и управления общества и многоплановой связью права не с каким-то одним из этих процессов, а со всеми вместе. Сложная целостность права диктует необходимость синтеза всех его аспектов для моделирования всего явления, видимых и незаметных процессов его стихийного и организованного образования и реализации, адекватного аналогичной природе взаимосвязанных социальных процессов.

5. Обширностью системы права, ее эволюцией и тенденцией к ее расширению, изменением удельного веса различных источников права в ходе его эволюции и в разных исторических ситуациях, при разных политических режимах. Срастанием и тесной связью права с несколькими взаимосвязанными и тесно взаимодействующими частями потенциально расширяющейся практически до бесконечности сферы бытия права (природа планеты и космос, сознание разных уровней и форм, общественные отношения, уровень исторического развития цивилизации – многообразный исторический контекст, нравственность, этические нормы, государство, международные политические институты, социальные институты и т.д.). Комплексным характером правовых явлений, требующих их системного и в то же время целостного анализа и восприятия.

6. Широкой антологией права, сложностью правовой реальности, ее целостностью и внутренней взаимосвязанностью, соединением в ней объективного и субъективного, динамичных процессов, юридических фактов и событий, многообразия объектов и субъектов права, человека действующего и бездействующего, окружающей среды и инфраструктуры жизнеобеспечения человека, общества и государства. Неучет каких-либо элементов, форм, сторон, как и целостности эволюционирующей среды права и эволюционирующего вместе с ней и с человеком, разумом, самого права, может исказить представления о нем, понимание его эволюции и перспектив развития.

7. Наличием в истории и в настоящее время разнообразных источников и вытекающих из них форм возникновения и существования права (естественное право

²⁸⁹ Лапаева В.В. Социология права / Под ред. В.С. Нерсесянца. – М.: Издательство НОРМА (Издательская группа НОРМА – ИНФРА-М), 2000. – С. 190.

человека, наций и народов, человечества; обычное; позитивное, прежде всего система нормативных правовых актов государства, приобретающее решающее значение по мере развития цивилизации; договорное; прецедентное; юридическая доктрина; правосознание, особенно актуализирующееся, кстати, как и право наций, народов в «переломные» периоды истории, – в период революций, переворотов, распада государств, глобальных изменений в мире и т.д.). При этом всевозможные формы права действуют в тесной взаимосвязи, служат одним целям правового регулирования, используя для этого порой разные средства; с определенной ступени исторического развития они все более санкционируются, координируются и защищаются государством.

8. Необходимостью многоаспектного и одновременно антологически целостного восприятия права как сложносоставного многомерного явления, по своей природе, целям, функционально, иерархически и эволюционно связывающего в одно сложносоставное целое все формы права, все правовые явления в их взаимодействии и развитии.

9. Общими закономерностями правового развития, действующих на него, нередко, на него в целом факторов, несмотря на многообразие проявлений права и его исторических, географических, национальных, культурных, религиозных и иных особенностей.

10. Объективной необходимостью системной реализации правовых норм и институтов для регулирования общественной жизни, а не только их формального фрагментарного принятия и декларирования, как внутри государства, так и в международном праве; потребностью согласованного соотнесения их с изменяющейся реальностью, с динамикой общественных отношений и сил.

11. Необходимостью охвата в теории права всех его проявлений, фаз формирования, механизмов действия для упорядочивания и регулирования протекающих процессов в сфере права, подпадающих под правовое регулирование. Чтобы исключить неполное и неточное восприятие права, недопустимо игнорирование различных форм и аспектов его возникновения и функционирования. Наоборот, требуется учет их антологической целостности для более полного описания и понимания функционирования данного феномена как сложносоставного, но единого по своей природе.

12. Необходимостью выработки теории, которая бы, по возможности, не противопоставляла, а сближала более упрощенное правопонимание «для практики» и более полное и всестороннее правопонимание «для науки». Как заметил А.В. Поляков, «задача современного правоведения заключается не в том, чтобы полностью исключить всякое упрощение, а в том, чтобы создать такую теоретическую

модель правовой действительности, в рамках которой было бы возможно совмещение понимания права с позиций юридической практики (права в жизни) и с максимально возможным уровнем научного обобщения, противодействующего его (права) теоретической фрагментации».²⁹⁰

Наиболее научным правопониманием на практике оказывается (и должно быть) правопонимание, необходимое для деятельности органа конституционного контроля, поскольку он обречен видеть и анализировать всю правовую систему с высоты объединяющей ее Конституции, ее развития, наиболее общих вопросов теории, а в ряде случаев – и принципов права, общих начал правовой доктрины.

Интегральный подход к такому многоаспектному и многоплановому явлению как право важен в работе органов конституционного контроля. Объективное рассмотрение дел, как отмечает Н.С. Бондарь, «предполагает необходимость сочетания догматического изучения нормативно–правовой, публично–правовой, публично–властной составляющей конституционализма с социологическим, историческим, нравственно–этическим, философско–мировоззренческим аспектами исследования сложных, комплексных по своей природе явлений конституционно–правовой действительности. Только на базе и с использованием соответствующих подходов становится возможным выявление и оценка внутренних связей, общих закономерностей и социокультурных характеристик Конституции, принятой в одних исторических условиях и работающей, получающей реализацию как юридический акт, – в других».²⁹¹

Коммуникативная теория права. Одной из интересных и обоснованных современных синтетических теорий права является коммуникативная, ярким представителем которой является А.В. Поляков. Эта теория синтезирует человекоцентризм в восприятии права, идущий еще от Протагора в Древней Греции, идеи об общительной, политико–правовой природе человека, связанные с учением Аристотеля, психологическую теорию права Л.И. Петражицкого, социологические теории права, нормативистскую теорию права Г. Кельзена в ее социально–психологической интерпретации и др. При этом выделяется новый элемент, их

²⁹⁰ Поляков А.В. Российская теоретико-правовая мысль: опыт прошлого и перспективы на будущее // Наш трудный путь к праву: Материалы философско-правовых чтений памяти академика В.С. Нерсисянца / Сост. В.Г. Графский. – М.: Норма, 2006. – С. 119. «Это и есть, пишет А.В. Поляков, – проблема синтеза формального, ценностного и антропологического аспектов правовой коммуникации» (там же). По мнению А.В. Полякова интегральность является целью и стремлением любой теории, но не их свойством. См.: Тимошина Е.В. Некоторые итоги и перспективы дискуссии об интегральном правопонимании // Энциклопедия или интегральная юриспруденция: Проблемы изучения и преподавания: материалы седьмых философско-правовых чтений памяти акад. В.С. Нерсисянца / отв. Ред. В.Г. Графский. – М.: Норма, 2013. – С. 78.

²⁹¹ Бондарь Н.С. Аксиология судебного конституционализма: конституционные ценности в теории и практике конституционного правосудия. Серия «Библиотека судебного конституционализма». Вып. 2. 2-е изд., доп. – М.: Юрист, 2014. – С. 55.

объединяющий – коммуникативная связь людей, регулирование взаимоотношений, сотрудничества, взаимодействия людей и их групп.

«Право, – пишет А.В. Поляков, – легитимируется не только через виртуальные тексты первичных источников права и не только через политические тексты государственной власти, но и через актуальные тексты, создаваемые самой практикой реализации прав и обязанностей. Таким образом, необходимо отметить некую сращенность когнитивного мира человека (как социального субъекта, а не как отдельного индивидуума), его поведения как носителя прав и обязанностей, соотношенного с поведением других субъектов, и тех текстов, которые эти права и обязанности определяют. В этом и заключается смысл коммуникативного взгляда на право».²⁹² В другом месте ученый замечает: «Интерпретация права как самоорганизующейся и саморазвивающейся системы означает, что понятие права нельзя локализовать в какой-либо одной точке правовой системы. Правом являются и правовые тексты, и правовые нормы и правоотношения, связывающие субъектов коррелятивными правами и обязанностями, и правовое поведение субъектов, и правовое сознание, придающее такому поведению правовой смысл. В этом смысле право – явление синергичное, когерентное, т.е. коммуникативное. Но именно через коммуникацию праву придается субъективный смысл, что даст возможность для онтолого-коммуникативного обоснования прав человека, как прав, обусловленных его коммуникативной природой».²⁹³

Теория « сетевого права », право и искусственный интеллект. Эта теория учитывает новые элементы в праве, внедрение в него новых технологий, автоматизации процессов правового регулирования, особенно реализации права – исполнения, соблюдения и применения норм права, договоров. Признается формирование новых граней в праве, неизбежность перехода к новой технологической фазе его существования и развития с использованием сетевых технологий, развитием процессов автоматизации, саморегуляции, децентрализации и внедрения ИИ в сфере права.

²⁹² Поляков А.В. Российская теоретико-правовая мысль: опыт прошлого и перспективы на будущее // Наш трудный путь к праву: Материалы философско-правовых чтений памяти академика В.С. Нерсесянца / Сост. В.Г. Графский. – М.: Норма, 2006. – С. 118. «Право существует, – пишет А.В. Поляков, – как становящееся право, находящееся в постоянной динамике текстуально-информационного и энергично-поведенческого взаимодействия. Это позволяет характеризовать его как самоорганизующуюся и саморазвивающуюся систему. И лишь редукция комплексности превращает право (в сознании ученого или потребителя) в застывшую систему норм или, наоборот, в некий набор абстрактных, но разумных и справедливых принципов. Право – это сама социальная жизнь, взятая в специфическом ракурсе, но определение границ права через редукцию комплексности неизбежно ведет к упрощенному и фрагментарному его пониманию» (там же. С. 118-119). Когерентность в лингвистике – целостность текста, заключающаяся в логико-семантической, грамматической и стилистической соотношенности и взаимозависимости составляющих его элементов.

²⁹³ Поляков А.В. Коммуникативное правопонимание: Избранные труды. – СПб.: ООО Издательский Дом «Алеф-Пресс», 2014. – С. 32.

По мнению Л.В. Голоскокова в информационном обществе по мере развития цифровизации в праве произойдут не только изменения в его форме, но и в сущности. Информационная модернизация сущности права, полагает ученый, в условиях развития информационных компьютерных технологий (ИКТ) может осуществляться следующим образом: «1) глубокая интеграция ИКТ и права; 2) автоматизация анализа правовых норм и правотворчества; 3) автоматизация правореализационных процессов; 4) комплексная автоматизация и визуализация правотворческих и правореализационных процессов; 5) правовое регулирование в режиме реального времени; 6) переход от использования в правоотношениях бумажных технологий к электронным – сетевому дистанционному взаимодействию субъектов права; 7) моделирование и экспериментирование на объективной реальности; 8) развитие процессуального права путём создания юридико–технологических механизмов, обеспечивающих автоматизацию процессуальных норм и процедур, которые должны быть во всех возможных случаях основаны не на бумажных, а на электронных технологиях и изначально ориентированы на сетевое, дистанционное и максимально автоматизированное взаимодействие субъектов права».²⁹⁴

Данная теория фактически исходит из того, что изменение формы коммуникации, раскрывает новые грани сущности права как информационного явления.

В условиях четвертой промышленной революции, информационного общества, развития и внедрения ИИ, может произойти ускоряющаяся модернизация системы государственного управления и соответственно, структурно–функциональной правовой основы построения и деятельности государственных органов. И это будут гораздо более глубокие изменения, чем только реализация и развитие программы «электронного правительства», может затронуть многие аспекты функционирования и взаимодействия государственных органов. При этом применение ИИ «в государственном управлении сопряжено как с линейкой позитивных перспектив и преимуществ, так и с линейкой проблем и угроз, рисков, негативных факторов».²⁹⁵

Исследователи отмечают, в частности, что значительное распространение ИИ и роботов в государственном управлении может ускорять различные процессы, в том числе негативные. Например, у населения может возникнуть ощущение недостаточного контроля в системе государственного управления и роста недоверия к государству, его органам, к эффективности работы государственных служащих, к активизации замены их состава, изменения критериев подбора кадров. «Избыточное внедрение юнитов искусственного интеллекта в систему государственной

²⁹⁴ Голоскоков Л.В. Модернизация российского права: теоретико-информационный аспект. Автореферат диссертации на соискание ученой степени доктора юридических наук. – Краснодар, 2006. – С. 10–11.

²⁹⁵ Морхат П.М. Искусственный интеллект: правовой взгляд: Научная монография / РОО «Институт государственно-конфессиональных отношений и права». – М.: Буки Веди, 2017. – С. 211.

власти, – пишет П.М. Морхат, – может повлечь обострение проблемы бесчеловечности, несправедливости государства, потенциально может привести к трансформации государства...». ²⁹⁶

Быстрое развитие ИИ, совершенствование роботов, не без оснований считают многие исследователи, в дальнейшем может привести к возможным противоречиям и конфликтам естественного (человеческого) и ИИ, которые, возможно, будут разрешаться и путем различных направлений и форм их синтеза: вживление человеку определенных чипов с информацией и регулирующие поведение и интеллектуальную деятельность программами, информационными базами и т.д. Возможен параллельно и другой процесс – моделирование и внедрение моделей функционирования человеческого мозга в ИИ роботов.

Все это не может не повлиять на нравственные отношения в человеческом обществе (и на отношения человек – робот, робот – робот, человек – человек с роботом, человек – группа роботов, и т.д.), на содержание законодательства и его реализацию, на формы и скорость его обработки, обновления, распространения, применения. Эти уже начавшиеся процессы, которые явно будут ускоряться в обозримом будущем, являются новым вызовом для человека и человечества в целом и требуют к себе повышенного внимания законодателей. Актуализируются: своевременное правовое регулирование разработок программ ИИ, ограничений в действиях ИИ и решение вопроса о включении в программы ИИ основ нравственности с запретом причинения вреда человеку и человечеству (возможно, за исключением отдельных ситуаций связанных с обеспечением личной, национальной и международной безопасности), необходимость регулирования множества смежных вопросов на уровне международного права и национального законодательства.

Космические горизонты права. В ходе исторического развития право все более раскрывает свою глобальную природу. Начиная развитие с небольших зон правового регулирования, право охватило в настоящее время многоуровневым регулированием всю планету. На определенной ступени исторического развития человеческой цивилизации, к которой человечество подошло, требуется переосмысление природы и перспектив правового развития с учетом открывающихся в начале XXI века горизонтов эволюции государства и права как космических явлений, общей эволюции человеческой цивилизации и разума во Вселенной.

Начавшаяся постепенная трансформация наиболее развитых стран мира в космические государства, выход армий ряда стран в космос, перенос гонки вооружений в космическое пространство, опасность космических войн, предстоящая в ближайшее десятилетие новая и, по всей видимости, гораздо более жесткая

²⁹⁶ Там же.

разворачивающаяся конкуренция стран–лидеров в космосе и за космические ресурсы, ставят много новых общетеоретических и прикладных задач перед юридической наукой и практикой.

В связи с расширением горизонта правового регулирования и сферы деятельности современных государства, включением в сферу права земной и космической экологии, учитывая революционные прорывы в нано–технологиях, генетике, исследовании мозга и социального поведения животных,²⁹⁷ в разработках и внедрении ИИ, Интернета вещей и т. д., предстоящую космическую экспансию человечества, возникает справедливый вопрос об обоснованности человекоцентричного мировоззрения и человекоцентризма права.

Принцип человекоцентризма мира и, в частности, права, уходящий корнями в идеи древних мыслителей, в частности, в идеи Протагора в Древней Греции, в связи с глобальными экологическими проблемами и открывающимися космическими горизонтами назначения и предстоящей деятельности человека,²⁹⁸ выглядит уже излишне претенциозным, слишком эгоцентричным, несколько ограниченным и наивным. И во временном отношении, и по масштабу природа планеты Земля и бескрайний космос бесконечно больше и бесконечно сильнее человека и человечества, которое может даже уничтожить самого себя. Кроме того, за последние четверть века, после открытия первой планеты в другой звездной системе, уже открыты тысячи таких планет, некоторые из них близки по своим свойствам Земле. Напомним, что Нобелевская премия 2019 года в области физики, в числе трех ученых, была присуждена, в частности двум швейцарским исследователям Мишелю Майору и Дидье Кело – за открытие экзопланеты, вращающейся вокруг звезды солнечного типа.²⁹⁹ Не исключено, как считают ученые НАСА, что в ближайшие десятилетия или даже годы, может быть открыта жизнь на других планетах, сначала простейшая.³⁰⁰

²⁹⁷ См.: Ваганов, Андрей. Разум животных юридически уравнили с разумом человека. 24.09.2019 // Независимая газета. Печатная версия. – URL: http://www.ng.ru/nauka/2019-09-24/9_10_7684_animals.html (22.10.2019).

²⁹⁸ См., напр.: Марсианское право: кому будет принадлежать территория Красной планеты. 23 июня 2019 // URL: <https://www.techcult.ru/space/6941-pravovoe-regulirovanie-kolonizacii-marsa> (22.10.2019).

²⁹⁹ См.: Нобелевская премия по физике за 2019 год присуждена за революционные открытия в астрономии. 8 октября 2019 // URL: <https://www.bbc.com/russian/news-49960797> (30.10.2019); Левин, Алексей. Нобелевская премия по физике – 2019. 10.10.2019 // URL: https://elementy.ru/novosti_nauki/433548/Nobelevskaya_premiya_po_fizike_2019 (30.10.2019).

³⁰⁰ См., напр.: Лысенко, Анна. Ученый NASA: жизнь на Марсе могут найти, но мир к этому не готов. Открытие могут сделать уже в 2021 году. 30.09.2019 // URL: <https://news.mail.ru/society/38914095/> (22.10.2019); Ведущий ученый НАСА считает, что жизнь на Марсе может быть найдена довольно скоро, но мир к этому «не готов». 01.10.2019 // URL: <https://zen.yandex.ru/media/futurycon/veduschii-uchenyi-nasa-schitaet-chto-jizn-na-marse-mojet-byt-naidena-dovolno-skoro-no-mir-k-etomu-ne-gotov-5d9337fcc49f2900ad68341e> (22.10.2019); В созвездии Льва найдена планета с водяным паром в атмосфере. На «суперземле» K2-18b вода может быть и в жидком виде. 12.09.2019 13:15:00 // Независимая газета. Интернет-версия. URL: http://www.ng.ru/science/2019-09-12/100_k218b.html (22.10.2019).

Можно полагать, что человекоцентристский принцип права, по мере развития человечества, может быть трансформирован в принцип разумоцентризма права и разумоцентристского мировоззрения.

Мысль Диогена Синопского в Древней Греции о том, что человек – гражданин Вселенной стала актуализироваться и перемещаться в практическую плоскость только с началом освоения космоса во второй половине XX века.

Современное человечество вполне осознает тот факт, что человек и человечество живут в огромном космосе, что они, как и право – явления, эволюция которых неизбежно ставит их перед проблемами осмысления и начала реализации их космического потенциала. В теории и философии права также все яснее прослеживаются эти идеи. В XXI веке и в последующем, отмечал член–корр. РАН Г.В. Мальцев, «мысль о правовом порядке, подобно тому как это уже было в античные времена, развернется во всем космическом пространстве, выйдет за пределы человеческих дел, распространится на все живое на земле, на все законы микро– и макромира, обретет ключ к пониманию природы человека как органической части космоса, им порожденной и с ним нераздельно связанной. Предназначение и жизнь человека не могут быть поняты и нормативно оценены вне их космического измерения. Основой юридического мировоззрения в будущем могут стать идеи антропокосмизма, учение о ноосфере, но прежде всего, конечно, переосмысление на базе современных естественнонаучных и общественных знаний теории естественного права и естественной справедливости. Антропокосмизм восстанавливает давно утраченную здоровую связь человека с природой и космосом и, следовательно, соотносит социальные, в том числе позитивно–правовые, нормы, по которым живет человек, с природными и космическими императивами».³⁰¹

В связи с этим можно напомнить, что Платон в своей модели идеального государства конструировал такой орган как Ночное собрание, которое должно было сверять, соотносить принятые людьми законы с космическими основами права.³⁰² Современные органы конституционного контроля можно рассматривать как одну из ранних ступеней реализации идеи Платона об органе, проверяющем законодательство на соответствие фундаментальным основам права (космическим основам права).

³⁰¹ Мальцев Г.В. Понимание права. Подходы и проблемы. – М.: Прометей, 1999. – С. 406-407.

³⁰² См. также: Ударцев С.Ф. Идея космического государства в истории политической мысли // Право и политика (Москва), №8, 2012. – С. 1386-1398. Полная версия статьи на сайте издательства: URL: http://nbpublish.com/view_post_368.html (23.04.2018 г.); Udartsev S.F. Cosmic state: the forming and development of the idea in the history of thought // SENTENTIA. European Journal of Humanities and Social Sciences. 2014. №1. – С. 37-50. DOI: 10.7256/1339-3057.2014.1.11412; или: Udartsev S.F. Cosmic state: the forming and development of the idea in the history of thought // Право и политика (М.). 2014. №4. – С. 548-561. DOI: 10.7256/1811-9018.2014.4.11415.

Развитие человечества на стадии как космической цивилизации может актуализировать качественно новую ступень в эволюции права – метаправо, включающее сложносоставную систему планетарного права планеты Земля (и соответственно систем права иных планет, по мере освоения их человечеством) и систему межцивилизационного права нескольких уровней.³⁰³

Член–корр. РАН М.И. Клеандров, посвятивший исследованию метаправа несколько статей, допускает и возможность возникновения права, регулирующего отношения с разумными существами разных измерений, которые возможно существуют в одном пространстве, на одной планете, между существами живущими в разном времени, если человек освоит технологии перемещения не только в пространстве, но и во времени (возможность чего дают основания предполагать, например, различные сенсационные и пока точно не объясненные археологические находки, когда в одном и том же древнем археологическом слое могут находиться предметы разных эпох и созданные с помощью технологий, отделяемых огромными отрезками исторического времени, в том числе значительно более поздних периодов) и т.д.³⁰⁴

М.И. Клеандров выделяет три уровня метаправа – планетарный, звездное право, межзвездное и галактическое (межцивилизационное) и, наконец, Мегаправо как право Вселенной с добавлением не только пространственных, но и временных параметров.³⁰⁵

Ценность права для человека и мифология: пример из современной астрономии. В человеческой культуре присутствуют противоположные начала, идеи – порядка и хаоса, законности и беззакония, справедливости и несправедливости,

³⁰³ См. также об этом, напр.: Ударцев С.Ф. Метаправо и правопонимание (о трансформации правопонимания на новом уровне правового развития). Резюме на англ. и каз. языках // Научные труды «Эділет» (Алматы, ВШП «Эділет»). №1 (7), 2000. – С. 22 – 41. Резюме на англ. и каз. языках – с. 171 – 173; Он же. Право и космическая деятельность. Метаправо // «Развитие юридических наук: проблемы и перспективы». Материалы международной научно-практической конференции/ отв. ред. О.Е. Калпинская, В.Ф. Прокофьев. Новгородский государственный университет имени Ярослава Мудрого, Великий Новгород, 2015. – 346-350; Он же. Международное и внутригосударственное право в контексте глобальных тенденций эволюции права // Ұлттық және халықаралық құқықтың өзара әрекеттестігі. Дөңгелек үстел материалдары. КАЗГЮУ Университеті, 15 мамыр 2015 ж. = Взаимодействие национального и международного права. Материалы круглого стола. Университет КАЗГЮУ, 15 мая 2015 г. Астана: ТОО «КазГЮУ Консалтинг», 2016. – С. 54-74.

³⁰⁴ См.: Клеандров М.И. Метаправо и мегаправо для урегулирования отношений с иным разумом // Право и государство. №4 (69) 2015. – С. 81-85. Или на сайте журнала: URL: <http://km.kazguu.kz/uploads/files/%D0%9A%D0%BB%D0%B5%D0%B0%D0%BD%D0%B4%D1%80%D0%BE%D0%B2%20%D0%9C.%D0%98.%D1%81.%2081-85.pdf> (21.04.2018 г.). См. также: Клеандров М.И. Правовое регулирование отношений «вверх» от правового «стандарта» человека // Актуальные проблемы юриспруденции. Материалы итоговой научной конференции. Вып. 1. Тюмень: «РУТРА», 1996. – С. 68-78; Он же. Еще раз об идее Метаправа в контексте предстоящей встречи с Иным Разумом // Московский журнал международного права. 2000. No 2 (30). – С. 386-393; Он же. Нужно ли правовое регулирование отношений, связанных с Иным Разумом? // Вестник Тюменского государственного университета. 2003. No 1. – С. 218-228; Он же. Право и Иной Разум: точки соприкосновения // Гуманитарные науки в Сибири. 2004. No 1. – С. 94-99.

³⁰⁵ См.: Клеандров М.И. Метаправо и мегаправо для урегулирования отношений с иным разумом // Право и государство. №4 (69) 2015. – С. 81-85.

права и бесправия, мира и войны, добра и зла, согласия и раздора, взаимопомощи и борьбы, любви и ненависти и т. д. Между этими противоположностями идет определенная борьба.

В ходе исторического развития человеческого общества право и разумный порядок закрепились в общественном сознании как позитивные ценности.

В последние годы в Солнечной системе открыто несколько особенно удаленных от Солнца планет, на которые попадает минимальное количество света нашей звезды. Интересно, что открытая группой американских астрономов в январе 2005 года (заявление об открытии было опубликовано в июне 2005 года) десятая планета Солнечной системы, расположенная далеко за Плутоном, была названа Эридой в честь греко-римской богини Эриды (Эрис) – богини раздора и хаоса. А когда у новой удаленной планеты Эриды в сентябре 2005 г. был открыт спутник, то он получил название Дисномия – в честь мифологической дочери богини Эриды – Дисномии – богини беззакония в греческой мифологии.³⁰⁶ Эти два самых дальних на сегодня в Солнечной системе космических тела как бы символизируют мрак и холод,³⁰⁷ малопригодность для жизни людей тех понятий, с которыми связаны их названия, подчеркивая тем самым связь противоположных им понятий – право, мир, порядок – с теплом и светом. В этом мы можем видеть пример внедрения в общественное сознание и в правовую культуру идей права и справедливости как ценностей для человека и человечества.

Таким образом, в современной науке и культуре присутствуют и закрепляются древние мифологические представления, которые, видимо, должны служить напоминанием о необходимости утверждения ценностей права в человеческом обществе и государстве, что соответствует принципам и верховенства права, и верховенства закона.

5. КОНСТИТУЦИОННЫЙ КОНТРОЛЬ, ПРАВОПОНИМАНИЕ И ТОЛКОВАНИЕ ПРАВА. ЭЛЕМЕНТЫ ВЕРХОВЕНСТВА ПРАВА (ПРАКТИЧЕСКИЙ АСПЕКТ)

Как видно из изложенного, право является многоаспектным, многомерным явлением. Оно связано с процессами самоорганизации и организации в обществе и само выступает как средство самоорганизации и организации общественной жизни. Право имеет глубокие корни в природных, социальных явлениях, в сознании человека, прошло в истории долгий путь развития, но его эволюция не

³⁰⁶ См.: Эрида // Википедия. Свободная энциклопедия. URL: <https://ru.wikipedia.org/wiki/%D0%AD%D1%80%D0%B8%D0%B4%D0%B0> (05.12.2018 г.). После этого открытия и Плутона, и новая планета Эрида были переведены в категорию карликовых планет Солнечной системы.

³⁰⁷ Установлено, что на Эриде царит холод от минус 253 до минус 230 оС – в зависимости от удаления и приближения к Солнцу ее орбиты.

завершена. Более того, возможно, право находится перед наиболее глобальными и существенными изменениями именно в настоящее время. В обозримом будущем в сферу права могут быть включены новые многочисленные проблемы, связанные с отношениями: человек – робот, естественный интеллект – ИИ, естественный организм – его искусственный клон, живая материя – неживая материя, естественная и искусственно продленная с заменой (возможно, неоднократной) органов и большей части (или всех частей) тела жизнь, естественная реальность – виртуальная реальность, человек – представители иных космических цивилизаций, национальные – региональные – планетарные политические и правовые системы и их институты и т.д. Право достигнет новых пространственных параметров своего бытия, проявит новые грани своей природы и своего потенциала.

На основании нового опыта практического и опыта осмысления природы и системы права, будут скорректированы теории права. В развитии права важную роль еще предстоит сыграть получившей широкое распространение в настоящее время интегральной, синтетической или интегративной теории права, которые полнее, всестороннее и точнее отражают его сложную многосоставную природу.

Очевидно, орган конституционного контроля прежде всего работает с такой формой права как законодательство и его ядром, своего рода генетической программой системы законодательства – Основным законом – Конституцией. Однако учитывая целостность права как явления и его более сложный состав, включающий не только законодательство, но и иные формы права в том или ином сочетании, орган конституционного контроля как наиболее научный по своему назначению среди государственных органов, соединяющий несколько ограниченное практическое восприятие права с его научным видением как более сложного явления, вправе и должен, по возможности, сочетать и практический, и научный подходы к праву.

Таким образом, защищая Конституцию, анализируя, толкуя ее нормы и нормы законодательства, орган конституционного контроля должен видеть, понимать, учитывать в своих толкованиях, позициях, решениях весь многоаспектный спектр права как целостного сложносоставного общественного явления. Такой подход обеспечит устойчивость правового развития с учетом достижений правовой науки и потребностей юридической практики, особенностей исторического контекста, конкретной ситуации, общих тенденций развития права и правовой политики, более глубокое и многоаспектное толкование понимание и толкование Конституции.

В практическом отношении верховенство права, по мнению, например, Венецианской комиссии, включает следующие элементы:

«(1) Законность, в том числе прозрачный, подотчетный и демократичный процесс принятия законодательства

- (2) Правовая определенность
- (3) Запрет на произвол
- (4) Доступ к правосудию, обеспечиваемому независимыми и беспристрастными судами, в том числе судебное рассмотрение административных актов
- (5) Соблюдение прав человека
- (6) Недискриминация и равенство перед законом».³⁰⁸

Первый элемент общий и для верховенства закона, и для верховенства права. Как видно законность, в плане ее связи с верховенством права, здесь рассматривается в соединении с прозрачностью и демократичностью законотворческого процесса. Законность не есть слепое подчинение законам, в правовом государстве она предполагает отражение в законотворчестве и его результатах – в законах, реальной воли основного источника права – народа, связи закона с обществом, отражение в нем потребностей общества, общих принципов права.

Следующие элементы верховенства права имеют больше возможностей для комплексной реализации именно в режиме верховенства права, а не только в связи с верховенством закона.

Правовая определенность, в том числе, предполагает относительную стабильность, гармоничную системность законодательства, устойчивость правовой политики, предсказуемость общих подходов и критериев к оценке правомерности нормативных актов и ясность компетенции государственных органов по их реализации, а также справедливость судебных решений.

Запрет на произвол признается началом, имеющим общее значение и в отношениях между физическими, и/или юридическими лицами, включает недопустимость монополизма и недобросовестной конкуренции. Но этот запрет относится, и даже в первую очередь, также и к государственным органам. Государство не может совершать произвол по отношению к физическим и юридическим лицам, не может нарушать им самим установленные законы, сложившиеся в обществе и признаваемые традицией правовые обычаи, даже если они не санкционированы официально государством и тем более, если они санкционированы решениями судов, иных государственных органов и практикой функционирования государства. Государственные органы, юридические и физические лица должны уважать и исполнять решения судов.

Доступ к правосудию в доктрине верховенства права особенно важен еще и потому, что суд является активным институтом реализации права и одновременно–повседневным творцом права на уровне спорных и конфликтных ситуаций при

³⁰⁸ Европейская комиссия за демократию через право (Венецианская комиссия). Доклад о верховенстве права. Утвержденный Венецианской комиссией на 86-й пленарной сессии (Венеция, 25-26 марта 2011 года). Страсбург, 4 апреля 2011 года. Исследование №512 / 2009. – 19 с. // URL: [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2011\)003rev-rus](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2011)003rev-rus) (28.11.2018 г.).

соприкосновении норм права с реальными отношениями и интересами их участников. Отсутствие доступа к правосудию означает отсутствие доступа к праву, бесправие, превращение права из реального в декоративное, бумажное.

Доступ к правосудию не столь простой критерий, как может показаться на первый взгляд. Неграмотно и неправильно оформленное исковое заявление в защиту своего нарушенного права может быть препятствием для рассмотрения дела судом. Территориальная удаленность суда в государстве с большой территорией также может оказаться фактором, препятствующим защите лица своего права (здесь может помочь внедряемое электронное правосудие, которым, кстати, также надо уметь пользоваться). М.И. Клеандров, например, для обеспечения доступа к правосудию в низовом звене экономической юстиции выделяет такие факторы, как судоустройственный, судопроизводственный (излишне усложненные требования к оформлению искового заявления, что выгодно крупному бизнесу с сильной юридической службой, но не выгодно среднему и тем более малому предпринимательству, не говоря уже об индивидуальных предпринимателях и самозанятых), а также факторы статуса специализированного судьи, транспортной отдаленности. Особое внимание автор обращает на затрудненность доступа к правосудию для лиц, занятых в «серой экономике» – незарегистрированных участников экономической деятельности.³⁰⁹ Обеспечение доступа к правосудию требует решения комплекса экономических, финансовых, юридических, технических, организационных, образовательных и воспитательных взаимосвязанных вопросов.

Кроме того, не случайно здесь упоминается и об административных актах, наличии возможности их судебного рассмотрения. Речь идет об административной юстиции, которая, например, в скандинавских странах существует уже больше столетия (хотя они и относятся к континентальной правовой системе, но вполне воплощают у себя этот аспект верховенства права). Судебный контроль, согласно доктрине верховенства права должен существовать не только над законами в плане проверки их на конституционность. Должен действовать и постоянный механизм проверки правомерности подзаконных актов государственных органов и действий их должностных лиц административными судами для усиления самоконтроля государственных органов и для защиты конкретных индивидуальных прав граждан и юридических лиц (например, бизнесменов) от их нарушения в ведомственных,

³⁰⁹ См.: Клеандров М.И. Правовая организация механизма правосудия Российской Федерации: проблемы совершенствования: монография. – М.: Норма: ИНФРА-М, 2018. – С. 97–98 и др. Не менее важным является и наличие механизмов для отбора на должности судей честных, справедливых, квалифицированных, физически и психически здоровых людей, способных вынести все психологические нагрузки и принять законное и справедливое решение. См.: Клеандров М.И. Судейский корпус России: совершенствование механизма формирования. – М.: Норма: ИНФРА-М, 2019.

региональных подзаконных нормативных и правоприменительных актах, а также в основанных на них действиях государственных органов и их служащих в различных конкретных ситуациях. Важно также, что процедура рассмотрения дел в административной юстиции должна, по возможности, уравнивать неравенство в реальных возможностях граждан и государственных органов.

Известный ученый-юрист конца XIX – начала XX в. Н.М. Коркунов, обобщая зарубежный опыт XIX в. писал: «Для разрешения споров о законности распоряжений органов администрации и самоуправления организуются обыкновенно особые учреждения – административные суды».³¹⁰ При этом он всесторонне обосновывал, что административная юстиция не может быть заменена общими судами или судами по гражданским делам по причине специфики сферы, несоответствия этому направлению деятельности судей другой специализации, и по необходимости особенностей процедуры рассмотрения этой категории дел и т.д.³¹¹ Подытоживая свои исследования, Н.М. Коркунов писал: «Итак, особенности административного иска, направленного к разрешению споров о публично-правовых отношениях, делают необходимым особое устройство судов, призванных рассматривать эти иски, и особенную организацию самого судопроизводства. Для полноты судебного надзора за законностью управления необходимо существование особых административных судов. Но для того, чтобы этот надзор представлял действительные гарантии законности управления, надо, чтобы административные суды были настоящими судами, т. е. удовлетворяли всем основным условиям правильного отправления правосудия. И прежде всего личному составу административных судов должна быть обеспечена должная независимость от администрации, так как иначе они не могут надлежащим образом выполнять функции надзора за законностью управления».³¹²

Соблюдение прав человека предполагается в максимально широком виде во всех случаях, всеми физическими и юридическими лицами, а также государственными органами, их должностными лицами, международными организациями. Здесь имеется в виду весь спектр прав человека, – права, закрепленные и поддерживаемые международным правом, национальным законодательством, прецедентным правом, обычным правом. Дело в том, что права человека и гражданина, записанные в международных правовых актах и национальном праве могут не совпадать. Национальные конституции, например, могут содержать права, которые

³¹⁰ Коркунов Н.М. Русское государственное право. Глава II. Административная юстиция. § 64. Понятие административной юстиции // Административная юстиция; Конец XIX – начало XX века: Хрестоматия. Ч.1 / Сост. и вступит. ст. Ю.Н. Старостина. – Воронеж: Изд-во Воронежского гос. ун-та, 2004. – С. 471.

³¹¹ См.: там же. С. 471–481.

³¹² Там же. С. 480–481.

не всегда закреплены в международных правовых актах, и наоборот, в этих актах могут содержаться права, отсутствующие в национальных конституциях.

Очевидно, в Казахстане требуется дальнейшее укрепление статуса института омбудсмена. В частности, Уполномоченный по правам человека мог бы быть субъектом обращения в Конституционный Совет, что содействовало бы реализации данного элемента верховенства права.

Недискриминация и равенство перед законом предполагают запрет дискриминации по любым основаниям – социальным, сословным, профессиональным, региональным, имущественным, культурным, расовым, национальным, языковым, политическим, религиозным и т. д. Равенство перед законом означает не фактическое равенство всех со всеми, а равноправие, равенство в юридических возможностях, в защищенности законом и судом от произвола. В то же время и здесь имеются определенные резервы для развития. В частности, на практике, работодатели не во всех организациях соблюдают баланс между правом увольнения работников при достижении пенсионного возраста и запретом в кодексе о труде дискриминации по возрасту. Очевидно, что такое увольнение, порой превращающееся в некоторых организациях в кампанию без индивидуального подхода, может рассматриваться как случаи дискриминации по возрасту. Возможно, Конституционному Совету еще предстоит столкнуться с подобной практикой.

Все эти основные элементы представляют собой единую систему и должны действовать, применяться взаимосвязанно. Нарушение каждого из них есть неполнота всей системы практической реализации верховенства права.

6. ПРАВОВЫЕ ПОЗИЦИИ ОРГАНА КОНСТИТУЦИОННОГО КОНТРОЛЯ И ИХ ЗНАЧЕНИЕ

Рассматривая соответствие действующего законодательства Конституции, Конституционный Совет РК во многих своих актах формулирует правовые позиции – разнообразные по форме универсальные основания и средства обеспечения правового воздействия, имеющие мультипликативный эффект по влиянию на действующее право, по продвижению по пути утверждения верховенства права.

Правовые позиции органа конституционного контроля – его официальные коллективные мнения, оценки, логически законченные, в той или иной степени и форме определенные суждения по правовым вопросам, содержащиеся в его нормативных постановлениях (в том числе в дополнительных), заключениях и ежегодных посланиях, принятых с соблюдением установленной законодательством (Конституцией, конституционным законом, Регламентом и т.д.) процедурой и компетенцией данного государственного органа.

Правовые позиции отражают объективные и субъективные моменты, лежащие в основе решений этого коллегиального органа, являются опорными информационными и логическими элементами движения его коллективной мысли, фиксации промежуточных и итоговых результатов проведенного анализа рассматриваемой ситуации, проблемы.

В правовых позициях выражается комплексное видение государственным органом правовой политики, права, особенно Конституции. В них резюмируются исходные пункты для анализа рассматриваемого вопроса и его результаты, опыт работы, отражается правосознание членов Конституционного Совета, доминирующее в органе конституционного контроля отношение к тем или иным вопросам.

Правовые позиции – логически законченные фрагменты концептуальной правовой информации, содержащейся в решениях органов конституционного контроля по различным вопросам. Они могут быть как общего, так и более частного характера. Это – синтез правовой доктрины, законодательства и практического опыта, идей верховенства права и конституционной законности, результат коллективного осмысления исследуемых, обсуждаемых и затрагиваемых в решении органа конституционного контроля вопросов. В них могут найти отражение официальное толкование норм конституции и законов, вопросы действующей, должной и желаемой правовой политики, официальные рекомендации государственным органам по совершенствованию законодательства и его применению. Они могут содержать опорные моменты аргументации органа конституционного контроля, признаваемые им доктринальные положения, определяющие ход и итог коллективной мысли, принимаемое решение.

Правовые позиции могут затрагивать как менее значимые, так и наиболее значимые, частные и общие вопросы, как редкие, так и типичные ситуации.

Несмотря на разноаспектность и многообразие правовых позиций, кажущуюся их несвязанность между собой, в их совокупности просматривается системное видение органом конституционного контроля в каждый исторический момент содержания Конституции, правовой политики и системы законодательства. Системность правовых позиций все более проявляется по мере накопления правовой информации и исторического опыта, увеличения количества решений органа конституционного контроля, корректировки им своих постановлений и отдельных ранее высказанных позиций, согласования их с совокупностью принятых решений.

Правовые позиции нередко связаны с необходимостью защиты соответствующих правовых рубежей, правовых и политико-правовых ценностей, институтов и правоотношений, а также с потребностью в формулировании правовых ориентиров по тем или иным вопросам. Позиции органа конституционного контроля могут

предполагать недопустимость или нежелательность определенных направлений развития общественных отношений и в связи с этим обладают потенциалом как обеспечения содействия определенной направленности развития этих отношений, так и блокирования нежелательного направления их развития.

В правовых позициях отражаются определенные ценности, подходы, идеи, признание необходимости создания или модернизации определенных правовых институтов, форм, конструкций. Может поддерживаться стимулирование дальнейшего развития существующих отношений и институтов или наоборот, проявляться нежелательность, нецелесообразность развития или трансформации правоотношений в определенных направлениях.

Позиции Конституционного Совета по правовым вопросам в связи с рассмотренными делами – результат мыслительной деятельности членов органа конституционного контроля, политического и юридического опыта защиты конституционного строя, отдельных норм конституции, выработки, корректировки и реализации правовой политики. При этом в процессе принятия решений, в формулировании и шлифовке правовых позиций, естественно, может быть разной роль отдельных членов органа конституционного контроля в зависимости от глубины проработки материалов дела, способностей, квалификации, образования, специализации, опыта и т.д. Однако в любом случае в итоге правовые позиции органа конституционного контроля выступают как совокупное, равнодействующее, синтезированное в результате голосования в соответствии с процедурой принятия решения, коллективное мнение его членов – независимо от того, кто предложил, сформулировал, уточнил или изменил формулировку в процессе ее обсуждения, сомневался или выступал против.

Правовые позиции отдельных членов органа конституционного контроля не являются позициями самого органа, однако могут учитываться для выяснения возможных оттенков толкования Конституции и законодательства, а также в случаях пересмотра органом конституционного контроля своих решений или уточнения им ранее сформулированных позиций в связи с изменением Конституции, законодательства или иным основаниям.

В правовых позициях органа по защите конституции во всех странах и во все исторические периоды, в амплитуде возможных изменений этих позиций прослеживаются состояние, уровень скорость и направление развития общества, его экономики, социальных, политических отношений. Уровень общественного политического сознания, правовой и политической культуры, направление политики государства также являются некоторыми ограничителями и факторами, задающими определенные параметры для указанных правовых позиций.

На формирование правовых позиций органа конституционного контроля влияют философские, политические, религиозные убеждения членов этого органа, их профессиональная, научная, нравственная и гражданская позиция, их принадлежность по содержанию правовых воззрений к той или иной правовой школе, к тому или иному направлению в правовой науке, а также в политике.

Формулируемые правовые позиции можно классифицировать по различным критериям, дифференцируя, в частности, по: органам конституционного контроля; отраслям права и сферам правового регулирования; отношению к вопросам национального и международного права; государственным органам издавшим проверяемые акты; видам и иерархии актов, которые анализируются; общим (общетеоретическим, теоретическим отраслевым) и частным (специальным отраслевым, прикладным) вопросам права; документам органа конституционного контроля, в которых они содержатся; вопросам публичного и частного права, процессуального и материального права; различным правам человека и гражданина, их обязанностям; на относящиеся к проектам нормативных правовых актов или к действующему законодательству; на первичные и вторичные (пересмотренные), итоговые; и т.д.

Правовые позиции Конституционного Совета, как уже отмечено, являются своего рода исходными и опорными пунктами анализа правовых ситуаций, конкретных вопросов, материалов поступивших дел, текста конституционных норм, относящихся к рассматриваемым вопросам, связанного с ними и конкретизирующего их законодательства.

Изложенные и закрепленные в решении органа конституционного контроля правовые позиции оказываются достаточно устойчивыми и основательными системно-логическими опорными точками для толкования норм Конституции, способов и путей ее реализации и защиты. Такие позиции – общие знаменатели, согласованные позитивные или отрицательные суждения по важным вопросам рассматриваемого дела, которые могут быть логическим, нравственным, политико-правовым, теоретическим подкреплением обоснования принимаемого решения, логики аргументации государственного органа.

Правовые позиции могут играть стимулирующую, прогностическую и превентивную (профилактическую), прецедентную роль для последующих решений органа конституционного контроля и для процесса правотворчества. Они способны обеспечивать опережающее развитие законодательства по отношению к регулируемым ими общественным отношениям или тормозить их движение, создавать им препятствия (умышленно или в силу ошибочности содержания позиции по отношению к общественным потребностям).

Посредством правовых позиций органа конституционного контроля осуществляется воздействие на правовую политику, они могут служить ориентиром для законодателя и внимательного правоприменителя.

Например, в Нормативном постановлении Конституционного Совета РК от 20 августа 2009 года №5 сформулированы правовые позиции, касающиеся необходимости дополнительных правовых гарантий адвокатской деятельности, исключающих конфликт между его правозащитной миссией и вводимыми законом обязанностями информирования компетентных органов о сомнительных финансовых сделках клиента.³¹³ Отмечена необходимость наличия в Законе «исчерпывающего перечня оснований, по которым соответствующие органы вправе отказать зарубежным компетентным органам в предоставлении запрашиваемой ими информации, затрагивающей конституционные права и свободы человека и гражданина».³¹⁴ «Устанавливаемые в законах ограничения тайны личных вкладов и сбережений, – отметил в том же постановлении Конституционный Совет, – должны быть адекватными природе соответствующих правовых отношений, соразмерными для защиты прав и свобод человека и гражданина и соответствовать принципу справедливости».³¹⁵

Принципы соразмерности, равноправия, справедливости и разумности могут быть отнесены к некоторым фундаментальным основам правовых позиций органов конституционного контроля.

Правовые позиции Конституционного Совета являются его выводами из анализа Конституции и законодательства, с учетом основ права и правовой политики, а также стратегии современного правового развития, отчасти – развития зарубежных стран. Правовые позиции – важная составная часть технологии научно–практического обоснования принимаемых решений, выработки устойчивых ориентиров для последующей деятельности Конституционного Совета и других государственных органов по соответствующим вопросам.

Важно отметить, что они формулируются не только и не столько в резолютивной части нормативных постановлений Конституционного Совета, сколько в его описательной (аналитической) части. Тем самым правотворческое значение, так или иначе, имеет постановление органа конституционного контроля в целом, поскольку в разных его частях содержатся элементы, относящиеся к толкованию Конституции и законодательства, правовым позициям и их обоснованию (что важно для последующего их понимания, толкования и использования).³¹⁶

³¹³ См.: Сборник постановлений Конституционного Совета Республики Казахстан – Астана, 2019 – С. 496.

³¹⁴ Там же. С. 496.

³¹⁵ Там же. С. 491.

При этом правовые позиции, содержащиеся в описательной и аналитической части решения Конституционного Совета обладают своего рода более мягкой юридической силой, по сравнению с императивностью его позиций в резолютивной части, обязательных для исполнения всеми государственными органами, должностными лицами и гражданами.

7. ВЕРХОВЕНСТВО ПРАВА В ГОСУДАРСТВЕННЫХ ДОКУМЕНТАХ ПО ПРАВОВОЙ ПОЛИТИКЕ И АКТАХ КОНСТИТУЦИОННОГО СОВЕТА

Конституционный Совет – один из ключевых органов по формированию и реализации государственной правовой политики. В его актах и позициях при рассмотрении различных дел, толковании норм Конституции и законов отражается правовая политика государства. При этом Конституционный Совет не является по своему потенциалу и роли простым исполнителем и транслятором правовой политики. Он может играть и более активную роль, формируя и уточняя определенные черты, направления государственной правовой политики с учетом обеспечения реализации конституционных норм и конституционной законности.

В ежегодных посланиях Конституционного Совета РК и текстах его нормативных правовых актов содержится немало решений, позиций, аргументов по различным общим и более частным вопросам правотворчества, правореализации, конституционной законности. В этом отношении позиции Конституционного Совета, как законченные идеи, положения, сформулированные в процессе анализа и толкования конституционных норм и законодательства обладают определенным правотворческим потенциалом. Уровень и качество этого потенциала зависит от ряда факторов, включая научный уровень анализа ситуации, квалификацию (по отношению к рассматриваемой проблеме) участвующих в рассмотрении дела членов состава совета и привлеченных экспертов, наличие или отсутствие пробелов в законодательстве и их специфику, особенности внутривнутриполитической и внешнеполитической ситуации, характер рассматриваемого дела и уровень конфликтности затрагиваемых интересов, уровень общественных ожиданий.

Как уже отмечалось, Первый Президент РК Н.А. Назарбаев неоднократно говорил на различных форумах о верховенстве права.³¹⁷ Так, верховенство права как новую общенациональную ценность, он выделил выступая на XVI съезде правящей партии «Нур Отан» 11 марта 2015 г., подчеркнув: «Наша главная цель, чтобы

³¹⁶ Подробнее о правовых позициях органа конституционного контроля, их значении и потенциале для правотворчества см., напр.: Ударцев С.Ф. Правовые позиции Конституционного Совета и формирование действующего права // [Гл. 3, 3.2 в книге:] Конституционный контроль в Казахстане: доктрина и практика утверждения конституционализма: Монография / Под ред. И.И. Рогова, В.А. Малиновского. – Алматы: Раритет, 2015. – С. 135–161.

казахстанцы ставили новые общенациональные ценности – верховенство права, государственные традиции, казахстанские ценности – выше своих этнических поведенческих моделей». ³¹⁸ Это положение важно не только для этнополитики и формирования гражданской идентичности, но и для правовой политики и функционирования правовой системы в целом.

Президент РК К. Токаев на церемонии открытия здания Суда МФЦА и Арбитражного центра также подчеркнул необходимость дальнейшего продвижения к верховенству права. ³¹⁹

В документе «План нации – 100 конкретных шагов по реализации пяти институциональных реформ Главы государства Нурсултана Назарбаева (май 2015 года)» ³²⁰ поставлена задача по развитию одного из важных элементов верховенства права – по обеспечению верховенства закона. ³²¹ В частности, это планируется осуществить путем развития прежде всего совершенствования организации и работы судов и правоохранительных органов, налаживания более тесной обратной связи их с гражданским обществом. В частности, за счет независимости судей и судебной системы, сокращения с пяти до трех судебных инстанций, совершенствования системы подготовки и повышения квалификации судей, улучшения механизма отбора судей и повышения квалификационных требований к кандидатам в судьи, расширения области применения суда присяжных, поэтапного расширения полномочий следственного судьи, внедрения в судопроизводство лучших зарубежных стандартов, расширения

³¹⁷ См., напр.: Послание Президента Республики Казахстан Н. Назарбаева народу Казахстана. 31 января 2017 г.; Участие в церемонии закрытия казахстанско-украинского бизнес-форума совместно с Президентом Украины Петром Порошенко. 9 октября 2015 г.; Доклад Главы государства Н.А. Назарбаева на Евразийском форуме развивающихся рынков «Вхождение Казахстана в 30-ку наиболее развитых государств мира». 10 сентября 2013 г. // См.: Официальный сайт Президента Республики Казахстан – URL: [\(http://www.akorda.kz/ru/search?q=%D0%B2%D0%B5%D1%80%D1%85%D0%BE%D0%B2%D0%B5%D0%BD%D1%81%D1%82%D0%B2%D0%BE+%D0%BF%D1%80%D0%B0%D0%B2%D0%B0&date=\(26.03.2018%20%D0%BF%D1%80%D0%B0%D0%B2%D0%B0\)\)](http://www.akorda.kz/ru/search?q=%D0%B2%D0%B5%D1%80%D1%85%D0%BE%D0%B2%D0%B5%D0%BD%D1%81%D1%82%D0%B2%D0%BE+%D0%BF%D1%80%D0%B0%D0%B2%D0%B0&date=(26.03.2018%20%D0%BF%D1%80%D0%B0%D0%B2%D0%B0)).

³¹⁸ Выступление Президента Республики Казахстан, Председателя партии «Нур Отан» Н. Назарбаева на XVI съезде партии. 11 марта 2015 г. // Официальный сайт Президента Республики Казахстан. URL: [\(http://www.akorda.kz/ru/speeches/internal_political_affairs/in_speeches_and_addresses/vystup_ienie-prezidenta-respubliki-kazahstan-predsatelya-partii-nur-otan-nazarbaeva-na-xvi-sezde-partii?q=%D0%B2%D0%B5%D1%80%D1%85%D0%BE%D0%B2%D0%B5%D0%BD%D1%81%D1%82%D0%B2%D0%BE%20%D0%BF%D1%80%D0%B0%D0%B2%D0%B0\)](http://www.akorda.kz/ru/speeches/internal_political_affairs/in_speeches_and_addresses/vystup_ienie-prezidenta-respubliki-kazahstan-predsatelya-partii-nur-otan-nazarbaeva-na-xvi-sezde-partii?q=%D0%B2%D0%B5%D1%80%D1%85%D0%BE%D0%B2%D0%B5%D0%BD%D1%81%D1%82%D0%B2%D0%BE%20%D0%BF%D1%80%D0%B0%D0%B2%D0%B0)) (28.10.2019).

³¹⁹ См.: Президент Казахстана открыл здание Суда МФЦА и Международного арбитражного центра. 2 июля 2019 // URL: [\(http://www.akorda.kz/ru/events/astana_kazakhstan/participation_in_events/prezident-kazahstana-otkryl-zdanie-suda-mfca-i-mezhdunarodnogo-arbitrazhnogo-centra?q=%D0%B2%D0%B5%D1%80%D1%85%D0%BE%D0%B2%D0%B5%D0%BD%D1%81%D1%82%D0%B2%D0%B0%20%D0%BF%D1%80%D0%B0%D0%B2%D0%B0\)](http://www.akorda.kz/ru/events/astana_kazakhstan/participation_in_events/prezident-kazahstana-otkryl-zdanie-suda-mfca-i-mezhdunarodnogo-arbitrazhnogo-centra?q=%D0%B2%D0%B5%D1%80%D1%85%D0%BE%D0%B2%D0%B5%D0%BD%D1%81%D1%82%D0%B2%D0%B0%20%D0%BF%D1%80%D0%B0%D0%B2%D0%B0)).

³²⁰ См.: План нации – 100 конкретных шагов по реализации пяти институциональных реформ Главы государства Нурсултана Назарбаева (май 2015 года).

³²¹ Справедливости ради следует отметить, что значительная часть государственных служащих верховенство права отождествляет с верховенством закона, с законностью (особенно не юристы, но и часть юристов). В этом проявляется значительное распространение в их среде юридического позитивизма, на что обращалось внимание выше.

создания отдельного судопроизводства по инвестиционным делам и соответствующей коллегии в Верховном Суде, развития института судебных исполнителей, сокращения участия прокурора в гражданском судопроизводстве, включение работников правоохранительных органов в систему государственной службы, создания местной полицейской службы, повышение уровня прозрачности деятельности полиции за счет развития статуса и полномочий общественных советов, модернизация пенитенциарной системы за счет развития государственно-частного партнерства и т.д.

Касаясь конституционной реформы 2017 года, Конституционный Совет РК также отметил в Нормативном постановлении от 9 марта 2017 г., что она свидетельствует о приверженности страны верховенству права.³²²

Проблемы верховенства права и современного правопонимания были обсуждены на первом заседании созданного Научно-консультативного совета (НКС) при Конституционном Совете РК в феврале 2018 года в соответствии с его планом работы на 2018–2019 годы.³²³ Этим обсуждением был задан тон для последующей работы НКС и экспертов Конституционного Совета.

Следует отметить, что в документах Конституционного Совета РК, при том, что независимость страны и ее суверенитет остаются фундаментальными конституционными основами государственного строительства, в последние 10–15 лет намечился определенный сдвиг от идей конституционной законности и «верховенства государства» к более широким правовым аспектам обеспечения конституционной законности и верховенства права. В самые последние годы в Казахстане происходит некоторая эволюция доктрины обеспечения конституционной законности в сторону большего внимания к идее верховенства права и более конкретным вопросам доктрины верховенства права.

Например, в нормативных постановлениях Конституционного Совета РК от 7 мая 2001 года, от 23 апреля 2003 года №4, от 10 июня 2003 года №8, говорилось о «верховенстве государства», о «верховенстве Конституции».³²⁴

³²² См.: НПКС РК от 9 марта 2017 г. №1 О конституционной реформе 2017 г. см., напр.: Ударцев С.Ф. Конституционная реформа 2017 года в Казахстане как ответ на вызовы глобализации // Сборник материалов международной научно-практической конференции «Модернизация 3.0% Рухани жаңғыру» (25 августа 2017 года) (Конституционная реформа Казахстана) / под общей ред. Г.С. Ныгметова. – Астана: Институт евразийской интеграции, 2017. – С. 194–203; Ударцев С.Ф. Конституционная реформа 2017 года в Казахстане: международные договоры и национальное право // Проблемы федеративных отношений в странах Европы. Сб. научных статей Всероссийской научной конференции, посвящ. 25-летию Ассоциации европейских исследований. Пенза, 1–2 июня 2017 г. / Отв. ред.: Гуляков А.Д. Пенза: Пензенский гос. ун-т, 2017. – 282 с. – С. 164–172; Ударцев С.Ф. Казахстан: конституционная реформа 2017 года: (Комментарий к Закону Республики Казахстан «О внесении изменений и дополнений в Конституцию Республики Казахстан» от 10 марта 2017 г. №51-VI ЗРК) / АО «Университет КАЗГЮУ», Научно-исследовательский институт правовой политики и конституционного законодательства. – Астана: Фолиант, 2018.

³²³ План работы Научно-консультативного совета при Конституционном Совете Республики Казахстан на 2018 – 2019 годы.

Идеи конституционной законности постоянно присутствуют в ежегодных посланиях Конституционного Совета. Подчеркивается необходимость строгого соответствия Конституции и законам актов и действий государственных органов и их должностных лиц. Вопросы «укрепления конституционной законности», «упрочения организационно–правовых, экономических, идеологических, финансовых, материальных и других компонентов конституционализма и режима конституционной законности», «верховенства Основного Закона», «создания конкурентоспособного права, обеспечивающего вхождение Казахстана в тридцатку наиболее развитых стран мира» затронуты, в частности, в посланиях Конституционного Совета РК от 29 мая 2007 года №01–4/1, от 12 июня 2012 года №09–3/1 и от 16 июня 2015 года.³²⁵

В то же время, подчеркивая верховенство действующей Конституции, Конституционный Совет РК, исходит из неизбежности обновления и развития ее положений как с помощью толкования конституционных норм, так и путем изменения Конституции, когда в этом назрела необходимость. «Обеспечение незыблемости основ и воплощение новейших достижений конституционализма, эффективное сочетание стабильности и динамизма Конституции, ее восприимчивость к запросам общественного развития осуществляются посредством законодательной и иной реализации потенциала Конституции, а также путем своевременного внесения изменений и дополнений в текст Основного Закона», – отмечено в Послании КС РК от 09 июня 2017 года №09–2/5.³²⁶

В связи с конституционной реформой 2017 года, Конституционный Совет провел ревизию своих решений, пересмотрел и отменил в полном объеме 6 нормативных постановлений и 21 – частично.³²⁷ При этом в ежегодном послании было отмечено, что «пересмотр нормативных постановлений не означает утраты юридической силы законов Казахстана, а также других правовых актов, связанных с названными нормативными постановлениями, либо возвращение юридической силы

³²⁴ См. на официальном сайте Конституционного Совета Республики Казахстан: НПКС РК от 7 мая 2001 г. №6/2 «О представлении Кызылординского областного суда о признании неконституционными части второй пункта 6.12 статьи 6 договора аренды комплекса «Байконур», статей 5 и 11 Соглашения о взаимодействии правоохранительных органов», НПКС РК от 23 апреля 2003 г. №4 «Об официальном толковании пункта 2 статьи 2 и пункта 3 статьи 6 Конституции Республики Казахстан» // URL: <http://ksrk.gov.kz/index.php/solutions/np-ks-rk-ot-23042003-g-no4-ob-oficialnom-tolkovanii-punkta-2-stati-2-i-punkta-3-stati-6> (28.10.2019); НП КС РК от 10.06.2003 г. №8 НП КС РК от 10 июня 2003 г. №8 «О соответствии Конституции Республики Казахстан Земельного кодекса Республики Казахстан»

³²⁵ См., напр.: Послание КС РК от 29 мая 2007 г. №01-4/1 «О состоянии конституционной законности в Республике Казахстан»; Послание КС РК «О состоянии конституционной законности в Республике Казахстан» №09-3/1 от 12 июня 2012 г.; Послание КС РК от 16 июня 2015 г. №11-2/1 «О состоянии конституционной законности в Республике Казахстан».

³²⁶ Послание КС РК от 9 июня 2017 г. №09-2/5 «О состоянии конституционной законности в Республике Казахстан».

³²⁷ См.: Послание КС РК от 9 июня 2017 г. №09-2/5 «О состоянии конституционной законности в Республике Казахстан».

актам, ранее признанным неконституционными. При необходимости, указанные законы и соответствующие правовые акты могут быть приняты, отменены, изменены и дополнены в установленном порядке.

Решение Конституционного Совета открывает простор для переосмысления содержания и характера отмеченных и других конституционных положений, которые при необходимости могут быть вновь истолкованы с учетом результатов конституционной реформы».³²⁸

В ежегодном Послании КС РК от 19 июня 2014 года, в связи с поставленной Первым Президентом задачей по вхождению в 30 наиболее развитых стран к середине XXI века, было специально выделено, что в решении этой задачи наряду с другими направлениями работы в сфере государства и права, важную роль должны сыграть принципы верховенства права.

В Послании КС РК от 16 июня 2016 года №9–2/1 привлекается внимание к идее верховенства права как связанной с новым поколением законов, которые разрабатываются и предстоит разработать. Конституционный Совет записал: «Ускоренные темпы развития государства, повсеместное внедрение принципа верховенства права, усиление роли институтов гражданского общества, углубляющиеся с каждым годом процессы глобализации определяют потребность в законодательных актах нового поколения».³²⁹

В другом Послании от 5 июня 2018 года обращено внимание на то, что идее верховенства права уделено важное внимание в Послании Первого Президента РК. По мере развития общества, возрастает необходимость более справедливого и четкого порядка в общественных отношениях. Конституционный Совет отметил связь утверждения верховенства права с новыми информационными технологиями, процессами цифровизации: «Высокие темпы цифрового развития, модернизация системы управления государством, глобализация, современные вызовы (угрозы), влекущие трансформацию в экономике, политике, идеологии, социальной сфере и другие факторы требуют максимальной концентрации усилий государственных органов и общественных объединений на утверждении верховенства права».³³⁰ Было отмечено (с учетом вышеназванного доклада Венецианской комиссии о верховенстве права), что «укрепление конституционализма при ведущей роли Основного Закона будет в полной мере реализовано при условии обеспечения верховенства права. Оно включает гарантированность прав и свобод человека и гражданина; обеспечение режима

³²⁸ Там же.

³²⁹ Послание КС РК «О состоянии конституционной законности в Республике Казахстан» от 16 июня 2016 г. №09-2/1.

³³⁰ Послание КС РК от 5 июня 2018 г. «О состоянии конституционной законности в Республике Казахстан» (оглашено на совместном заседании Палат Парламента Республики Казахстан 15 июня 2018 года).

законности; юридическую определенность; справедливость, пропорциональность и равенство всех перед законом; утверждение единства и разделение государственной власти при исключении дискриминации и злоупотребления полномочиями кем бы то ни было; а также максимальный доступ к правосудию».³³¹

Конституционный Совет не только в своих постановлениях и посланиях, но и в других формах работы (в том числе с молодежью) принял к исполнению необходимость «целенаправленно и системно формировать культ верховенства права и всеобщего законопослушания», развития правовой культуры населения и призвал к этой работе все государственные органы.³³²

Преемственность при смене власти защиты верховенства права как одной из общенациональных ценностей подчеркивается в Послании КС РК от 5 июня 2019 года: «Конституционный Совет считает принципиально важным всемерную преемственность стратегического курса Елбасы по дальнейшему утверждению конституционализма; обеспечению верховенства права в качестве казахстанской общенациональной ценности; гарантированию народовластия, прав и свобод человека; повышению уровня защищенности личности и должного функционирования государственного аппарата».³³³ Завершая Послание, Конституционный Совет еще раз отметил значение верховенства права для современного конституционализма: «Конституционный Совет считает, что реализация изложенных в настоящем послании рекомендаций будет способствовать укреплению конституционализма при ведущей роли Основного Закона и усилению принципов верховенства права в стране».³³⁴

Одним из существенных элементов верховенства права является независимая и эффективная судебная система с надежным доступом правосудию, с качественным законодательством, правовой определенностью и т.д. Если независимость суда давно находится в поле зрения Конституционного Совета,³³⁵ то на вопросы правовой определенности и доступа к правосудию, максимального доступа к правосудию Конституционный Суд стал делать акцент в последние годы.³³⁶

Заключение. В целом, можно отметить, что правовая политика РК в последние годы становится открытой по отношению к доктрине верховенства права, имеющей важное значение для перспектив развития страны и вхождения ее в 30 наиболее развитых стран. Это отражается в посланиях, нормативных постановлениях и

³³¹ Там же.

³³² Там же.

³³³ Послание КС РК «О состоянии конституционной законности в Республике Казахстан» от 5 июня 2019 г. (оглашено на совместном заседании Палат Парламента Республики Казахстан 20 июня 2019 года).

³³⁴ Там же.

³³⁵ См., напр.: НПКС РК от 14 апреля 2006 года №1 «Об официальном толковании пункта 4 статьи 75 Конституции Республики Казахстан» и НПКС РК от 23 июня 2004 года №6 «Об официальном толковании пункта 1 статьи 79 Конституции Республики Казахстан».

других документах Конституционного Совета РК. При этом следует отметить, что в плане имплементации доктрины верховенства права в правовую, в частности, в конституционно правовую доктрину Казахстана в последние годы еще сделаны только первые шаги. Для расширения и углубления ее осмысления и для синтеза идей этой доктрины с идеями конституционной законности и правового государства, а также для внедрения в правовую и судебную систему ее главных элементов, еще предстоит сделать немало.

Можно сделать некоторые общие выводы:

1. В условиях глобализации можно видеть некоторое взаимодействие и относительное сближение различных систем правовых идей и институтов разных систем права, если это не противоречит целостности и единству той или иной системы. Происходит и определенное сближение идей и принципов верховенства права, правового государства и верховенства закона (соответствующего современным правовым ценностям). Эти идеи возникли в разных правовых системах и изначально были ориентированы на различные доктринальные варианты правопонимания, иное соотношение в распределении власти между законодательными, исполнительными и судебными органами государства и их роли в правотворчестве, иную правовую культуру.

2. В то же время в тенденции сохраняются и определенные отличительные особенности между принципами и теориями верховенства права, правового государства и верховенства закона. Верховенство права более ориентировано на саморегуляцию, на человека с его естественными правами и общество как источники права, создающие и поддерживающие правовые обычаи и нравственность, а также на суды как главное звено в системе реального правотворчества (через систему судебных прецедентов) и защиты прав и свобод человека. Верховенство закона более связано с доктриной правового государства и государства как решающего творца права в форме законов и подзаконных актов прежде всего законодательной и исполнительной власти.

3. Доктрина верховенства права является в определенном смысле исторической, культурно–правовой и идеологической альтернативой теории правового государства. Однако в ходе определенной конвергенции основных элементов правовых систем в ходе глобализации, эти теории в их развитых вариантах обнаруживают

³³⁶ См., напр.: Послание КС РК от 5 июня 2018 г. «О состоянии конституционной законности в Республике Казахстан» (оглашено на совместном заседании Палат Парламента Республики Казахстан 15 июня 2018 года) // URL: [http://ksrk.gov.kz/solutions/poslanie-konstitucionnogo-soveta-respubliki-kazakhstan-ot-5-iyunya-2018-goda-o-sostoyanii\(29.10.2019\)](http://ksrk.gov.kz/solutions/poslanie-konstitucionnogo-soveta-respubliki-kazakhstan-ot-5-iyunya-2018-goda-o-sostoyanii(29.10.2019)); Послание КС РК «О состоянии конституционной законности в Республике Казахстан» от 5 июня 2019 г. (оглашено на совместном заседании Палат Парламента Республики Казахстан 20 июня 2019 г.).

немало точек соприкосновения. В настоящее время развитые варианты этих изначально конкурирующих концепций не исключают, а дополняют друг друга.

4. В теоретико–прикладном плане принцип верховенства закона в большей степени, чем принцип верховенства права может быть связан с чрезвычайным, ручным управлением и может быть более пригоден для правовой политики догоняющего или ускоренного развития страны. Однако принцип верховенства права обладает большим потенциалом для обеспечения устойчивого и сбалансированного развития общества в условиях нормальной его эволюции.

5. Доктрина верховенства права представляется более фундаментальной и более широкой основой системы идей и институтов обеспечивающих защиту прав и свобод человека, ограничивающих потенциальный государственный произвол. Однако и хорошо теоретически разработанная концепция верховенства закона на практике, при определенных внутренних и внешних условиях, может быть эффективным средством для решения тех же задач, какие решаются доктриной верховенства права, особенно в континентальной системе права. В то же время концепция верховенства закона – более фрагментарная, частичная и менее полная по сравнению с доктриной верховенства права. Не случайно, Венецианская комиссия и иные международные организации склонны отдавать приоритет именно доктрине верховенства права.

6. В последние годы в Казахстане, в том числе в посланиях, нормативных постановлениях и иных документах органа конституционного контроля наметилась тенденция более внимательного отношения к доктрине верховенства права, к внедрению и развитию в законодательстве основных ее компонентов. В этом направлении для законотворческой, правозащитной и правореализующей деятельности государственных органов, всех юридических и физических лиц, важное значение будут иметь правовые позиции органа конституционного контроля, формулируемые им в посланиях и нормативных постановлениях.

7. Орган конституционного контроля в Казахстане, объединяя научную юридическую общественность, объективно должен концептуально пролагать путь развитию современной правовой политики, содействовать внедрению идей верховенства права, правового государства и конституционной законности в законодательство и правоприменительную практику, в юридическое образование и правовую культуру общества. Можно прогнозировать, что ближайшие годы доктрина верховенства права в Казахстане получит дальнейшее признание, в том числе в практике конституционного контроля и параллельно с теорией правового государства будет служить развитию юридической доктрины, утверждению конституционализма и развитию национального законодательства.