

ПРАВИТЕЛЬСТВО ЛЕНИНГРАДСКОЙ ОБЛАСТИ

ЛЕНИНГРАДСКИЙ ГОСУДАРСТВЕННЫЙ
УНИВЕРСИТЕТ ИМЕНИ А. С. ПУШКИНА

Юридический факультет
Научно-исследовательская лаборатория

ЛЕНИНГРАДСКИЙ ЮРИДИЧЕСКИЙ ЖУРНАЛ

*Научно-теоретический и информационно-практический
межрегиональный журнал.
Основан в 2004 г.*

Журнал включен ВАК Министерства образования и науки РФ в «Перечень ведущих рецензируемых научных журналов и изданий, в которых должны быть опубликованы основные научные результаты диссертации на соискание ученой степени доктора и кандидата наук»

№ 1 (19)

2010

ЛЕНИНГРАДСКИЙ ЮРИДИЧЕСКИЙ ЖУРНАЛ
№ 1 (19)

Редакционная коллегия:

Главный редактор *В. А. Сапун*

Г. Г. Бернацкий, С. Ю. Крицкая, К. В. Петров (зам. главного редактора),
И. Ф. Ракитская, В. П. Реутов, С. Л. Сергеевич, М. Г. Смирнова,
С. В. Стрельников (отв. секретарь), *В. М. Сырых, Г. П. Чепуренко.*

Экспертный совет:

Н. А. Власенко, О. А. Городов, В. В. Лазарев,
Т. В. Кашанина, М. Н. Марченко, Н. И. Матузов, Е. Ф. Мосин,
В. Ф. Попондопуло, Н. А. Придворов, И. Л. Честнов.

***Статьи рецензируются. Мнение редакции не обязательно совпадает с мнением авторов.
Тексты статей даются в авторской редакции.***

*Без предварительного согласования с издателем
запрещается воспроизведение в любом виде и в любых целях.*

Журнал издается 4 раза в год.

Оформить подписку на журнал можно в отделениях связи
по каталогу Роспечати. Наш индекс 46786.

Свидетельство о регистрации:

ПИ № ФС 77-18800 от 25 октября 2004 г.

Адрес редакции:

196605, Санкт-Петербург, г. Пушкин, Петербургское шоссе, 10
тел.: (812) 747-10-86, e-mail: lenjurmag@mail.ru
Сайт журнала: <http://lengu.ru/pages/herald/>

Полнотекстовая версия номеров журнала,
а также аннотации статей и ключевые слова на рус. и англ. яз.
доступны на сайте www.elibrary.ru

СОДЕРЖАНИЕ

МЕТОДОЛОГИЯ И ТЕОРИЯ ПРАВА

<i>Е. В. Скурко.</i> Основания современной гносеологии права (теоретический и практический аспекты). Статья 1	7
<i>Е. В. Сафронова.</i> Становление и развитие отечественной доктрины источников международного права	25
<i>А. В. Малько, Д. В. Храмов.</i> Система нетрадиционных источников российского частного права	36

КОНСТИТУЦИОННОЕ ПРАВОСУДИЕ

<i>С. Л. Сергевнин.</i> Конституционная модернизация и конституционное правосудие в контексте правовой государственности	40
---	----

ПРАВОВАЯ ПОЛИТИКА

<i>З. С. Байниязова.</i> Актуальные вопросы развития российской правовой системы на современном этапе	58
<i>Т. В. Милушева.</i> Социальная справедливость как нравственно- правовая основа деятельности публичной власти	71

ВОПРОСЫ ПРАВОПРИМЕНИТЕЛЬНОЙ ПРАКТИКИ (DE LEGE LATA)

<i>В. Ф. Попондопуло.</i> Ответственность за нарушение обязательств: общая характеристика и проблемы	79
<i>О. А. Макарова.</i> Договорное регулирование корпоративных отношений	102
<i>Е. В. Слепченко.</i> Упрощенный порядок рассмотрения гражданских дел	114

ИЗ ИСТОРИИ ПРАВА И ГОСУДАРСТВА

- Н. А. Придворов, Е. А. Ларина.* Горбачевские реформы
и либеральные правовые идеи 130
- И. В. Михеева.* К вопросу о статусе министерского нормотворчества
в Российской империи 142

ИННОВАЦИИ В ПРАВОВОЙ НАУКЕ И ОБРАЗОВАНИИ

- И. Ф. Ракитская.* О содержании магистерского курса
«Современные проблемы юридической науки» 151

ОБЗОРЫ И РЕЦЕНЗИИ

- Г. Ф. Гараева.* Рецензия на книгу: Смирнова М. Г. Социальные
притязания и субъективное право. СПб., 2008. 136 с. 172

АСПИРАНТСКИЙ ВЕСТНИК

- А. В. Бухалов.* Понятие и признаки индивидуальной
договорной нормы 177
- И. М. Шапиро.* Юридическое равенство, ограничения,
льготы и привилегии в правовом регулировании 187
- А. В. Колобов.* Социально-правовая защита беженцев и
вынужденных переселенцев 197
- С. С. Шишкин.* Об участии юридического лица в современном
российском уголовном процессе 206
- Т. Л. Роганова.* Совершенствование уголовно-процессуальной
деятельности дознания 217
- С. Н. Гармоников.* Концептуальные предложения по созданию
механизма распределения таможенных пошлин между
бюджетами государств-членов таможенного союза ЕврАзЭС
в условиях отсутствия общего бюджета 223

ПЕРСОНАЛИИ

- В. А. Сапун, И. Ф. Ракитская.* Ивану Федоровичу Покровскому – 85 лет! .. 235
- Resume* 237
- Сведения об авторах* 242

**LENINGRADSKIY
JURIDICAL
JOURNAL**

Scientific-theoretical and informative-practical journal

**№ 1 (19)
2010**

CONTENT

METHODOLOGY AND THEORY OF LAW

- E. V. Scurko*. Foundations of modern epistemology in law
(theory and practice). Article 1 7
- E. V. Saphronova*. Forming and developing of the Russian doctrine
for the sources of international law 25
- A. V. Malko, D. V. Khramov*. The system of untraditional sources
in the Russian private law 36

CONSTITUTIONAL JUSTICE

- S. L. Sergevnin*. Constitutional renovation and constitutional justice
in the context of the legal state system 40

LAW POLICY

- Z. S. Bainiyazova*. Pressing problems of the development
of the Russian legal system 58
- T. V. Milusheva*. Social equity as moral-legal basis
of the public power activity 71

PROBLEMS OF LAW IN FORCE (DE LEGE LATA)

- V. F. Popondopulo*. Liability for nonperformance of obligations:
main characteristic and problems 79

<i>O. A. Makarova. Regulation of joint-stock activity by shareholders' agreements</i>	102
<i>E. V. Slepchenko. Summary proceeding in trial of civil cases</i>	114

HISTORY OF LAW AND STATE

<i>N. A. Pridvorov, E. A. Larina. Gorbachyov's reforms and liberal legal ideas</i>	130
<i>I. V. Mikheyeva. By the problem of the status of ministry rule-making in the Russian Empire</i>	142

INNOVATION IN LEGAL SCIENCE AND EDUCATION

<i>I. F. Rakitskaya. On the content of the Master of Law course "Modern problems of legal science"</i>	151
--	-----

REVIEWS

<i>G. F. Garayeva. Review on: Smirnova M.G. Social pretensions and subject law. St.-Petersburg: Book World, 2008. 136 p.</i>	172
--	-----

POST-GRADUATES' NOTANDA

<i>A. V. Bukhalov. Concept and characteristics of the individual conventional rule</i>	177
<i>I. M. Shapiro. Juridical equality, restrictions, fringe benefits in legal regulation</i>	187
<i>A. V. Kolobov. Social-legal protection of refugees and forced immigrants</i>	197
<i>S. S. Shishkin. Participation of a juridical person in the modern criminal proceeding</i>	206
<i>T. L. Roganova. Perfection of criminal procedure activity in an inquiry</i>	217
<i>S. N. Garmonikov. Conceptual proposals on the creation of the mechanism for the customs duties assessment among the budgets of the states- members of the customs union within the Euro-Asian Economic Association under conditions of absence of the common budget</i>	223

PERSONALIA

<i>V. A. Sapun, I. F. Rakitskaya. To I. F. Pokrovskij's 85 th anniversary</i>	235
<i>Resume</i>	237
<i>Authors' data</i>	242

МЕТОДОЛОГИЯ И ТЕОРИЯ ПРАВА

*Е. В. Скурко**

ОСНОВАНИЯ СОВРЕМЕННОЙ ГНОСЕОЛОГИИ ПРАВА (ТЕОРЕТИЧЕСКИЙ И ПРАКТИЧЕСКИЙ АСПЕКТЫ) СТАТЬЯ 1

Ключевые слова: *гносеология права; теория и методология права; юриспруденция.*

Аннотация: *Статья посвящена обозначению современных оснований гносеологии права в ее теоретических и практических аспектах.*

Key words: *epistemology in law; legal theory and methodology; jurisprudence. Foundations of modern epistemology in law (theory and practice). Article 1.*

Annotation: *The article is concerned with general marking of modern basis for epistemology in law in its theoretical and practical aspects Epistemology in law in modern Russian legal theory and practice has not yet developed satisfactorily in terms of theory and methodology of law, while the interest to it has been growing among Russian lawyers.*

Гносеология (теория познания) в сфере права в отечественном правоведении не получила пока необходимого развития в рамках дисциплин теории и методологии права, хотя интерес к ней в среде ученых-юристов в последнее время существенно возрастает.

Данная статья представляет собой попытку более или менее системного обоснования целей, структуры, содержания и прикладного значения гносеологии права, ее роли в развитии юридической теории и практики. Круг субъектов познания права в рамках данной работы ограничен юрис-

* Кандидат юридических наук, ст. научный сотрудник Института государства и права Российской академии наук. E-mail: e.skurko@mail.ru

тами-теоретиками – с одной стороны, и юристами-практиками – с другой стороны, т. е. «юридическим сообществом».¹

1. Уровни гносеологии права: «теоретическая» и «практическая» гносеология. «*Правильный рассудок, обладающая большим опытом* способность суждения и *основательный* разум составляют всю сферу интеллектуальной познавательной способности прежде всего постольку, поскольку эта способность рассматривается как средство содействия практическому, т. е. для [достижения] целей» – писал И. Кант.² Три компонента познавательной способности, выделенные И. Кантом,³ а точнее известное, по крайней мере, со Средних веков противопоставление «практического разума» («*prudentia*») и «теоретического разума» («*ratio*»)⁴ неизбежно предполагают необходимость анализа специфики их проявления в гносеологии права. Это необходимо постольку, поскольку, начиная с эпохи Просвещения, явственно проявилась тенденция отдавать предпочтение номологическим, а не идеологическим приемам в изучении права – по крайней мере, в правовых системах романо-германской семьи, а также в связи с тем, что «Представители аналитической школы, развивавшие традиции позитивизма, исходили из методологического единства естественных и гуманитарных наук».⁵

Тем не менее, споры о том, насколько допустимо (а если допустимо – то в каком объеме) применение естественнонаучных методов в гуманитарных науках, ведутся по сей день. Основной вопрос, волнующий исследователей в этой сфере, состоит в том, насколько верно то, что человечество развивается в соответствии с вневечными законами? Ведь признание их существования порождает известную дилемму: или ссылка на законы и утрата свободы; или ссылка на свободу и утрата законов.⁶ В этой связи в рамках теории познания был разработан ряд методов, направленных на «стыковку»

¹ Ср. с термином «сообщество юристов», как его применяет А. Барак: «Сообщество юристов – это профессиональная точка зрения коллектива юристов в отдельном государстве» (Барак А. Судейское усмотрение. М., 1999. С. 17).

² Кант И. Антропология с прагматической точки зрения. СПб., 1999. С. 246.

³ Как было сказано, по Канту, высшая познавательная способность состоит из рассудка, способности суждения и разума, но, однако, способность суждения выступает в этой трактовке связующим звеном между здравым рассудком и разумом (Там же. С. 248).

⁴ Ср. с тем что писал св. Августин: «Создав человека безоружным извне, Бог лучше вооружил его изнутри, даровав ему ум (*ratio*) и благоразумие (*prudentia*)...».

⁵ Марков Б. В. Своеобразие исторического (Объяснение, понимание, оценка в философии истории Г. Риккерта) // Риккерт Г. Границы естественнонаучного образования понятий: Логическое введение в исторические науки. М., 1997. С. 8.

⁶ Там же. С. 11 – 12.

(в разных вариантах) теоретического и практического познания в гуманитарных науках. Это получило отражение в работах Г. Милля, В. Дильтея, Г. Риккерт, А. Шютца, М. Хайдеггера, Х. Г. Гадамера и др., чьи установки ныне признаны классическими.

Тем не менее, насколько можно судить, основная проблема, определяющая особенности методологии в гуманитарном познании, состоит в том, что, в отличие от естественных наук, здесь в процессе познания субъект не может быть вполне отделен от объекта познания – это мнение сегодня практически общепризнано. В силу этого применение, например, в праве методов теории познания, свойственных естественнонаучному, или, как его иначе называют, «теоретическому» познанию, оказывается определенным образом ограничено. Это значит, проблема достижения максимального сходства в соотношении *образа познаваемой вещи*, возникшего у субъекта познания, и *«вещи-в-себе»*, т. е. постижение истины в собственном смысле, дополнительно затрудняется.⁷

В отличие от других гуманитарных наук, юриспруденция находится в более выгодном положении, поскольку на практическом уровне оказывается вполне конкретна и даже формальна. В ситуации выбора приоритета естественнонаучных или гуманитарных методов применительно к изучению права своего рода выходом можно назвать допустимость разграничения познания права как естественного (исторического) феномена, как продукта общей эволюции и практического познания права, т. е. «юриспруденции» в подлинном значении. Такому подходу соответствует распространенная практика обозначать термином «юриспруденция» как теорию права,⁸ так и правоприменительную практику.

В этом случае, на наш взгляд, уместно говорить о том, что «образы приобретают многоуровневый характер»,⁹ т. е. «соответствие образа не исчерпывается только различением структур, так сказать, по горизонтали, но происходит и вертикальное расчленение предмета. Это и выражается в том, что знание движется от внешнего к внутреннему, от сущности первого

⁷ В отечественной философии в целом принято считать, что диалектический материализм, напротив, стремится к слиянию субъекта и объекта познания через введение принципа практики (Кориунов А. М., Мантатов В. В. Теория отражения и эвристическая теория знаков. М., 1974 и др.).

⁸ Добавим, что сам термин «правоведение» – наиболее близкий синоним для понятия «теория права», фактически является буквальным переводом термина «*iurisprudentia*».

⁹ Кориунов А. М., Мантатов В. В. Теория отражения ... С. 24.

порядка к сущности второго порядка и т. д.». ¹⁰ Применительно к юриспруденции, в данном случае понимаемой в единстве двух обозначенных ипостасей, теоретическая юриспруденция будет соответствовать теоретическому познанию права как эволюционного и эволюционирующего феномена развития человеческого общества, рассматриваемом зависимым от субъекта субъектом познания (понимаемым как общество в целом). Практическая же юриспруденция, с одной стороны, развиваясь непосредственно под воздействием теоретической, а с другой стороны, составляя фактографию последней и становясь, таким образом, в своего рода иерархическое ей подчинение, напротив, должна рассматриваться с преувеличением независимости субъекта (которым в данном случае выступает индивид) от объекта познания. Говоря более конкретно, теоретическая юриспруденция должна считать человека включенным в мир объективных законов, которые управляют его поведением, – мир, в котором правит необходимость. Практическая же юриспруденция ориентируется на свободу индивида. Первая работает со «средним» человеком, последняя – с конкретным.

Различны также методы и частные объекты теоретической и практической юриспруденции. Комплекс их методов соответственно направлен на обоснование прогноза (главным образом ретроспективного), т. е. предполагает появление фактов в силу выявленной закономерности (дедукцию); факты принимаются в расчет лишь постольку, поскольку могут быть подведены под известную норму (индукция). Практическая юриспруденция работает как с объектом с событиями и действиями, преобразуемыми в юридический факт; теоретическая юриспруденция преобразует в свой факт правовые нормы и сферу права в целом, делая их объектами своего исследования.

С обозначенных позиций интересно рассмотреть концепцию С. А. Муромцева о различении закона и юридического принципа, ¹¹ суть которой в следующем. «Наука различает строго явления и их законы. Под явлением разумеются вообще изменения в положении или состоянии предметов; под законами – постоянство отношений, замечаемое при этих изменениях». ¹² И далее: «То, что называют принципом, есть, в сущности, только обобщенное описание или выражение совокупности общих свойств («общего смысла») существовавшего или существующего порядка, существо-

¹⁰ Там же.

¹¹ См.: Муромцев С. А. Определение и основное разделение права. 2-е изд. СПб., 2004. С. 28 – 31.

¹² Там же. С. 29.

вавших или существующих правил, отношений, действий»,¹³ т. е. явлений.

На этом основании исследователь делает значимый для нас вывод: «Без особых замечаний ясно, что закон, в смысле государственного постановления, относится к области явлений, но не к области законов в научном смысле». ¹⁴ Тем самым, по сути, проводится демаркационная линия между теоретической и практической юриспруденцией, ограничивающая практическое познание права действующими нормами, полагаемыми юридической практикой как неопровержимые (аксиоматические), отдающая теоретическому познанию оценку роли действующих норм, групп норм, отраслей и законодательства в целом¹⁵ и видя в них факты, подтверждающие¹⁶ некую абстрактную закономерность (или «закон в научном смысле», следуя терминологии С. А. Муромцева).¹⁷

Опираясь на систему, предложенную С. А. Муромцевым, мы вслед за ним разделяем ее на два иерархически связанных компонента: «теоретические» принципы права, отражающие общий закон исторического развития в сфере права и его структуры,¹⁸ и «практические» принципы права, отражающие обыкновения правоприменения. Эти принципы можно назвать «законами, в научном смысле»,¹⁹ которые, с нашей точки зрения, выступают результатом познания права. В теоретической юриспруденции принципы носят идеалистический характер,²⁰ в противоположность материальности фактуры – главным образом, объективному праву. Кроме того, эти принципы можно назвать «процессуальными» в том смысле, что они в основном описывают характер процессов, протекающих в сфере права. В практичес-

¹³ Там же.

¹⁴ Там же. С. 31.

¹⁵ В данном контексте термин «законодательство» употребляется в широком смысле – как совокупность действующих норм, но не в значении одного из источников (форм) права.

¹⁶ Точнее – «не опровергающих», ибо, как пишет, например, К. Р. Поппер, «все теории представляют собой гипотезы – все могут быть опровергнуты» (Поппер К. Р. Объективное знание. Эволюционный подход. М., 2002. С. 38).

¹⁷ Муромцев С. А. Определение и основное разделение права. С. 31.

¹⁸ Принято считать, что «задача познания структуры объекта – фундаментальная задача современной науки» (Кориунов А. М., Мантатов В. В. Теория отражения ... С. 23).

¹⁹ «Движение познания от эмпирии к теории есть его движение от явлений к сущности» (Кедров Б. М. Единство диалектики, логики и теории познания. 2-е изд. М., 2006. С. 250).

²⁰ Как в этой связи пишет, например, И. Кант: «идеи суть понятия разума, для которых в опыте не может быть дан адекватно ни один предмет. ... идеи – это понятия о совершенстве, к которому можно, правда, приближаться, но которого никогда нельзя полностью достигнуть» (Кант И. Антропология с прагматической точки зрения. С. 249).

кой юриспруденции, напротив, принципы будут носить материалистический характер,²¹ в противоположность исследуемой фактуре – главным образом, субъективному праву. Причем принципы эти можно обозначить и как «материальные», ибо здесь они будут носить околонормативный характер и служить, скажем, уточнению правоприменения. В этом проявляется диалектическое единство теоретического и практического аспектов познания права, обуславливая многообразие явлений, формирующих «сферу права».²²

Завершая разграничение в рамках гносеологии права теоретического и практического типов познания (*эпистемологии права и юриспруденции*),²³ присоединимся к оценке, высказанной К. Твардовским: «Незнание всеобщих обязательных правил или несогласованность с этими правилами не является доказательством, что таковых вообще нет. Если один считает одну норму верной, другой – другую, то это только знак того, что ветвь человеческого знания, которая занимается открытием и формулированием этих норм, еще недостаточно развита, чтобы содержать всесторонне обоснованные и окончательно установленные результаты. Это относится как к логике, так и к этике».²⁴ И далее: «Ежели отсутствие всеобщих признанных правил мышления проистекает не от того, что таких правил нет, но от того, что наука, занимающаяся добыванием этих правил, т. е. логики, еще недостаточно развита, чтобы приводить такие правила, тогда и отсутствие общепризнанных правил морали, очевидно, тем объясняется, что этика, имеющая своей целью формулирование таких правил, еще не так развита, чтобы справиться

²¹ Опять-таки, в силу самой направленности практического познания на материальные цели. Как пишет И. Кант: «Правильный рассудок есть здравый рассудок, поскольку в нем есть *соответствие* понятий с целью их применения» (*Кант И.* Антропология с прагматической точки зрения. С. 246).

²² В предложенном контексте можно, на наш взгляд, согласиться с определением понятия «сфера права», данным А. А. Матюхиным: «Правовая система, рассмотренная с точки зрения институционализации права, именуется “сфера права”» (*Матюхин А. А.* Сущность права и правосознание. О монографии профессора О. Э. Лейста // Проблемы теории права и государства, истории политико-правовой мысли: Сборник работ учеников, друзей, коллег профессора О. Э. Лейста. Алматы, 2005. С. 383; см. также: *Матюхин А. А.* Государство в сфере права: институциональный подход. Алматы, 2000. С. 142 – 143).

²³ Такое дополнительное переобозначение можно считать оправданным в силу того, что, с одной стороны, практическая гносеология в праве во все времена была тождественна понятию «юриспруденция» в традиционном, изначальном смысле, а с другой, термин «эпистемология», несмотря на то, что ряд философов полагает его полным синонимом термина «гносеология», обозначает также особенное в гносеологии, а именно понимается как «теория научного познания».

²⁴ *Твардовский К.* Логико-философские и психологические исследования. М., 1997. С. 216 – 217.

со своими заданиями».²⁵ Если же добавить к этому то, что склонность к логическому мышлению в людях развивается чаще, полнее и раньше, нежели моральность,²⁶ становится вполне очевидным: в отличие от природных, т. е. «естественных» законов и закономерностей, собственно моральность не получила в эволюции человечества полного воплощения.

Однако несовершенство *homo moralis* не должно служить препятствием для развития соответствующих теоретических представлений. Напротив, такие исследования приобретают новый практический смысл. Существенным шагом на этом пути может стать и формирование теории познания *homo iuridicus* как важного аспекта гносеологии права.

2. Эпистемология права («теоретическая» гносеология). Эпистемология права, или «теоретическая» гносеология, в сфере права может носить двоякий характер. Предметом ее может быть: 1) познание общих законов исторического развития в сфере права; 2) познание, ориентированное на структурирование своего объекта.²⁷ В первом случае будем говорить об индуктивной, синтетической эпистемологии права; во втором случае – о дедуктивной, аналитической эпистемологии.

При этом, как представляется, от эпистемологии права, в первую очередь, принято ожидать разработки методов *познания идеи справедливости*. Вот, например, что пишет об этом С. А. Муромцев: «Когда в юридическую науку проникла впервые идея закономерности исторических явлений, тогда ... между прочим, развитие права представлялось как постепенное осуществление высших принципов (начал) справедливости. Закономерность исторических явлений усматривалась в необходимости их как результата логически-исторического развития принципов, которые таились в высшем

²⁵ Там же. С. 217.

²⁶ Своего рода подтверждение этого довода, например, К. Твардовский усматривает на примере развития ребенка: «Нет необходимости широко обсуждать то, что ребенок намного раньше усваивает абстрактные понятия, нежели чувства, ведущие его к признанию моральных принципов» (Там же. С. 220). С этой точки зрения интересна, например, идея о том, что «продление» детства у человека – чрезвычайно важный фактор в развитии в нем доброй воли: «Детство императора продолжительнее, нежели детство простолюдина, но ведь и воля его простирается гораздо дальше» (Два ларца, бирюзовый и нефритовый / Пер. А. К. Секацкого. СПб., 2008. С. 61).

²⁷ Ср. с позицией неопозитивистов, утверждающих, что объект науки – не «вещь в себе», а конструкция, созданная концептуальными схемами и категориями, а естественнонаучные теории – лишь конструкции человеческого ума (более подробно об этом и других подходах к оценке принципа отражения и активности субъекта как гносеологической проблеме см.: *Кориунов А. М., Мантатов В. В. Теория отражения ... С. 7 – 16*).

разуме, в высшей справедливости».²⁸

С нашей точки зрения, если говорить об этом аспекте эпистемологии права, то, наивысших результатов здесь достиг Фома Аквинский в своей «Сумме теологии». Его философия, объединяющая плоды как индукции, так и дедукции в познании права, можно считать образцом целостности и универсальности («вне-пространственной» и «вне-временной»).

Так, св. Фома определяет закон через четыре его характеристики, а именно: закон – это веление разума, направленное на общее благо, исходящее от того, под чьей опекой находится общество, и должным образом обнародованное.²⁹ «Естественный закон» существует в разумных существах через их участие в «вечном законе»; из «естественного закона», в свою очередь, полностью выводятся: «человеческий закон», пусть и не такой совершенный как его (про)образ, и право в субъективном смысле. Своего рода ключом к пониманию философии права св. Фомы можно, на наш взгляд, считать следующую установку: *мы называем нечто «легальным», или «юридическим», не просто потому, что оно связано с применением закона, но лишь постольку, поскольку общий закон применяется к конкретному случаю.*³⁰ Между тем, из его философии в целом не вытекает ничего, что позволило бы конкретизировать качество и характер самого вечного, естественного или человеческого закона – пожалуй, за исключением того, что они направлены к общей пользе и «налагаются на других в качестве правил или мер».³¹

Таким образом, строго говоря, философия св. Фомы не содержит «фактов», которые можно было бы отследить в реальной, «практической» жизни, и тем самым действительно значимых для практической стороны права. Иными словами, столь абстрактного понимания права и справедливости, даже если построить целостно умозрительную систему, как он это сделал,³² недостаточно для объяснения реальных фактов в правовом развитии. Сам св. Фома, по-видимому, это осознавал, так как переходя на конкретику, например, оправдывая рабство и обосновывая частную собственность, он осознавал слабость своей аргументации и прибегал к «уловкам»,

²⁸ Муромцев С. А. Определение и основное разделение права. С. 28 – 29.

²⁹ Thomas Aquinas. On Law, Morality, and Politics / ed. by William P. Baumgarth and Richard J. Regan. 2nd ed. Indianapolis; Cambridge, 2002. P. 15.

³⁰ Ibid. P. 60.

³¹ Ibid. P. 15.

³² Высокоабстрактное понимание права, – широко распространенное явление в философии права и политической философии.

направленным на ее подкрепление.³³

Вернемся, однако, к проблеме *понимания справедливости*, которая действительно может быть названа ключевой, в том числе и для эпистемологии права. Ключ же к ее решению, как кажется, надо искать не в сугубо внешних ее (*справедливости*) проявлениях через коммуникации между людьми, получивших выражение, например, в формулах талиона («равным за равное») или Дигест («каждому свое»), св. Исидора («общее владение собственностью и равная личная свобода для всех»),³⁴ но *во внутреннем мире человека постольку, поскольку здесь он проявляет себя в одностороннем (аунтентичном) действии*. Анализируя оценки, которые дает действиям человека право (и каким образом оно это делает), т. е., фактически, кладя в основу и акцентируя внимание, в первую очередь, на объективном праве, исследователь, следовательно, должен основываться на соответствующих представлениях о том, как *человек может и должен себя контролировать*, по мнению данного общества.

При такой постановке проблемы необходимо учитывать и вопросы правосубъектности, в том числе ее сущность и смысл, характер, формы, пределы юридической ответственности, а также ряд других важнейших

³³ Справедливости ради отметим, что аргументация св. Фомы о рабстве – прогресс по сравнению, например, с Аристотелем, утверждавшим в «Политике», что некоторые люди – рабы по самой своей природе. Так, св. Фома не видит абсолютных причин, почему тот, а не иной человек должен быть рабом; однако обоснование рабства он видит в том, чтобы одни люди управлялись другими, более мудрыми, и первые были бы «инструментом» последних (*Thomas Aquinas On Law, Morality, and Politics*. P. 101–105). В отношении обоснования частной собственности и рабства философ опровергает утверждение св. Исидора о том, что «общее владение собственностью и равная личная свобода для всех относится к естественному праву»: «Мы говорим о вещах как относящихся к естественному закону в двух смыслах. В первом смысле – если природа склоняет нас к этим вещам. Например, один не должен причинять вред другому. Мы говорим о принадлежности [к естественному закону] во втором смысле в случае, если природа не предложила иного. Например, мы можем сказать, что к естественному закону относится то, что люди нагие, ибо природа не снабдила их одеждой, которую создало человеческое умение. И именно в этом смысле мы говорим, что “общее владение собственностью и равная личная свобода для всех” относится к естественному закону, а точнее – разум людей, не природа, установили частную собственность и принудительное рабство. И, таким образом, естественный закон в этом отношении изменяется лишь за счет дополнения» (*Ibid.* P. 48 – 50).

³⁴ Автор данной статьи уже писал об эволюционной «трансформации» формул справедливости – от «равным за равное» через «каждому свое» к реализации концепции «от каждого по способности – каждому по потребности», с которой, на наш взгляд, вполне переключается формула св. Исидора: «общее владение собственностью и равная личная свобода для всех» (*Скурко Е. В. Принципы права в современном нормативном правопонимании*. М., 2008. С. 91 – 94).

факторов в области права. Зато результаты такого исследования позволяют определить, в чем состоит прогресс в эволюционном правовом развитии обществ, оценить этапы, на которых находятся современные или находились в тот или иной период своего развития более ранние общества. Более того, можно даже определить содержание предела такой эволюции.

Философский базис для предложенного подхода заложил А. Шопенгауэр, когда писал о единственном аспекте, в котором реализуется подлинная свобода воли: она покоится на «вполне ясном и твердом чувстве ответственности за то, что мы делаем, *вменяемости* наших поступков, основанной на непоколебимой уверенности в том, что мы сами являемся *авторами наших действий*».³⁵ А. Шопенгауэр критикует взгляд на наказание И. Канта, «будто оно – кара за преступления ради них самих, воздаяние злом за зло по моральным основаниям. Но такое возмездие, хотя о нем учил Кант, было бы нелепым, бесцельным и совершенно несправедливым».³⁶ «Нет, – пишет философ, – закон, т. е. угроза наказанием, имеет своей целью служить противоположным мотивом по отношению к еще не совершившимся преступлениям»,³⁷ т. е. служить дополнительным мотивом, воздействующим на *libertas arbitri*³⁸ каждого человека, на которого распространяется закон.³⁹

На современном этапе разработки обозначенного направления исследований наиболее преуспел, на наш взгляд, О. У. Холмс, который стоит на позиции, что «жизнь права не логична – она выражает опыт».⁴⁰ Иными словами, исследования О. У. Холмса есть результат и пример применения индуктивной эпистемологии к сфере права.⁴¹ Основные моменты в разви-

³⁵ Шопенгауэр А. Две основные проблемы этики. М.; Мн., 2005. С. 176.

³⁶ Там же. С. 187.

³⁷ Там же.

³⁸ Два латинских словосочетания – *libertas voluntatis* и *libertas arbitri* – переводятся, как правило, одинаково, а именно как «свобода воли», хотя в действительности существуют некоторые оттенки их значения. Так, первое можно перевести как «свобода желания», второе – как «свобода решения».

³⁹ Эта же позиция выражена в классических правовых трудах позитивистов, например, Дж. Бенгама или Дж. Остина. В отечественной теории и практике «традиционно наиболее важными целями уголовного наказания считаются общее и специальное предупреждение преступлений. В этом сходятся все авторы, исследовавшие проблему целей наказания» (Уголовный закон: Опыт теоретического моделирования / Отв. ред. В. Н. Кудрявцев, С. Г. Келина. М., 1987. С. 140).

⁴⁰ «The life of the law has not been logic: it has been experience» (*Holmes O. W. The Common Law*. N. Y., 1991. P. 1).

⁴¹ Ibid.

тии права, выявленные О. У. Холмсом, во многом перекликаются с положениями А. Шопенгауэра относительно свободы воли.

Так, О.У. Холмс прослеживает историческое развитие принципов вменения и делает вывод, что конкретные принципы вменения, порождаемые соответствующими конкретно-историческими условиями в том или ином обществе, в целом отражают его представления о норме разумности «среднего человека». Исходя из этих представлений, определяется, наступит ли ответственность конкретного лица в конкретных обстоятельствах, устанавливается ее степень. Кроме того, очевидно, определяются ситуации – с одной стороны, и круг лиц – с другой, в связи с которыми принятая норма не применяется, поскольку в обозначенных обстоятельствах от определенных лиц разумности поведения и действий ожидать не приходится в принципе (т. е. ожидать *неразумно*).

Действительно, обобщения О. У. Холмса выходят далеко за рамки потребностей чисто практического познания в сфере права – они позволяют, на наш взгляд, проследить смысл и направленность эволюции права, если понимать ее как прогресс интеллектуального статуса человека: чем он более развит – тем «дальше» (как в пространстве, так и во времени) предвидит последствия своих решений и действий.⁴²

Обобщая сказанное, можно утверждать, что вполне жизнеспособной теоретической моделью правового развития оказывается следующая: *в объективное право каждое конкретное общество вкладывает свои представления о том, насколько человек, считающийся «нормальным» в данных конкретно-исторических обстоятельствах, должен прогнозировать, а следовательно нести ответственность за последствия своих решений и действий, принятых в отношении объектов права, принадлежащего любому из прочих субъектов права, т. е. таким же «нормальным» людям, имеющим отношение к данному обществу.* Эта модель позволяет построить общую схему эволюции права и определить ее предел. Однако прежде необходимо дополнительно, на наш взгляд, ввести (правда, скорее для удобства)

⁴² В рамках данной работы мы принимаем это утверждение аксиоматически, исходя из того, что в его пользу говорит множество исследований по психологии и антропологии. Это и уже упоминавшаяся работа А. Шопенгауэра (*Шопенгауэр А. Две основные проблемы этики. С. 80–131*). Это, например, исследования М. Я. Басова (*Басов М. Я. Воля как предмет функциональной психологии. Методика психологических наблюдений над детьми. СПб., 2007*), А. П. Назаретяна (*Назаретян А. П. Антропология насилия и культура самоорганизации: Очерки по эволюционно-исторической психологии. 2-е изд. М., 2008. С. 130–131 и др.*).

такой критерий, как бинарная оппозиция «свое-чужое». В этом случае, даже говоря об одностороннем действии человека, его направленностью, которая только и попадает в поле зрения права, будет направленность именно на «чужое» ему. «Свое» является, в свою очередь, объектом его права относительно других (потенциальных) притязателей, т. е. «чужих», а его собственные действия, направленные на «свое» (кроме, естественно, его защиты от «чужого»), вообще не являются вопросом, регулируемым правом, строго говоря.⁴³

Говоря о сфере «своего», т. е. в известном смысле – абсолютного права, можно утверждать, что в ходе правового развития обществ, она сужается (не столько количественно, сколько качественно), в том числе за счет роста общего количества для субъектов права, в ходе их «эмансипации», зато и расширяется за счет роста количества объектов (своего рода роста разнообразия «ресурсов»), «осваиваемых» в ходе развития правового регулирования. Сфера «чужого», «дальнего» определяется в зависимости от того, кто «что» понимает в качестве «своего», «ближнего», ибо в отношении «дальнего» правовое регулирование попросту не действует.⁴⁴

Кроме того, на наш взгляд, говорить об эволюции права уместно не в универсальном контексте (хотя глобализация во многом по-новому ставит этот вопрос ввиду роста взаимодействия правовых систем современности), а применительно к отдельному обществу, которое за историю своего существования, если не оказалось под существенным внешним воздействием, может «успеть» пройти по «эволюционной лестнице» права до ее конца. Попробуем и мы умозрительно «*пробежаться*» по ней. Ю. И. Семенов, историк первобытности, утверждает, что исторически первым субъектом права является род, т. е. право как самобытное явление впервые начинает себя проявлять в отношениях между коллективами, взятыми как целое.⁴⁵ «При-

⁴³ Ср. с пониманием собственности как абсолютного права, свойственным в целом романо-германской правовой семье. К слову говоря, лингвисты усматривают один корень в словах «свой» и «собственность»: «По мнению некоторых историков, *svojъ* – ключевой термин всякого общества; он определяет и характер собственности в этом обществе (тот же корень слова), и характер принадлежности человека к *собственной*, т. е. к своей родной, *среде*» (Колесов В. В. Русская ментальность в языке и тексте. СПб., 2006. С. 66).

⁴⁴ Например, средневековый Китай, как принято считать, именно на этом основании отрицал возможность существования международного права.

⁴⁵ Семенов Ю. И. Формы общественной воли в доклассовом обществе: табуитет, мораль и обычное право // Этнографическое обозрение. 1997. № 4. С. 3–23. Отметим, что существует и другая точка зрения, что право в ходе исторического развития выделяется из монономы, представляющей собой «недифференцированное, синкретное правило поведения, которое

чинение ущерба члену рода означало нанесение обиды не только ему, но и всему его роду. Обида и чувство обиды порождало вражду. Обиженный род должен был реагировать на нанесенный ему ущерб. Ответ мог быть только один – роду обидчика или обидчиков следовало нанести не меньший ущерб».⁴⁶

В целом это так. Однако здесь следует принимать в расчет и выводы О. У. Холмса о том, что основным способом пресечь обиду первоначально была *выдача обиженному* (соответственно, его роду) *предмета, непосредственно причинившего вред* (этим предметом мог быть камень, меч, любые иные орудия, но им мог быть и сам человек).⁴⁷ В подтверждение своей гипотезы он указывает на интересную психологическую параллель с современностью: «Ненависть ко всему, причиняющему нам боль и проявляющемуся как явная ее причина, что заставляет даже цивилизованного человека пнуть дверь, прищемившую его палец, встроена в [принцип] *noxae deditio*⁴⁸».⁴⁹

По мере развития рационального мышления горизонты причинно-следственных связей расширяются. В правовом развитии это получает воплощение в появлении представлений о вине и ответственности за вину. Этот аспект – понятие вины и принцип ответственности за вину – наиболее из-

не может быть отнесено ни к области права, ни к области нравственности с ее религиозным сознанием, ни к области этикета, так как соединяет в себе особенности всякой поведенческой нормы» (Думанов Х. М., Першиц А. И. Мононорматика и начальное право (статья первая) // Государство и право. 2000. № 1. С. 98). Если исходить из предлагаемого в данной статье подхода (право связано с ответственностью за действия, автором которых нормальный человек должен себя полностью осознавать), предпочтительнее подход Ю. И. Семенова. Принцип самосознания как подоплека правового регулирования является здесь ключевой, а на ранних стадиях эволюции человеческого общества индивидуальное самосознание – скорее исключение, нежели правило.

⁴⁶ Семенов Ю. И. Формы общественной воли в доклассовом обществе ... С. 11.

⁴⁷ Иными словами, человек по отношению к роду, к которому он принадлежал, с точки зрения последнего был *инструментом*. Эта позиция в оценке человека сохраняется в античное время применительно к рабам, а также детям, в средние века – в отношениях «господин-слуга» и ряде других, вплоть до настоящего времени – в отношении к женщинам и детям в традиционных и/или теократических культурах.

⁴⁸ *Noxae deditio* – «выдача (головой) – принцип, отраженный в XII Таблицах и в целом сохранявшийся в римском праве – вплоть до юстиниановой кодификации. Например, Гай (4.75) пишет следующее: «На случай преступления, совершенного сыновьями или рабами, – если они, например, совершили кражу или нанесли обиду, – установлены ноксальные иски, по которым отцу или господину предоставляется или принять на себя последствия совершенного преступления, или же выдать голову виновного; было бы несправедливым, если бы их преступность причиняла, кроме них самих, еще убыток родителям или господам» (Гай. Институции / Под ред. В. А. Савельева, Л. Л. Кофанова. М., 1997. С. 291).

⁴⁹ Holmes O. W. The Common Law. P. 11.

вестен и понятен большинству современных юристов. В этой связи не будем подробно останавливаться на так называемом «субъективном вменении» в современном уголовном праве, а отошлем читателя к труду В. В. Лунеева.⁵⁰ В то же время позволим себе остановиться на проблеме принципа вины в гражданском праве, вокруг которой в свое время развернулась дискуссия ученых-цивилистов по поводу того, какому из двух принципов должна подчиняться ответственность за причиненный вред – принципу *вины* или принципу *причинения*.⁵¹

Со времен римского гражданского права сложилось правило: без вины нет возмещения убытков. Поэтому принцип, что вина, а не причиненный вред обязывает к возмещению убытков, долгое время считался бесспорным. Однако, как пишет Я. А. Канторович, «с развитием технической и экономической жизни и усложнением связанных с этим форм гражданского оборота и правоотношений, возникли сомнения в целесообразности этого принципа».⁵² В обоснование принципа причинения приводится, например, тот факт, что «в весьма многочисленных случаях право постановляет: “ты вправе вредить и грозить опасностями своим согражданам”. Если бы право этого не говорило, то не могли бы существовать железные дороги и автомобили, а также многие фабрики, вредящие здоровью граждан своим шумом, дымом и угрожающие всякими опасностями их жизни»⁵³. И далее: «Закон обыкновенно поступает в этих случаях так, что из двух последствий виновного образа действий: обязанности возмещения вреда и обязанности воздержаться от действий – сохраняет и иногда даже усиливает первое (возмещение вреда) и устраняет второе (воздержание от действия). Вредный образ действия допускается под условием возмещения, он таким образом одобряется законом, – следовательно, тут о вине в обычном смысле уже нельзя говорить».⁵⁴

В принципе это так. Однако если рассматривать ситуацию с предложенной нами позиции (требование ответственного поведения от субъекта права), можно утверждать, что предел гражданской ответственности

⁵⁰ Лунеев В. В. Субъективное вменение. М., 2000.

⁵¹ Канторович Я. А. Основные идеи гражданского права. Харьков, 1928. С. 88 – 107.

⁵² Там же. С. 89.

⁵³ Там же. С. 90.

⁵⁴ Там же. С. 90–91. Добавим, что в большинстве современных законодательных систем ответственность за причинение вреда имеет своим основанием вину, однако в качестве исключения в них вводится целый ряд допущений, фактически создающих ситуации обязывания к возмещению причиненного вреда «без вины», т. е. по принципу причинения.

определен тем, насколько от лица требуется прогнозировать, предвидеть, а значит и отвечать за последствия своих действий. В более конкретном выражении этот предел зависит от нормы развитости мышления в данных конкретно-исторических обстоятельствах в данном обществе и государстве. Если же учесть идею А. Шопенгауэра о смысле закона как внешнего дополнительного мотива поведения, суть гражданской ответственности в означенном аспекте можно выразить так: *«вреди, если ты это понимаешь и способен возместить причиненный вред»*. В то же время ни в гражданском, ни, в сущности, в уголовном праве *никогда не действовало правило абсолютной ответственности*.⁵⁵ На наш взгляд, этот момент – ключевой в эволюции права, ибо **появление принципа абсолютной ответственности знаменует конец права, каким мы его знаем.**

Остановимся поподробнее на принципе абсолютной ответственности. С нашей точки зрения, она может пониматься и проявляться в двух ипостасях – рациональной и моральной. В первом случае, это ответственность за последствия, объективно вызванные данным действием человека, вне зависимости от того, мог ли он предвидеть их последствия, как бы далеко последние не отстояли от причины (действия). По сути, речь идет о том, что норма мышления при юридической квалификации перестает приниматься в расчет. Исследуются только доказательства причинно-следственной связи данного действия и данных событий, которое в пределе может осуществляться, например, в том числе с привлечением сугубо научных методов и средств, т. е., иными словами, через объективное доказательство существования связи, очевидно неочевидной для среднего человека. Во втором случае абсолютная ответственность – ответственность за любые вообще действия, в том числе направленные на причинение вреда, даже если этого вреда не наступило по каким-либо причинам. Простой пример последнего – «кража» из пустого кармана.

И здесь и там свобода воли, *libertas arbitri*, перестает иметь значение: в первом случае поскольку она не принимается в расчет; а во втором случае – поскольку абсолютизируется, точнее – за норму принимается добрая воля, абсолютная разумность которой презюмируется, иными словами, презюмируется верность формулы Сократа «мудрому не нужен закон – у него есть разум». Однако *утрачивая значение свобода воли утрачивает и свой смысл, а вместе с ней прекращает свое существование и право, как*

⁵⁵ Термин «абсолютная ответственность» мы взяли у О. У. Холмса, который обозначает им одну из критикуемых доктрин общего права (*Holmes O. W. The Common Law. P. 82 – 90*).

мы привыкли его понимать. Стремление к абсолютно-рациональной ответственности сегодня становится явной тенденцией в развитии современной западной традиции права. Свидетельство тому – дискуссия цивилистов по поводу принципа *вины* или принципа *причинения* как оснований ответственности. Очевидно, что рост значения принципа причинения в практике – свидетельство движения в развитии права к абсолютно-рациональной ответственности.

Абсолютно-моральная ответственность хорошо известна, например, из практики средневекового Китая, ее рудименты до сих пор играют важную роль в современных правовых системах Дальнего Востока. Кроме того, абсолютно-моральная ответственность является «квалифицирующим» атрибутом теократий, в том числе современных. Разберем эту ситуацию подробнее. Так, можно утверждать, что сама идея и принцип абсолютно-моральной ответственности, опирающиеся как на нормативное представление о человеке как обладающем доброй волей при условии высокого уровня его интеллектуального развития, на практике со временем неизбежно вырождается в ритуал и «карательное право», его дополняющее. Ритуал есть жесткое предписание внешних проявлений (т. е. действий), соответствующих случаю, обстоятельствам. Таким образом, лица, когда они оказываются связаны ритуалом, подчинены ему, утрачивают свободу воли – *libertas arbitri*. Другие, решающиеся нарушить ритуал, безжалостно караются, ибо их вина в данном случае не требует доказательств – достаточно самого факта действия подобного рода.

Именно к такого рода системе приходит право, когда переориентируется на абсолютно-моральную ответственность. Связано это с тем, что в реальной жизни на существующем уровне развития человека и человечества в целом объективно невозможно требовать от каждого индивида интеллектуальной развитости и моральности, достигающих высот, которые, например, для христианской культуры можно было бы связать с характером не иначе как пророка или святого. Как пишет в этой связи, например, К. Твардовский: «Необразованный человек и ребенок воспринимают утверждения, которые не в состоянии понять, на основе уважения к тому, кто высказывает эти утверждения; моральные правила также должны основываться на уважении к тому, кто их провозглашает до тех пор, пока человек достаточно сформируется, чтобы на основании соответствующих собственных чувств признать правильность предложенных ему аксиом, составляющих принци-

пы моральных поступков».⁵⁶ Если при этом принять во внимание, что в силу реального положения вещей огромное количество людей «не вызревает» не только морально, но и рационально до такого уровня, чтобы полностью осознать, понять, почувствовать правильность тех или иных норм, по которым они живут в обществе, предъявляемое к ним требование полного самосознания, преобразованное на практике в принцип абсолютно-моральной ответственности, постепенно вырождается в простую сумму ритуала и карательного права, его обслуживающего. Общественная система Китая до сих пор базируется прежде всего на неукоснительном требовании уважения к признанным авторитетам. Вплоть до настоящего времени, здесь «ритуал» – «ли» и «карательное право» – «фа» – центральные, исходные понятия, составляющие основы любого исследования права в Китае, а также в других странах, наследовавших или воспринявших традиции конфуцианства.

В последнее время стали писать, что отождествление китайского «ли» с ритуалом не совсем верно, что «ли» скорее следует толковать как «неформальную нормативность», противостоящую «формальной нормативности» – «фа».⁵⁷ Это можно признать верным, но суть проблемы от этого не меняется: если бы здесь действительно принималось в расчет индивидуальное волевое усилие, то, в конечном итоге, сама потребность в «ли» отпала бы. А коль скоро этого не происходит, вывод, который можно сделать, состоит в том, что *завышение уровня нормы мышления и требования моральности в праве приводит к вырождению самого права в бессмысленную с точки зрения эволюции сознания, разума и чувств человека систему регулирования общественных отношений*. Это стагнация. И в этой стадии, как принято считать, и находился, например, средневековый Китай с тех пор, как «принял решение повернуться к миру спиной».⁵⁸ Говоря о том, что предшествовало этому решению, нельзя не коснуться аналогии, существовавшей на тот момент между Китаем и средневековой Европой, которая в итоге сделала иной выбор – выбор действия и экспансии. Так, исследователи отмечают, что к началу XIV в. в Китае практически полностью сложился комплекс предпосылок для промышленной революции, а в XV–XVI вв., обладая мощнейшим военно-промышленным флотом, страна могла стать колониальной державой и завладеть богатствами земного шара. Вместо этого примерно в 1436 г. император издал указ, запретивший строительство мор-

⁵⁶ Твардовский К. Логико-философские и психологические исследования. С. 220.

⁵⁷ Glenn H. P. *Legal Traditions of the World: Sustainable Diversity in Law*. Oxford, 2000. P. 280 – 287.

⁵⁸ Kennedy P. *The Rise and Fall of the Great Powers*. L., 1998. P. 7.

ских судов и положивший конец экспансии.

Европа же, сделав ставку на действие и экспансию, осуществила кардинальную переориентацию в подходе к собственности. В праве она становится ключевым институтом; институт же ответственности начинает развиваться в основном как «придаток», направленный на гарантии экономической собственности. Это находит яркое выражение в динамике правовых институтов вплоть до сего дня, в том числе в стремлении вытеснить принципом причинения принцип вины, в навязывании институтов исключительного права, т. е. интеллектуальной собственности, по западному образцу «незападным» странам. Так мораль и воспитание доброй воли в праве здесь «проиграли» экономическому интересу.

В Китае же ключевым правовым институтом осталась ответственность. Остается она ключевым институтом в теократиях.⁵⁹ Некоторые исследователи подчеркивают, что говоря как о средневековом Китае, так и средневековой Европе, можно вывести психологическую специфику в целом «людей Средневековья». ⁶⁰ Если это признать верным, то можно сказать, что право в обычном нашем понимании – скорее всего плод средневекового мышления. Но в Новое время путь права раздвоился. Оно устремилось по каждому из двух направлений к единой, в сущности, цели – абсолютной ответственности.

Оставим в стороне вопрос о том, хорошо это, или плохо, но попытаемся установить критерий оптимальности правового развития вообще, что позволит в полном объеме применять теорию на практике. Таким критерием должно выступить требование *посильного волевого усилия*, налагаемого на субъектов права. Именно оценка *посильности* волевого усилия, налагаемого через правовое регулирование на субъектов права, – с нашей точки зрения, основная задача правотворца, в предлагаемых конкретно-исторических условиях. При этом норма интеллектуального мышления и морального развития хотя и должна быть выше «среднего» значения, но тем не менее оставаться доступной для человека. Не совсем верно также отдавать приоритет институту собственности в развитии правового регулирования и подчинять ему институт ответственности – иными словами, исходить из ценностей разума, забывая о морали.

⁵⁹ «Мусульманское право основано на идее обязанностей, возложенных на человека, а не на правах, которые он может иметь» (Сунатаев М. А. Роль мусульманского права в диалоге исламской и европейской культур // Права человека и современное государственно-правовое развитие. М., 1998. С. 241 – 242).

⁶⁰ Назаретян А. П. Антропология насилия и культура самоорганизации ... С. 164–165.

Е. В. Сафронова*

СТАНОВЛЕНИЕ И РАЗВИТИЕ ОТЕЧЕСТВЕННОЙ ДОКТРИНЫ ИСТОЧНИКОВ МЕЖДУНАРОДНОГО ПРАВА

Ключевые слова: источники права, международные соглашения, международные обычаи, решения и резолюции международных организаций, акты международных конференций и совещаний, международное право.

Аннотация: В статье рассматривается проблемы генезиса отечественной доктрины источников международного права с середины XIX в. до настоящего времени в контексте становления и развития в России науки международного права.

Key words: law sources, law forms, international agreement, international habit, international conferences acts, resolutions of international organizations.

Annotation: Forming and developing the Russian doctrine about the sources of international law.

There is an analysis of the Russian doctrine about the sources of international law in this article. The author describes the formation the problem in a content of the international law at the middle of the 19th century and development of the idea at present.

Категория «источник права» является одной из ключевых в юриспруденции. История этого понятия насчитывает более двух тысяч лет. Оно зародилось еще в античном мире как понятие-метафора.¹ Постепенно первоначальный смысл сравнения, заложенного в ней, утратил значение, а понятие осталось, трансформировавшись в теоретическое.

До XIX в. проблема источников затрагивалась лишь в контексте общих юридических вопросов, прежде всего определения права. Специальное изучение проблем источников права (понятие, виды, соотношение и т. д.) началось только в XIX в. Практически параллельно с отраслевыми наука-

* Доктор юридических наук, профессор кафедры международного права и государственного управления Белгородского государственного университета. E-mail: safronova@yelets.lipetsk.ru

¹ Автором считается Тит Ливий, впервые написавший, что Законы XII таблиц являются «источником всего публичного и частного права». Согласно римской религии, источник был тем местом, где соединялись два мира – людской и божий. По образному выражению Тита Ливия, Законы XII таблиц связывали земной мир с миром богов. Современный смысл этой метафоры: закон не самодостаточен, существует еще и некоторый фактор, который не только определяет, но и в известном смысле, санкционирует его (Рубанов А. А. Понятие источник права как проявление метафоричности юридического сознания // Судебная практика как источник права. М., 1997. С. 42–47).

ми внутригосударственного права проблема источников стала изучаться и юристами-международниками. Известный ученый Д. Б. Левин, занимавшийся историей развития отечественной науки международного права, отмечал «глубину разработки этого вопроса в русской науке и вместе с тем большое многообразие мнений».²

В дореволюционный период наука международного права при определении источников права развивалась в одном русле с общей теорией права. Определение источников зависело от правопонимания ученого, от того, на каких методологических позициях он находился, являлся ли сторонником позитивистского направления в юриспруденции или придерживался естественно-правовых воззрений.

Значительное число юристов-международников находилось под влиянием естественно-правовой доктрины и выделяло два понятия источника права: внутренний – в смысле причины, вызывающей появление права, и внешний – в смысле формы выражения международно-правовых норм. Причиной или силой, творящей право, различные авторы признавали правосознание народов, идею справедливости, природу человека и т. п., а внешние источники определяли как формы, памятники, материалы.

Наиболее последовательно естественно-правовые воззрения во взглядах на источники международного права нашли отражение в работах А. К. Бялэцкого, считавшего, что «необходимость различать понятие источника права от понятия его внешнего выражения».³ А. К. Бялэцкий считал источником международного права «идею справедливости», которая проявляется в многочисленных «памятниках» и «материалах» международного права (международных договорах, международно-правовых обычаях, внутреннем законодательстве государств и т. д.). При этом памятниками международного права он признавал только те, где выражена идея справедливости. «Если за всяким законодательным актом, договором или продолжительное время применяемым обычаем признать название источника права, то может представиться затруднение в отыскании верного обнаружения идеи права, потому что только эта идея не всегда действительно проявляется в памятниках, зачисленных к разряду его источников. Нередко в таких материалах находится отрицание, а не воплощение идеи справедливости, так

² Левин Д. Б. Наука международного права в России в конце XIX и начале XX в.: Общие вопросы теории международного права. М., 1982. С. 111.

³ Бялэцкий А. К. О значении международного права и его материалов. Варшава, 1872. С. 256.

что их можно только условно считать составными частями образовавшегося положительного права».⁴

Идею справедливости считал источником международного права и М. Н. Капустин. «Само по себе формулирование, – отмечал он, – не создает права, а делает его только распознаваемым. Присущее всем сознание о справедливости служит для того высшим критерием... Истинным источником международного права остается всегда справедливость в значении взаимного уважения и признания; она же будет служить критерием для всякого внешнего выражения международных юридических норм».⁵ Капустин разделял позицию Бялецкого, что только те договоры и обычаи служат выражением международного права, где заложена идея справедливости.⁶

Близкую позицию занимали также В. П. Даневский и Л. А. Камаровский. По мнению Даневского, «источники международного права разделяются на А) внутренний (или высший) и В) внешние источники, в которых проявляется первый его источник и из которого почерпаются нормы международного права».⁷ Л. А. Камаровский также полагал, что необходимо отличать источники права от их формы. «Под источником, – писал он, – мы разумеем ту силу или причину, которая творит право. Она действует невидимо, но всегда неотразимо и в философском смысле может быть названа внутренним разумным основанием права вообще. Формами права называются внешние его проявления, те нормы, в которых оно как положительное высказывается и действует на определенной территории. В этом последнем смысле формы называть источниками можно только в переносном значении, т. е. как источники познания, изучения, а не происхождения права».⁸

В отличие от Бялецкого и Капустина Даневский и Камаровский внутренним источником считали не идею справедливости, а природу человека. «Внутренний источник международного права, – писал В. П. Даневский, – юридическое сознание народов высшей культуры о необходимости правового порядка между ними, в который они вступают под давлением требований человеческой природы. Это сознание о связующем их правовом порядке вызывает требование прав и обязанностей народов в их взаимных

⁴ Там же. С. 143 – 144.

⁵ Капустин М. Н. Международное право: Конспект лекций. Ярославль, 1873. С. 6.

⁶ Там же. С. 7.

⁷ Даневский В. П. Пособие к изучению истории и системы международного права. Харьков, 1892. Вып. 1. С. 95.

⁸ Камаровский Л. А. Основные вопросы науки международного права. М., 1924. С. 94.

отношениях и обязательности международного права, как совокупности юридических норм, охраняющих этот правовой порядок. Основания последнего – в природе человека, в совершенствующихся его способностях, в увеличивающихся и разнообразящихся его потребностях».⁹ Л. А. Камаровский также считал, что «коренья в природе человека, международное право применительно к своей области вытекает из правосознания человечества, а пока – тех цивилизованных народов, которые достигли до понимания выработки международного союза. Источник постоянен и неизменен в том смысле, что он всегда зиждется на природе человека, но исторически он подлежит в своем проявлении изменениям сообразно с переменами ее потребностей, что выражается в различии форм и способов охраны международного права в отдельные исторические эпохи».¹⁰

Выделение нескольких видов источников было характерно и для сторонников позитивистского направления в науке международного права. Так, П. Е. Казанский, обобщив различные точки зрения на источники международного права, выделил три понятия. «Под источником в собственном смысле слова, под внутреннем источником, – писал он, – следует понимать ту силу, которая творит международное право, вызывает появление международно-правовых начал. Под источниками правообразования – те формы, те материалы, в которые право выливается. Под источниками правопознания – те памятники, при помощи которых можно ознакомиться с постановлениями международного права».¹¹ Источником в собственном смысле слова или силой, которая «творит международное право», он считал «согласие и правоубеждение народов».¹² Однако, в отличие от представителей естественно-правовой доктрины, Казанский трактовал правовое убеждение народов не как проявление отвлеченной природы человека, а как фактическую необходимость. «Общее юридическое сознание складывается из правил, необходимость или общую пользу которых сознает разум и некоторые составляющие содержания воли. ... Международное право вытекает из воли народов, но оно является правом необходимым, т. к. содержание этой воли определяется с необходимостью содержанием тех фактических отношений, которые имеет в виду право. Признать необходимость и разумность между-

⁹ Даневский В. П. Пособие к изучению истории и системы международного права. С. 95.

¹⁰ Камаровский Л. А. Основные вопросы науки международного права. С. 97, 98.

¹¹ Казанский П. Е. Введение в курс международного права. Одесса, 1901. С. 87.

¹² Там же. С. 99.

народного права вовсе не значит превратить его в естественное право».¹³

Известный юрист-международник Ф. Ф. Мартенс появление норм международного права также обосновывал необходимостью правового порядка. Он полагал, что сознание цивилизованными государствами необходимости правового порядка рождает их добровольное согласие на признание обязательности международного права. «Это сознание и согласие получают внешнее свое выражение (формулирование), – по его мнению, – в международных обычаях и трактатах, в дипломатических переговорах, в законодательстве, правительственных распоряжениях, наконец, в решениях судов. Насколько названные акты и обычные начала являются верным выражением правосознания государств, настолько они могут считаться источниками современного международного права».¹⁴

Наиболее последовательным позитивистом в русской науке международного права был Н. М. Коркунов. Он считал, что источниками права называются «формы объективирования юридических норм, служащие признаками их обязательности в данном обществе и в данное время».¹⁵ Н. М. Коркунов не согласен, что источник – это причина, творящая право. «Юрист, – писал он, – под источником права не понимает вовсе, как это можно было бы заключить по этимологическому значению слова “источник”, причины, вызывающей существование права, или элементов, образующих содержание права. Под источником права мы разумеем формы внешнего проявления права и именно такие формы, которые служат доказательством признания данной юридической нормы обязательною для данной сферы применения».¹⁶ Ученый предлагал «строго держаться технического значения» термина «источник права» и не смешивать с понятием «источника как средства познания» или с «понятием исторического памятника», а также с «понятием о том, откуда черпается и чем определяется самое содержание юридических норм».¹⁷

Н. М. Коркунов помимо международного права занимался общетеоретическими проблемами. Его позиция была близка к позиции известного теоретика права Г. Ф. Шершеневича, отмечавшего многозначность термина «источник права». «Под этим именем, – писал он, – понимаются: а) силы,

¹³ Там же. С. 101, 102.

¹⁴ *Мартенс Ф. Ф.* Современное международное право цивилизованных народов. СПб., 1887. Т. 1. С. 186.

¹⁵ *Коркунов Н. М.* Лекции по общей теории права. СПб., 2003. С. 343.

¹⁶ *Коркунов Н. М.* Международное право. СПб., 1896. С. 103.

¹⁷ *Коркунов Н. М.* Лекции по общей теории права. С. 344–345.

творящие право, например, когда говорят, что источником права следует считать волю Бога, волю народную, правосознание, идею справедливости, государственную власть; б) материалы, положенные в основу того или другого законодательства, например, когда говорят о работе по источникам...; с) средства познания действующего права, например, когда говорят, что право можно узнать из закона».¹⁸ Разнообразие значений, придаваемых выражению «источники права», по мнению Г. Ф. Шершеневича, «вызывает необходимость обойти его и заменить другим выражением – формы права».¹⁹

Таким образом, в дореволюционный период большинство отечественных юристов-международников отмечали многозначность термина «источник международного права» и рассматривали его в нескольких смыслах, чаще всего в двух: как причину, создающую международное право, и как форму его внешнего выражения. Перечень и классификация «форм внешнего выражения» или «внешних источников международного права» существенно не различались. Чаще всего в круг «внешних источников» включали международные договоры, международные обычаи, решения международных конгрессов и конференций, законодательство государств, судебную практику и науку международного права, разделяя их на «прямые» и «косвенные». К «прямым» чаще всего относили: международные договоры, международные обычаи, решения международных судов, а к «косвенным» – внутреннее законодательство, решения государственных судов, науку международного права.

В советский период учение об источниках права претерпело серьезные изменения, сохранив традицию употребления термина «источники права» в двух значениях. Исходя из марксистской концепции, собственно источником всех правовых норм стали признаваться материальные условия жизни общества, общественное бытие. «Условия общественного бытия, – отмечал проф. Ф. И. Кожевников, – отражаются в форме разнообразных идей, теорий и воззрений, в том числе правовых. Процесс объективирования правовых воззрений проходит стадию волеизъявления определенных групп людей – господствующих классов государств (в общенародном государстве – всего народа), и таким образом конкретные правила поведения приобретают юридически обязательный характер, то есть становятся нормами права. В международном праве те или иные правила поведения приобретают юридическое качество путем согласования воли участников международного

¹⁸ Шершеневич Г. Ф. Общая теория права. Вып. 1–4. М., 1910–1912. С. 369.

¹⁹ Там же.

общения».²⁰ В другом значении термин «источники международного права» употреблялся для «обозначения тех форм, в которых находят свое выражение нормы права».²¹

При рассмотрении конкретных видов источников международного права использовалось второе значение. В советской теории международного права источники в смысле форм выражения норм права разделяли основные (международные договоры и международные обычаи) и вспомогательные (решения международных органов и организаций, внутригосударственные законы и решения национальных судов, доктрину международного права).²²

Некоторые советские ученые, в частности Г. И. Тункин, в основу определения и классификации источников международного права клали положения Статута Международного Суда ООН – международного договора, в котором участвуют большинство государств мира. Считалось, что в нем, а именно в § «с» п. 1 ст. 38, в общей форме выражено согласие государств по поводу источников международного права. «Суд, который обязан решать переданные ему споры на основании международного права, гласит данная статья, – применяет:

- а) международные конвенции, как общие, так и специальные, устанавливающие правила, определенно признанные спорящими государствами;
- б) международный обычай как доказательство всеобщей практики, признанной в качестве правовой нормы;
- с) общие принципы права, признанные цивилизованными нациями;
- д) с оговоркой, указанной в статье 59, судебные решения и доктрины наиболее квалифицированных специалистов по публичному праву различных наций в качестве вспомогательного средства для определения правовых норм».

Основываясь на Статуте, все источники международного права разделяли на две основные группы: основные источники права и вспомогательные средства для определения международно-правовых норм. К основным источникам, согласно ст. 38 Статута Международного Суда, относили: международные договоры; международный обычай; общие принципы права. К вспомогательным средствам – судебные решения и доктрины наиболее квалифицированных специалистов в области международного права.

Сегодня согласиться с классификацией, основанной на Статуте, и

²⁰ Курс международного права / Под ред. Ф. И. Кожевникова. М., 1966. С. 39.

²¹ Международное право / Под ред. Ф. И. Кожевникова. М., 1987. С. 31–34.

²² Курс международного права. С. 39–43.

признать содержащийся в нем перечень источников исчерпывающим, невозможно. Ст. 38 была сформулирована после Первой мировой войны для Постоянной палаты международного правосудия, когда объем нормативного материала был незначительным не существовало еще ряда международных организаций и постоянно действующих международных судебных органов. Современная международная практика свидетельствует о появлении новых способов образования международно-правовых норм и форм их фиксации.

В настоящее время проблему источников международного права нельзя назвать разрешенной. Дискуссионными остаются вопросы определения понятия «источник международного права», а также выявления конкретных видов и структурного ряда понятий, относящихся к данной категории. При определении понятия «источник международного права» современные юристы-международники опираются на достижения общей теории права. Больше всего дискуссий вызывает проблема соотношения категорий «форма права» и «источник права». Одни исследователи рассматривают данные понятия как синонимы, отождествляя источник права исключительно с формой фиксации правовой нормы, другие в категорию источников включают не только результаты процесса образования норм, но и различные факторы, влияющие на этот процесс.

Полагаем, что при определении данных понятий следует исходить из семантического значения слов «источник» – «то, что дает начало чему-нибудь, откуда исходит что-нибудь»,²³ и «форма» – «способ существования содержания»,²⁴ «внешнее выражение какого-либо содержания». ²⁵ Применительно к юридическим явлениям источник права можно рассматривать в трех смыслах (материальном, идеологическом и формально-юридическом). Нельзя не согласиться с А. В. Малько в том, что форма и источник – совпадающие понятия, если речь идет о формально-юридических источниках права.²⁶ Данное положение, на наш взгляд, вполне применимо и к источникам международного права. Источники международного права в материальном смысле – это материальные условия жизни мирового сообщества, общественное бытие. Вряд ли кто будет спорить с тем, что развитие мировой экономики существенно влияет на развитие современного международного

²³ Ожегов С. И., Шведова Н. Ю. Толковый словарь русского языка и фразеологических выражений. М., 2004. С. 255.

²⁴ Там же. С. 855.

²⁵ Философский энциклопедический словарь. М., 1998. С. 489.

²⁶ Комаров С. А., Малько А. В. Теория государства и права: Учебно-методическое пособие. М., 1999. С. 312.

права. Источники в идеологическом смысле – это правосознание народов, отражающееся в общих принципах права. Общественное бытие и правосознание народов выступают причинами, обуславливающими развитие международного права. Источники в формально-юридическом смысле есть следствие причины, результат процесса создания международно-правовых норм, способ их образования и форма внешнего выражения.

Структурный ряд понятий, относящихся к категории «источник (форма) международного права», также вызывает немало дискуссий. Чаще всего, основываясь на ст. 38 Статута Международного Суда ООН и современной практике, в него включают: «международный договор», «международный обычай», «общие принципы права», «судебные решения», «доктрины наиболее квалифицированных специалистов», «решения и резолюции международных организаций», «акты международных конференций и совещаний», «односторонние акты государств».

В международном праве сложнее, чем во внутригосударственном, установить последовательность понятий, входящих в правовую абстракцию «источник права». Поэтому в отечественной науке предпринимались и предпринимаются попытки дать классификацию формально-юридических источников международного права. Так, по мнению К.А. Бекашева, можно выделить основные, производные (вторичные) и вспомогательные источники международного права. К основным он относит международный договор, международный обычай, общие принципы права; к производным – резолюции международных организаций; к вспомогательным – судебные решения, доктрины и односторонние акты государства.²⁷

По мнению И. И. Лукашука, перечень современных источников международного права включает, прежде всего, международный договор, международный обычай и резолюции международных организаций. Первые два он называет универсальными источниками, юридическая сила которых вытекает из общего международного права, а правотворческие решения организаций, юридическая сила которых определяется учредительным актом соответствующей организации, – специальными.²⁸ Отдельные исследователи список источников расширяют за счет вспомогательных средств определения международных норм, относя к ним резолюции международных организаций, решения международных судов, внутригосударственные

²⁷ Международное публичное право: Учебник / Отв. ред. К. А. Бекашев. М., 2004. С. 21.

²⁸ Лукашук И. И. Международное право. Общая часть: Учебник. М., 2005. С. 23.

законы, решения национальных судов, доктрину международного права, зачастую называя их вспомогательными источниками.²⁹

Ни одну из рассмотренных классификаций нельзя признать удачной, как и нельзя, на наш взгляд, признать вполне обоснованным перечень понятий, включаемых в правовую абстракцию «источник международного права». Категория «источник права» относится к опосредующим элементам в праве, хотя и является продуктом активной деятельности соответствующих субъектов.³⁰ Качествами норм источников права в формально-юридическом отношении выступают всеобщность, обязательность и устойчивость применения. По своей природе формально-юридические источники международного права едины, в их основе лежит соглашение его субъектов, непосредственно выражаемое в международном договоре и международном обычае, а опосредованно – в актах международных конференций, решениях международных организаций и международных судов. Процесс образования норм международного права, созданных договорами между государствами, а также в результате повторяющихся действий государств, можно признать основным. Дополнительные (опосредованные) процессы образования норм международного права проявляются в деятельности международных организаций, конференций и судов.

В связи с этим источники международного права, понимаемые в формально-юридическом смысле, можно классифицировать на: основные (международный договор и международный обычай) и дополнительные (опосредованные) (отдельные акты международных конференций, решения и резолюции международных организаций, решения некоторых международных судов). Включение вспомогательных средств определения правовых норм (доктрин, односторонних актов государства, внутригосударственного законодательства и решений национальных судов и др.) в круг источников (форм) международного права, на наш взгляд, обосновательно. Нельзя не согласиться с В. М. Шумиловым, что аналогично тому, как консервный нож – это «средство» заглянуть в некую «форму» и узнать ее содержимое доктрины, национальное законодательство и односторонние акты государств – это «средство» выявления правовой «формы» и ее «содержания», но не сама форма, не само «содержание».³¹

²⁹ Додонов В. Н., Панов В. П., Румянцев О. Г. Международное право: Словарь-справочник. М., 1997. С. 91.

³⁰ Ануфриева Л. П. Соотношение международного публичного и международного частного права: правовые категории. М., 2002. С. 189.

³¹ Шумилов В. М. Международное право: Учебник. М., 2008. С. 109.

Специально хотелось бы остановиться на «общих принципах права, признанных цивилизованными нациями», которые ст. 38 Статута Международного суда относит к числу источников международного права. Абстрактность формулировки, содержащейся в параграфе «с» п. 1 ст. 38 Статута Международного Суда, вызывала и вызывает оживленные дискуссии о характере «общих принципов права» и возможности их признания в качестве самостоятельных источников международного права.³² Можно выделить три основные точки зрения по вопросу определения «общих принципов права, признанных цивилизованными нациями»:

- данное понятие охватывает общие принципы естественного права и справедливости;
- это понятие включает основные принципы международного права;
- под общими принципами права понимаются общие принципы, характерные для национальных правовых систем (добросовестность, незлоупотребление правом, равенство сторон в споре и др.).³³

В современной учебной литературе из-за неопределенности формулировки и дискуссионности проблемы «общие принципы права» исключаются из числа основных источников (форм) международного права.³⁴ На наш взгляд, под «общими принципами права, признанными цивилизованными нациями», все же следует понимать принципы естественного права и справедливости, которые получили выражение в позитивном праве большинства правовых систем. В них отражается правосознание народов, поэтому их можно включить в круг источников международного права, но понимаемых в идеологическом смысле.

Таким образом, структурный ряд понятий, относящихся к категории «источник (форма) международного права», на наш взгляд, включает: «международный договор», «международный обычай», «судебные решения», «решения и резолюции международных организаций», «акты международных конференций и совещаний». Анализ конкретных форм необходимо проводить, основываясь на иерархии видов источников и на выявлении соотношения между ними.

³² *Корецкий В. М.* «Общие принципы права» в международном праве. Киев, 1957; *Дурденевский В. Н.* Пять принципов // *Международная жизнь*. 1956. № 3; *Тункин Г. И.* Теория международного права. М., 2000. С. 167–180; *Бирюков П. Н.* Международное право: Учебное пособие. Воронеж, 1996. С. 11–12 и др.

³³ *Тункин Г. И.* Теория международного права. С. 167–180.

³⁴ *Бирюков П. Н.* Международное право. 1996. С. 11–12; *Международное право. Учебник для вузов* / Отв. ред. Г. В. Игнатенко, О. И. Тиунов. М., 2003. С. 108–111 и др.

А. В. Малько,*
Д. В. Храмов**

СИСТЕМА НЕТРАДИЦИОННЫХ ИСТОЧНИКОВ РОССИЙСКОГО ЧАСТНОГО ПРАВА

Ключевые слова: источник права, нетрадиционный источник права, частное право, правовая традиция, система источников права.

Аннотация: Статья посвящена вопросам определения понятия нетрадиционных источников права и их классификации. Автор особо обращает внимание на их систему. Подчеркивается важность расширения перечня источников российского частного права.

Key words: untraditional source of law, private law, legal tradition, the system of law sources.

Annotation: The system of untraditional sources in the Russian private law. The article is devoted to the problems of the definition for untraditional sources of law and the classifications of these sources. The authors especially pay attention to the setup and scheme of the system. Importance of expansion of the list of sources of the Russian private law is emphasized.

В общей теории и отдельных отраслях права исследование источников права ведется с явным креном в сторону традиционных (типичных) источников, чем необоснованно принижаются и недооцениваются регулятивные возможности и потенциал нетрадиционных (нетипичных источников). Вопрос о типичности и нетипичности вообще нов для российской правовой науки.¹

Сложность разделения источников права на традиционные и нетрадиционные определяется недостаточной ясностью самого понятия «правовая традиция». Однако в литературе отмечается, что традиция в праве характеризуется такими признаками, как устойчивость, неизменность, стабильность, повторяемость и характерность.² Правовая традиция есть закономерность развития права, определяемая особенностями его национально-исторического

* Доктор юридических наук, профессор, директор Саратовского филиала Института государства и права РАН.

** Аспирант кафедры теории государства и права Саратовской государственной академии права.

¹ См.: Горшенев В. М. Нетипичные нормативные предписания в праве // Советское государство и право. 1978. № 3; Сапун В. А. Типичные и нетипичные источники публичного и частного права // Публичное, корпоративное, личное права: Проблемы конфликтности и перспективы консенсуальности. СПб., 2005. С. 25.

² См.: Рожнов А. П. Нетрадиционные источники права в правовой системе // Вестник ВолГУ. Сер. 5. Вып. 4. Волгоград, 2001. С. 29.

развития и проявляющаяся в отчетливо выраженной стабильности, повторяемости и преемственности правового мышления, источников права, правовых институтов и процедур деятельности. Состояние источников права относится к числу важных конституционных признаков правовой традиции, и это дает основание для их классификации на традиционные и нетрадиционные.³

Адекватно понять смысл и сущность права той или иной страны невозможно вне контекста ее традиций, истории, религии, культуры, языка, менталитета, образа жизни народа и других факторов. Правовая традиция объединяет все эти явления. Как справедливо отмечает К. Е. Сигалов, «право сегодняшнее рождается из права вчерашнего и порождает завтрашнее».⁴ Полагаем, что в этом и состоит суть правовой традиции. Она не позволяет изменять одномоментно правовую жизнь общества, которая должна быть верна своим глубоким историческим корням. Правовая система ориентирует на национальную правовую культуру, ее истории и традиции, правовое сознание общества.

Правовые традиции можно определить как устойчивые юридические явления, характеризующиеся стабильностью, преемственностью, обусловленные культурой, языком, религией, образом жизни, присущие конкретной правовой системе, совокупность которых придает ей индивидуальную неповторимость.

В современном российском частном праве к господствующим источникам права относятся нормативные правовые акты, нормативные договоры и правовые обычаи.⁵ В Программе «Становление и развитие частного права в России», утвержденной Указом Президента РФ от 7 июля 1994 г. № 1473,⁶ подчеркивается, что частное право основывается на исторических правовых традициях, основным источником должно считать Гражданский кодекс РФ и принятые в соответствии с ним другие акты гражданского законодательства.

В разных государствах традиционными (типичными) признаются различные источники права. Современный этап мирового развития характеризуется глобализацией, которая затронула все области жизнедеятельности государств, в том числе национальные правовые системы. На сегодняшний

³ *Вопленко Н. Н.* Источники и формы права: Учеб. пособие. Волгоград, 2004. С. 23.

⁴ *Сигалов К. Е.* Смысловой каркас категории «среда права» // *Юридический мир.* 2008. № 4.

⁵ См.: *Белых В. С.* Правовое регулирование предпринимательской деятельности в России. М., 2005. С. 94.

⁶ Указ Президента РФ от 07.07.1994 № 1473 «О программе “Становление и развитие частного права в России”» // *Собрание законодательства РФ.* 1994. № 11. Ст. 1191.

день – это объективное явление, остановить которое невозможно.

Для права глобализация означает его денационализацию, универсализацию юридического языка, норм, создание универсальных юридических инструментов.⁷ Она характеризуется постепенным стиранием существующих правовуюльтурных традиций, универсализацией и стандартизацией права.

Под воздействием данного феномена государства идут несколькими путями. Один из них, наиболее востребованный, осуществление постепенной модернизации правовой системы путем заимствования чужого правового опыта с сохранением собственных правовых традиций. Данный путь развития предпочтителен и для нашего государства.

Современная глобализация предполагает, что в национальную правовую систему привносятся правовые явления, не являющиеся для нее традиционными. При этом тем основным элементом, который объективно подвергается трансформации в процессе глобализации, по нашему мнению, становится источник права. Государства перенимают опыт регулирования общественных отношений, который является традиционным для данных стран.

Полагаем, далее, что нетрадиционные источники права, которые играют важную роль в правовом регулировании частноправовых отношений в Российской Федерации, рассматривать системно и их система должна включать:

- судебный прецедент;
- судебную практику;
- правовой обычай, обычаи делового оборота, деловые обыкновения, заведенный порядок;
- частноправовую доктрину;
- основные начала (принципы) частного права, закрепленные в законодательстве РФ;
- основные начала (принципы) частного права, не закрепленные в законодательстве, но вытекающие из общего его смысла.

Критерием классификации нетрадиционных источников права при этом избирается возможность тех или иных явлений действительности, официально признанных в качестве формально-юридических источников.

К первой группе нетрадиционных источников частного права предлагается отнести те из них, которые так или иначе предусмотрены в качестве формально-юридических источников. Их нетрадиционность состоит в том, что они носят субсидиарный характер и применяются при регулировании частноправовых отношений в исключительных случаях. К данной группе

⁷ Стрельников К. А. Правовая глобализация // Юридический мир. 2008. № 10.

нетипичных источников российского частного права можно отнести:

- судебный прецедент;
- обычай делового оборота;
- основные начала (принципы) частного права, закрепленные в законодательстве РФ.

Вторую группу нетрадиционных источников частного права составляют те, которые не могут выступать в качестве формально-юридического источника. Они не содержат нормы права, однако играют роль дополнительного правового средства, необходимого для обеспечения единообразного регулирования частноправовых отношений. К рассматриваемой группе можно отнести:

- судебную практику;
- правовой обычай, деловые обыкновения, заведенный порядок;
- частноправовую доктрину;
- основные начала (принципы) частного права, не закрепленные в законодательстве, но вытекающие из общего его смысла.

Представляется, что приведенная классификация нетрадиционных источников частного права позволит глубже понять роль каждого из них в правовом регулировании, оптимизировать способы их использования субъектами частного права.

Таким образом, с учетом специфики и признаков *нетрадиционных источников права*, их можно определить, как систему юридических явлений, состоящую из нормативных предписаний, нехарактерных для конкретной правовой системы, носящих субсидиарный характер применения, а также ненормативных предписаний, необходимых для обеспечения единообразного регулирования общественных отношений и учитываемых правоприменительными органами при разрешении споров.

Особенность российской правовой системы состоит в том, что наиболее сложной и дискуссионной ее частью является система нетрадиционных источников права, представленных правовыми обычаями, судебной практикой, правовой доктриной и т. д. Нетрадиционные источники права – не просто дополнение к нормативным правовым актам, а самостоятельная система, обусловленная своеобразием правовой традиции России. Поэтому законодатель и правоприменитель не могут не учитывать объективно складывающиеся в общественной жизни нормы поведения, которые оформляются в виде нетрадиционных источников права.

КОНСТИТУЦИОННОЕ ПРАВОСУДИЕ

С. Л. Сергеевнин*

КОНСТИТУЦИОННАЯ МОДЕРНИЗАЦИЯ И КОНСТИТУЦИОННОЕ ПРАВОСУДИЕ В КОНТЕКСТЕ ПРАВОВОЙ ГОСУДАРСТВЕННОСТИ

Ключевые слова: конституционное право, конституционное правосудие, правовое государство, конституционные принципы, Конституционный Суд.

Аннотация: В работе рассматриваются вопросы развития Конституции в соответствии с реальностями современного уровня общественного развития. Исследуется значение судебного нормоконтроля в целом, так и роль Конституционного Суда РФ в сфере толкования Конституции.

Key words: constitutional justice, reforms in the judicature, the Constitutional Court.

Annotation: Constitutional renovation and constitutional justice in the context of the legal state system.

The article is devoted to the urgent problems of the constitutional justice reforming and supervising the work of the judicature. The judicial interpretations of the RF Constitution made by the Constitutional Court are observed.

1. С учетом того обстоятельства, что не только, а в определенных случаях, и не столько буква, сколько реальное социальное наполнение конституционных норм, принципов, конструкций («дух» Конституции) является основой правовой государственности, на повестку дня выходит проблема актуализации («оживления») действующей Конституции как формально-юридического источника ограниченного количества конституционных норм.

Конституция Российской Федерации не может рассматриваться

* Доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой теории и истории права и государства Северо-Западной академии государственной службы.

в качестве застывшего юридического памятника. В противном случае существует реальная угроза существенного снижения уровня легитимности Основного закона как показателя народного (национального) признания, одобрения, доверия к нему в общественном сознании (обыденный (ординарный)) уровень конституционного правосознания.

В то же время, если не будет адекватной современным общественным потребностям актуализации конституционного текста, неизбежно возникнут проблемы реализации конституционных нормативных положений в правоприменительной практике. Под большим вопросом окажется реальность, жизненность нормы о прямом действии Конституции (ст. 15). Выхолащивание нормативного содержания указанной нормы, превращение ее в пустую декларацию будет напрямую обуславливать понижение конституционного правосознания правоприменителей, прежде всего в системе государственной службы, в более широком плане – в системе государственного аппарата (профессиональный уровень конституционного правосознания).

Очевидно, что неуважение к Конституции – явление опасное как в конкретной социально-экономической ситуации, так и в отдаленной перспективе. С неуважения к Основному закону начинается поверхностное, несерьезное отношение к ординарному законодательству, становится проблематичной надлежащая его реализация. В условиях же достаточно низкого уровня знания догмы права населением, сопряженного (к великому сожалению) с отечественным – недвусмысленно несерьезным – отношением к таким способам правореализации, как соблюдение запретов и исполнение позитивных обязанностей, с традиционной установкой либо на пассивно-индифферентное (мотивация – соблюдаю, ибо иначе буду наказан), либо на маргинальное (мотивация – соблюдаю, но нарушу при первой же возможности) поведение в правовой сфере – появляется опасность размывания конституционно-правовых основ, а далее и собственно правовых основ правовой государственности.

Общество и государство обязаны выработать действенные общесоциальные и специально-юридические механизмы, позволяющие, с одной стороны, дезавуировать дефекты конституционно-правового сознания и, с другой, обеспечить реальную защиту Конституции. При этом имеется в виду как нормативный текст, так и его социально-реальное, актуализированное применительно к данной конкретной ситуации, уровню развития и качественным характеристикам общественных отношений, содержание (в известном смысле – «живая» Конституция).

Наиболее существенную, если не определяющую роль в механизме охраны Конституции играет судебная система. Представляется, что суды общей и арбитражной юрисдикции, в случае обнаружения предполагаемого несоответствия примененного либо подлежащего применению в конкретном деле закона Конституции, могут более активно использовать право на обращение при рассмотрении указанного дела в любой инстанции с запросом в Конституционный Суд (с одновременным приостановлением производства по делу или исполнения вынесенного судом по делу решения) (ст. 101, 103 Федерального конституционного закона «О Конституционном Суде Российской Федерации»).

Не менее важна роль самого Конституционного Суда. По большому счету, он является величайшим изобретением юридической цивилизации в условиях именно правовой государственности. Только орган конституционной юстиции в системе государственно-властного механизма, проверяя закон на соответствие Конституции, ставит точку в общесоциальном конфликте по поводу расхождения между государственно оформленной волей (законом как формально-юридическим источником права) и правом как связывающей государственную деятельность идеей, системной совокупностью принципов, нормативных предписаний высшей степени обобщения (в известном смысле гунд-норм национальной Конституции, если использовать терминологию Г. Кельзена).

Можно говорить о трех подходах, трех уровнях понимания соотношения правовой идеи и правовой материи, идеологии юридической справедливости и ее нормативного воплощения в системе соответствующих правовых предписаний, права и закона в широком смысле.

Во-первых, может быть такое понимание, при котором не государственная воля связана правом, а напротив, само право по существу сводится к системе государственно-властных нормативных предписаний (этатизм; в худшей версии государственно-правового развития – тоталитаризм), хотя в классическом правопонимании государственно-волевой характер юридической нормы составляет лишь одну из ее качественных характеристик.

Во-вторых, существует представление (и на нем основывается соответствующая практика государственного строительства, нормотворчества и правоприменения), при котором государственная власть признает свою связанность им же созданным законодательством (своеобразный вариант юридического реализма). Однако поскольку лишь за властью признается прерогатива правотворчества, постольку сохраняется опасность произвола в

правотворческой деятельности государства по отношению к адресатам нормативных предписаний, сохраняется возможность разбалансировки в плане соблюдения фундаментального конституционного принципа равенства (с. 19 Конституции Российской Федерации). В этих условиях особенно важна роль Конституционного Суда как особого института, определяющего «меру права» в процессе проверки результата государственной нормотворческой деятельности (текущего, ординарного законодательства) на соответствие Конституции как результату прямого правотворчества (референдума) суверена (народа).

В-третьих, существует понимание, при котором государство признает себя жестко связанным правом, а не просто самим им созданным законодательством, и подчиняет этой связанности всю систему государственной деятельности, в том числе свое нормотворчество, результатом которого предполагается юридически справедливый, правовой закон.

2. Традиционно к характеристикам правового государства относят верховенство права как качественную особенность правовой системы, разделение властей как качественную особенность системы государственно-властного механизма с непререкаемым акцентом на особой роли судебной власти в системе властеразделения, наконец, наличие разветвленной системы конституционных и ординарно-законодательных гарантий, обеспечивающих подлинную реализацию прав и свобод человека и гражданина (иные характеристики правового государства, встречающиеся в литературе, в том числе взаимная ответственность государства и граждан, так или иначе взаимосвязаны, вытекают из содержания обозначенной триады).

В известном смысле можно утверждать, что юридическое (верховенство права) и государственное (разделение властей) качества правового государства призваны обеспечивать реальность третьей, гуманитарной, его характеристики – гарантированность прав и свобод личности. С одной стороны, только связанная правом государственная власть в своем волеизъявлении (нормотворческом и правоприменительном) в состоянии признать права и свободы человека и гражданина в качестве определяющих смысл, содержание своей деятельности (ст. 18 Конституции Российской Федерации). С другой стороны, органы публичной государственной власти могут обеспечить реализацию своей обязанности по признанию, соблюдению и защите прав и свобод человека и гражданина (ст. 2 Конституции Российской Федерации), лишь будучи самостоятельными и структурированными, исходя из своей правовой природы: как создающие правила поведения субъектов

права (законодательная власть), как участвующие в процессе реализации права в качестве правоприменителей (исполнительная власть), наконец, как обеспечивающие юрисдикционные процедуры (разрешение юридических споров – судебная власть).

Можно, далее, утверждать, что только в условиях правовой государственности возможна реализация подлинной глубинной сущности права в его социологическом срезе – неразрывное единство объективной и субъективной составляющих правового феномена (Л. С. Явич). Лишь исходящее от правового государства законодательство (система нормативного правового регулирования, воплощающая исходные принципы юридического равенства и правовой справедливости – объективное право), способно субъективироваться в конкретных правах и обязанностях участников соответствующих правоотношений (субъективные права и обязанности) таким образом, что, с одной стороны, правовой закон при наличии вышеперечисленных механизмов правового государства не сможет превратиться в библиотеку мертвых предписаний, либо в репрессивный кодекс произвола, а с другой – субъективные права и юридические свободы как воплощенное, субъективно реализованное объективное право будут при помощи тех же механизмов надежно защищены.

3. Действующий текст отечественной Конституции 1993 г. вполне адекватно воспроизводит принципиальные ценностные характеристики правового государства, провозглашая, например, человека, его права и свободы, высшей ценностью (ст. 2). Указанный конституционно-правовой принцип, представляющий собой одну из основ конституционного строя, получает закономерное развитие в иных нормативных положениях Конституции, в частности в ст. 17, провозглашающей признание и гарантированность прав и свобод человека и гражданина согласно общепризнанным принципам и нормам международного права и в соответствии с самой Конституцией.

Положения ст. 18 Конституции, провозглашая принцип прямого действия прав и свобод человека и гражданина, затрагивают другую важнейшую составляющую правового государства, а именно – фундаментальный принцип разделения властей как способ организации публичной власти. Содержание указанной конституционной нормы направлено на гуманизацию целеполагания в построении и функционировании государственного аппарата. Именно права и свободы человека и гражданина определяют смысл, содержание и применение законов, деятельность законодательной и исполнительной власти, обеспечиваются правосудием.

Важной иллюстрацией конституционного закрепления еще одной фундаментальной характеристики правового государства является перечисление целей, в пределах которых Основной закон (ст. 55) допускает ограничение федеральным законом прав и свобод человека и гражданина. По существу, в данном случае речь идет о связанности публичной власти правовым законом, т. е. о реальном верховенстве права, не допускающем издание законов, отменяющих или умаляющих права и свободы человека и гражданина, обозначающем границы государственно-властной дискреции в гуманитарной сфере (защита основ конституционного строя, нравственности, здоровья, прав и законных интересов других лиц, обеспечения обороны страны и безопасности государства).

4. Конституция, поскольку она является конструктивной основой правовой государственности, требует чрезвычайно бережного к себе отношения. В этой связи возникает вопрос о возможностях конституционного развития и о том, в какой мере динамика конституционных правоотношений, диктующая, порой весьма настойчиво, необходимость модернизации Конституции, может затрагивать устойчивость конституционной системы как оплота правовой государственности.

В этом направлении видится два основных пути движения к адаптации существующего конституционного нормативного массива реальностям современного уровня общественного развития. Во-первых, нельзя забывать о потенциальных возможностях внесения конституционных поправок и пересмотра Конституции (гл. 9). Указанный путь (он условно может быть назвать позитивистским) представляется малопродуктивным применительно к реальным отечественным условиям, поскольку Конституция сама по себе является сложным системным образованием и неосторожная частичная модернизация ее текста может повредить устойчивости конституционной конструкции как целого, поэтому в рамках данного пути конституционного развития (реформирования) более приемлемыми представляются точечные изменения отдельных нормативных конструкций.

Во-вторых, реализация регулятивного потенциала Конституции как нормативной основы правового государства возможна посредством деятельности Конституционного Суда Российской Федерации. Это единственный орган государственной власти в системе отечественного государственного механизма, за которым закреплено полномочие легального толкования федеральной Конституции. Данное направление обновления формально-юридического конституционного текста невозможно в рамках позитивист-

ской методологии. Здесь необходим более широкий подход к пониманию социально-правовых явлений и процессов, позволяющий выявить и артикулировать конституционные принципы, в том числе и те, которые непосредственно вербально не зафиксированы в тексте Конституции.

При этом под конституционными принципами следует понимать «юридизированные» конституционно значимые ценности. Совершенно очевидным представляется то обстоятельство, что сами по себе социальные ценности, имеющие конституционное значение, не могут не находиться в постоянной динамике. Именно по этой причине, оставаясь лингвистически неизменным, конституционный текст может и должен соответствовать реальным для данного конкретного исторического момента социальным ценностям. Это, однако, ни в коей мере не означает релятивизма Конституции.

Неизменность юридической Конституции сама по себе является существенной гарантией невозможности ревизии фундаментальных нормативных положений Основного Закона. (Отметим, что отсутствие данной возможности прямо вытекает из содержания и смысла нормативных положений ст. 16 Конституции Российской Федерации). И лишь в этих жестко формализованных рамках в условиях подлинно правового государства может осуществляться деятельность Конституционного Суда, направленная на адаптацию позитивной догмы Конституции к актуальным социальным ценностям, выработанным общественной жизнью до уровня принципов. Роль конституционной юстиции в данном случае сводится к поиску и анализу новых конституционных принципов (это, несомненно, и принципы правового государства) в целях их последующего включения в фактическую (реальную, живую) Конституцию посредством нормативного закрепления (юридизации) в соответствующих итоговых актах.

По существу аналогичная работа проводится Конституционным Судом при выработке новых правовых позиций в процессе выявления конституционно-правового смысла проверяемых нормативных положений ординарного законодательства. Ведь сохранить сомнительную с точки зрения сложившейся правоприменительной практики норму в правовой системе, придав ей новый содержательный смысл, можно лишь исходя из фундаментальных конституционных положений, которые, оставаясь в изначальном текстуальном воспроизведении, могут не поспевать за социальной реальностью, а потому требуют постоянной актуализации («оживления») и юридикто-технической адаптации посредством решений Конституционного Суда.

В этой связи вновь возникает вопрос о перечне форм (источников) отечественного права и о возможности включения в этот перечень актов Конституционного Суда. Немало воды утекло с тех пор, когда сама постановка вопроса о допустимости судебного прецедента в качестве формального источника права применительно к отечественной правовой системе (в свое время социалистического типа, а теперь – по существу относящейся к континентальной правовой семье) считалась порочной либо, по крайней мере, несерьезной. Однако реалии глобализационных процессов, в том числе в правовой сфере, постепенно расставляют все по своим местам, хотя опасения относительно «химеры судебного нормотворчества» продолжают существовать.

Мощный и, увы, неизбежный процесс конвергенции основных правовых систем современности (романо-германской и англо-саксонской) сопряжен с постоянным взаимопроникновением объективных свойств и характерных особенностей обеих семей, что не может не способствовать их взаимообогащению. Усиление роли судебной власти в системе государственного механизма, особенно в условиях правовой государственности, с одной стороны, помогает создать более совершенную и крепкую систему обеспечения конституционных прав и свобод граждан. С другой стороны, сам факт подключения судебного нормотворчества к механизмам государственного нормообразования играет роль своеобразного стимулятора классической континентальной (европейской) модели формирования (санкционирования) нормативно-значимых правил общественного поведения людей в лоне «представительно-властного», законодательного «сектора» системы разделения властей, способствует динамизации процесса функционирования законодательной власти.

В то же время всемерное и неизбежное усиление роли статутного права в англо-саксонской правовой семье помогает в определенном смысле ограничить, дисциплинировать работу судебной системы, дискреция которой в условиях правовой государственности не может не быть лимитирована правовым законом. Можно, по всей видимости, утверждать, что современное – «постклассическое» – восприятие принципа разделения властей (ст. 10 Конституции Российской Федерации) не может не предполагать более жесткого акцента на второй – после собственно разделения – фундаментальной составляющей этого принципа, а именно – на системе сдержек и противовесов. Последнее означает – исключительно в целях обеспечения принципов правового государства – более интенсивное взаимопроникнове-

ние нормоустановительных, нормоприменительных и нормостабилизирующих составляющих функционала классической триады законодательной, исполнительной и судебной власти.

Пристальное внимание к нормотворческим, а не только к правоприменительным и правоинтерпретационным возможностям судебной власти, с неизбежностью приводит к выводу о необходимости модернизации понимания конституционного принципа осуществления государственной власти на основе разделения на законодательную, исполнительную и судебную (принципа «разделения властей») (ст. 10 Конституции Российской Федерации). Общий взгляд на функциональное предназначение органов государственной власти, разнесенных по трем основным «ветвям», требует осознания того обстоятельства, что общесоциальное предназначение и имманентная правовая природа парламента заключается главным образом в представительстве. По сути, парламент есть конечный транслятор народного волеизъявления и по этой причине управомочен носителем суверенитета устанавливать наиболее фундаментальные и, следовательно, общие по своему правовому содержанию принципы существования и функционирования общества, из которых вытекает содержание издаваемых законодательным органом норм.

При этом указанный орган государственной власти не может быть изолирован от системы правореализации, как применительно к организации собственной работы (внутренний аспект правореализационных полномочий парламента), так и касательно возможностей принятия индивидуально-правовых актов, направленных в адрес иных игроков политико-юридического процесса – например, кадровые решения органа представительной власти (внешний аспект правореализационных полномочий парламента).

Парламент также функционально подключен к системе разрешения общественных конфликтов (например, отрешение от должности высших должностных лиц государства и т. п.), снятия социальных противоречий (эту функцию зачастую связывают с деятельностью судебной системы). Другое дело, что осуществление данного направления деятельности представительного органа возможно лишь посредством специфически парламентских средств, отражающих представительную природу этого органа государственной власти. Отметим также, что последняя рассмотренная функция представительных органов государственной власти не является основной и носит скорее вспомогательный характер.

Система органов исполнительной власти также не может быть от-

странена от нормотворческой деятельности, хотя терминологически может показаться, что нормотворческая составляющая не вполне совместима с правовой природой исполнительной власти. Однако иная постановка вопроса абсурдна и бессмысленна. Выполняя свое основное социальное предназначение – обеспечивать профессиональное управление общественными процессами, исполнительная власть не может достигать эту цель, не выполняя нормотворческую функцию по регулированию этих процессов. При этом очевидна специфика нормативного правового регулирования в исполнительной системе – значительно большая конкретизация правовых предписаний, оперативный, в известном смысле даже инструктивный их характер. В этих особых предписаниях находят реализацию принципы и общие нормы, издаваемые органом народного представительства.

В то же время невозможно отрицать участие органов исполнительной власти в механизмах разрешения правовых споров, прежде всего в управленческой сфере, в области административных правоотношений. Разумеется, выполнение последней функции обеспечивается исполнительной властью (бюрократией) посредством специфических управленческих средств, не имеющих отношения к судебной процедуре и носящих субсидиарный характер применительно к основному направлению деятельности бюрократической системы – позитивному социальному управлению.

Наконец, судебная власть, исполняя свое основное социальное предназначение – обеспечение баланса развивающейся общественной системы, достигает эту цель посредством разрешения правовых споров в процессе судопроизводства и, таким образом, приводит разбалансированную в результате правонарушения (системы правонарушений) социальную систему в состояние правового равновесия. При этом основная функция – собственно судебная деятельность – заключается в разрешении конкретного правового спора (судить и рассуживать людей).

Однако деятельность судебной власти не может быть этим ограничена. На определенном этапе ее развития появляется квазисудебная функция, состоящая в оценке законности правового акта (судить документ). В процессе нормоконтроля с неизбежностью возникает нормотворческая функция суда, который оперативно и профессионально может снять общественное противоречие посредством аутентичного восполнения пробела, образующегося в результате собственной нормоконтрольной деятельности суда.

Нелепо отрицать огромное регулятивное значение, которое имеют

постановления пленумов Верховного Суда Российской Федерации и Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. Ознакомление с текстами указанных постановлений во многих случаях дает основания для размышлений о соотношении судебной интерпретации юридической нормы и собственно нормотворческим процессом. В качестве примера можно привести постановление пленума Высшего Арбитражного суда РФ от 23 июля 2009 г. № 57 «О некоторых процессуальных вопросах практики рассмотрения дел, связанных с неисполнением либо ненадлежащим исполнением договорных обязательств».

Зачастую грань между нормативной образующей и интерпретационной составляющей судебных решений столь тонка, что в пору говорить, как это уже часто имеет место в современной специально-правовой литературе, о смешанной правовой природе – о нормативно-интерпретационном характере судебных актов, являющихся результатом обобщения судебной практики и одновременно определяющих вектор дальнейшего развития этой практики. Следует особо подчеркнуть ценность постепенного, но неуклонного проникновения в отечественную правовую культуру признания нормативности решений Конституционного Суда Российской Федерации, учета содержащихся в них правовых позиций при формировании общей и арбитражной юрисдикционной практики, включения прямых ссылок на соответствующие акты Конституционного Суда Российской Федерации в текст судебных решений в качестве их обоснования.

Важно отметить и то обстоятельство, что для судебной власти не исключена также исполнительная функция. При этом по аналогии с системой законодательных органов государственной власти она не является профилирующей при оценке правовой природы судебной власти, однако также имеет внутреннюю и внешнюю направленность. Внутренний аспект правоисполнительной функции суда сводится к принятию соответствующих правовых актов, касающихся организации его работы в качестве органа государственной власти. Внешний же аспект затрагивает включенность судебных органов в систему сдержек и противовесов, являющуюся непосредственной составляющей системы разделения властей.

Таким образом, каждая из систем государственной власти (законодательной, исполнительной, судебной), разделенных с точки зрения различий своего социального предназначения, обладает соответствующим набором функций, а именно – нормотворческой, правоисполнительной и юрисдикционной. Каждая из указанных систем государственной власти осуществ-

влияет издание общеобязательных правил поведения, является участником управленческого процесса (в широком смысле), наконец, задействована в снятии общественных противоречий посредством разрешения юридических споров. При этом каждая из ветвей государственной власти использует специфический, только ей присущий набор правовых средств выполнения этих функций, и именно указанная специфика предопределяет особенности правовой природы каждой из систем государственной власти. Важно, конечно, помнить, что для каждой из них приоритетной является лишь одна из трех основополагающих функций. Остальные имеют лишь субсидиарное значение.

Говоря о судебном нормотворчестве, мы по существу ведем речь о вновь возникающей системе взаимного дискреционного сдерживания в паре «законодатель – суд», поскольку нормотворчество и того, и другого способствует очевидному качественному совершенствованию его профессиональной деятельности. Получая недвусмысленный нормообразующий сигнал от Конституционного Суда, Федеральное Собрание имеет возможность устранения дефектов, очищения системы правового регулирования от «юридического мусора». Причем вектор законодательной модернизации уже задается нормой судебного постановления, содержащей конституционно-правовой смысл той жизненной ситуации, того сплетения общественных отношений, регулирование которых в итоговом акте Конституционного Суда признается порочным.

Однако данная логика должна быть завершенной. Имеется в виду то немаловажное обстоятельство, что согласно положениям ч. 4 ст. 79 Федерального конституционного закона «О Конституционном Суде Российской Федерации» в случае признания решением Конституционного Суда Российской Федерации нормативного правового акта не соответствующим Конституции Российской Федерации полностью или частично, либо в случае, если из содержания такого решения вытекает необходимость устранения возникшего пробела в правовом регулировании, до принятия соответствующего нового нормативного правового акта непосредственному применению подлежит Конституция Российской Федерации.

Очевидным представляется то, что именно конституционно-правовые принципы, причем как текстуально воспроизводимые в соответствующих нормах Основного Закона, так и выводимые посредством имеющей особую правовую природу процедуры конституционного судопроизводства («дух Конституции»), положенные в обоснование неконституционности

дисквалифицированной законодательной нормы – являются направляющими непосредственного применения Конституции. По сути именно эти принципы призваны создать каркас новой системы правового регулирования применительно к соответствующему участку общественных отношений. Законодатель не вправе осуществить в данном случае нормоустановление вне контекста либо тем более вопреки контексту выявленного конституционно-правового смысла спорной нормативной ситуации.

В случае же если Конституционный Суд при формулировании своего решения использует технико-юридический алгоритм восполнения правового пробела по принципу «до момента принятия законодателем соответствующего акта следует исходить из следующего нормоположения...», мы являемся свидетелями появления судебной нормы, обеспечивающей прямое действие Конституции, необходимость которого вытекает из законодательных предписаний ч. 1 ст. 15 Конституции Российской Федерации и части 4 ст. 79 Федерального конституционного закона «О Конституционном Суде Российской Федерации». С одной стороны, данная судебная норма восполняет юридический пробел, неизбежно создаваемый в результате дисквалификации правовой нормы в конституционном процессе, следовательно, обеспечивает непрерывность правового регулирования соответствующей группы социальных отношений и стабильность функционирования общественной системе в соответствующем ее секторе.

С другой стороны, такое судебное нормативное предписание правомерно ограничивает дискрецию законодательной власти в ходе осуществления правового регулирования уже на стадии законотворчества. Это, например, Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 15 января 1998 г. № 3-П по делу о проверке конституционности статей 80, 92, 93 и 94 Конституции Республики Коми и статьи 31 Закона Республики Коми от 31 октября 1994 года «Об органах исполнительной власти в Республике Коми»; Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 23 декабря 1999 г. № 18-П по делу о проверке конституционности отдельных положений статей 1, 2, 4 и 6 федерального закона от 4 января 1999 года «О тарифах страховых взносов в Пенсионный фонд Российской Федерации, Фонд социального страхования Российской Федерации, Государственный фонд занятости населения Российской Федерации и в фонды обязательного медицинского страхования на 1999 год» и статьи 1 федерального закона от 30 марта 1999 года «О внесении изменений и дополнений в федеральный закон “О тарифах страховых взносов в Пенсионный фонд

Российской Федерации, Фонд социального страхования Российской Федерации, Государственный фонд занятости населения Российской Федерации и в фонды обязательного медицинского страхования на 1998 год”» в связи с жалобами граждан, общественных организаций инвалидов и запросами судов; Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 18 февраля 2000 г. № 3-П по делу о проверке конституционности пункта 2 статьи 5 федерального закона «О прокуратуре Российской Федерации» в связи с жалобой гражданина Б. А. Кехмана; Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 15 марта 2005 г. № 3-П по делу о проверке конституционности положений пункта 2 статьи 278 и статьи 279 Трудового кодекса Российской Федерации и абзаца второго пункта 4 статьи 69 федерального закона «Об акционерных обществах» в связи с запросами Волховского городского суда Ленинградской области, Октябрьского районного суда города Ставрополя и жалобами ряда граждан; Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 11 мая 2005 г. № 5-П по делу о проверке конституционности статьи 405 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации в связи с запросом Курганского областного суда, жалобами Уполномоченного по правам человека в Российской Федерации, производственно-технического кооператива «Содействие», общества с ограниченной ответственностью «Карелия» и ряда граждан; Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 27 апреля 2001 г. № 7-П по делу о проверке конституционности ряда положений Таможенного кодекса Российской Федерации в связи с запросом Арбитражного суда города Санкт-Петербурга и Ленинградской области, жалобами открытых акционерных обществ «Автоваз» и комбината «Североникель», обществ с ограниченной ответственностью «Верность», «Вита-Плюс» и «Невско-балтийская транспортная компания», товарищества с ограниченной ответственностью «Совместное российско-южноафриканское предприятие “Эконт”» и гражданина А. Д. Чулкова; Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 2 апреля 2002 г. № 7-П по делу о проверке конституционности отдельных положений закона Красноярского края «О порядке отзыва депутата представительного органа местного самоуправления» и закона Корякского автономного округа «О порядке отзыва депутата представительного органа местного самоуправления, выборного должностного лица местного самоуправления в Корякском автономном округе» в связи с жалобами заявителей А. Г. Злобина и Ю. А. Хнаева; Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 12 апреля 2002 г. № 9-П по делу о про-

верке конституционности положений статей 13 и 14 федерального закона «Об общих принципах организации законодательных (представительных) и исполнительных органов государственной власти субъектов Российской Федерации» в связи с жалобой гражданина А. П. Быкова, а также запросами Верховного Суда Российской Федерации и Законодательного собрания Красноярского края; Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 14 июля 2005 г. № 9-П по делу о проверке конституционности положений статьи 113 Налогового кодекса Российской Федерации в связи с жалобой гражданки Г. А. Поляковой и запросом Федерального арбитражного суда Московского округа; Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 10 июля 2007 г. № 9-П по делу о проверке конституционности пункта 1 статьи 10 и пункта 2 статьи 13 федерального закона «О трудовых пенсиях в Российской Федерации» и абзаца третьего пункта 7 Правил учета страховых взносов, включаемых в расчетный пенсионный капитал, в связи с запросами Верховного Суда Российской Федерации и Учалинского районного суда Республики Башкортостан и жалобами граждан А. В. Докукина, А. С. Муратова и Т. В. Шестаковой; Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 14 ноября 2005 г. № 10-П по делу о проверке конституционности положений пункта 5 статьи 48 и статьи 58 федерального закона «Об основных гарантиях избирательных прав и права на участие в референдуме граждан Российской Федерации», пункта 7 статьи 63 и статьи 66 федерального закона «О выборах депутатов Государственной Думы Федерального Собрания Российской Федерации» в связи с жалобой Уполномоченного по правам человека в Российской Федерации; Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 12 июля 2007 г. № 10-П по делу о проверке конституционности положения абзаца третьей части первой статьи 446 Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации в связи с жалобами граждан В. В. Безменова и Н. В. Калабуна и другие.

При этом практика Конституционного Суда Российской Федерации в одних случаях идет по пути изложения судебной нормы в виде конкретного предписания, содержащегося в резолютивной части решения (например, Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 23 декабря 1999 г. № 18-П), в других случаях резолюция Конституционного Суда Российской Федерации дает предписание правоприменителю исходить из содержания правовых позиций, изложенных в мотивировочной части решения, освещая необходимость обеспечения непосредственного применения

Конституции соответствующими конституционно значимыми ценностями (например, недопущение несоразмерных ограничений права граждан на личное проведение предвыборной агитации против всех кандидатов за счет собственных денежных средств – Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 14 ноября 2005 г. № 10-П; недопущение несоразмерных ограничений имущественных прав граждан-должников и кредиторов, как субъектов гражданского оборота земельных участков – Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 12 июля 2007 г. № 10-П и т. п.).

Следует подчеркнуть далее, что, например, такая современная форма систематизации нормативных правовых актов, как компьютерный учет, уже давно активно интегрирует нормативные правовые позиции Конституционного Суда в текст законодательных и иных нормативных правовых актов органов государственной власти. При этом не возникает вопрос о правомерности подобной интеграции нормативного материала. Это к тому же всемерно способствует максимальному достижению одной из важнейших задач систематизации – обеспечению удобства пользования нормативным материалом в процессе правоприменения.

Более того, непосредственное включение в текст нормативных актов конституционно-судебных норм (пусть пока в форме неофициального кибернетического учета в рамках нормативных правовых баз) во всяком случае способствует обеспечению единственно возможного варианта применения нормы закона с неременным учетом и в строгом соответствии с выявленным Конституционным Судом Российской Федерации ее конституционно-правовым смыслом. Совершенно очевидным представляется то обстоятельство, что после принятия соответствующего решения Конституционного Суда Российской Федерации применение нормы закона либо иного нормативного правового акта возможно исключительно в рамках ее нового конституционно значимого содержания. Иной характер правоприменения свидетельствовал бы о фактически противоречащей Конституции деятельности юрисдикционных и иных правоприменительных органов, что с точки зрения общей оценки функционирования государственного механизма представляется абсолютно недопустимой юридической аномалией.

Аналогичная оценка может быть распространена также на три основные формы самореализации права в рамках более общего процесса его осуществления (наряду с правоприменением) – осуществление субъективных прав, исполнение юридических обязанностей, соблюдение запретов,

т. е. тех форм правореализации, при которых граждане достигают соответствующих правовых результатов посредством разнообразных правоотношений, не прибегая к помощи структур государственного механизма. В этом случае «конституционно обновленная» решением Конституционного Суда Российской Федерации норма также не может быть реализована соответствующим субъектом (гражданином) вне ее нового (подлинного) конституционного контекста, поскольку иной подход затрагивал бы сами основы правопорядка.

Следует обратить внимание на то немаловажное обстоятельство, что решения Конституционного Суда Российской Федерации могут признавать проверяемую норму не соответствующей, так и «условно соответствующей» Конституции, т. е. сохраняющейся в правовой системе лишь постольку, поскольку это допускает выявленный Конституционным Судом Российской Федерации ее конституционно-правовой смысл (при условии ее применения в строгом соответствии с этим смыслом).

В первом случае – полная дисквалификация нормы – решение Конституционного Суда в целях обеспечения принципа стабильного функционирования правовой системы должно содержать меры, направленные на преодоление возникающего в такой ситуации правового пробела: определять порядок вступления решения в силу, а также порядок, сроки и особенности его исполнения и опубликования в соответствии с положениями п. 12 ч. 1 ст. 75 Закона «О Конституционном Суде Российской Федерации»; давать соответствующие поручения (предложения) включенным в нормотворческий процесс органам государственной власти, относительно принятия в необходимые сроки нормативных актов, которые восполняли бы возникший пробел в правовом регулировании; устанавливать временное регулирование общественных отношений впредь до законодательного восполнения нормативного пробела в случае невозможности применения принципов аналогии закона и аналогии права (например, если нормативная дисквалификация имела место в сфере регулирования посредством императивных правовых средств административных, уголовных и иных отношений). Последний вариант по существу наполняет содержанием известный постулат непосредственного применения Конституции до принятия нового нормативного акта в случае дисквалификации соответствующей нормы (ч. 4 ст. 79 Закона «О Конституционном Суде Российской Федерации»).

В другом случае – признание нормы «условно конституционной», т. е. отвечающей критериям конституционности лишь в пределах требова-

ний к ее содержанию, установленных соответствующим решением Конституционного Суда Российской Федерации, в котором норма признана соответствующей Конституции, но лишь в том смысле, который выявлен данным решением (в этом случае можно говорить о частичной либо смысловой дисквалификации нормы) – пробел в правовом регулировании фактически отсутствует. Ведь в указанной ситуации дисквалифицированной по существу оказывается правоприменительная практика, поскольку последняя разошлась с подлинным конституционным смыслом нормы и ее сохранение означало бы признание правомерности неконституционного правоприменения, что со всей очевидностью является недопустимым.

Пробел, таким образом, оказывается преодоленным самим решением Конституционного Суда, содержащим новое и единственно возможное в последующей правоприменительной деятельности истолкование нормы, представляющее собой по сути новый нормативно-судебный текст. Однако отсутствие регулятивного пробела в случае смысловой дисквалификации нормы не означает отсутствия необходимости соответствующей государственно-властной деятельности по приведению частично дисквалифицированного нормативного материала (формально и текстуально сохраняющегося в нормативном акте) в соответствие с его новым конституционно-правовым смыслом. Следовательно, и в этом случае необходимым представляется включение механизма нормотворчества, в том числе и по причине «континентальности» отечественной правовой системы. Конституционно-судебное решение, имеющее свою ярко выраженную нормативную составляющую, инициирует титульное (легальное) нормотворчество, призванное, в свою очередь, обеспечить завершенность своеобразного процесса юридической инвентаризации, первоначальником которого выступает возникший конституционно-судебный спор, вызванный, в том числе, причинами брака законодательной деятельности.

ПРАВОВАЯ ПОЛИТИКА

З. С. Байниязова*

АКТУАЛЬНЫЕ ВОПРОСЫ РАЗВИТИЯ РОССИЙСКОЙ ПРАВОВОЙ СИСТЕМЫ НА СОВРЕМЕННОМ ЭТАПЕ

Ключевые слова: правовая политика, правовая система, правовая реформа, глобализация, Конвенции о защите прав человека и основных свобод, имплементация, международное право.

Аннотация: В статье отмечается возрастание значения правовой системы в условиях проводимой в обществе правовой реформы; доказывається, что это связано с процессами обеспечения прав и свобод человека и гражданина, бурно развивающейся правотворческой деятельностью государства, активно происходящими процессами взаимодействия международного и национального права в условиях интеграции и глобализации, формированием и развитием институтов гражданского общества и правового государства.

Key words: Russian legal system, international and national law, civil society.

Annotation: Urgent problems of the development of the Russian legal system. There is a description of the urgent problems in the Russian legal system at the present stage in the article. First of all the significance of the law system in the society is connected with the processes of providing human rights and freedoms, developing lawmaking activities of the state, coordinated actions of international and national law in the conditions of integration and globalization, and establishing and developing institutes of the civil society and constitutional state.

Современная российская правовая система является недостаточно эффективной, разбалансированной, не может в полной мере оптимально

* Кандидат юридических наук, доцент кафедры теории государства и права Саратовского государственного университета имени Н.Г. Чернышевского. E-mail: zulfiyas@yandex.ru

выполнять свои функции. По словам Н. И. Матузова, «российская правовая система переживает трудный период своего становления и развития».¹ По сравнению с периодом 90-х годов XX века перед отечественной правовой системой появились новые цели, обусловленные изменением многих ценностных параметров ее функционирования в общественной жизни. В связи с этим необходимо на теоретическом уровне определить и проанализировать актуальные вопросы правовой системы России.

В условиях проводимой в обществе правовой реформы значение правовой системы возрастает. Прежде всего это связано с процессами обеспечения прав и свобод человека и гражданина, бурно развивающейся правотворческой деятельностью государства, активно происходящими процессами взаимодействия международного и национального права в условиях интеграции и глобализации, формированием и развитием институтов гражданского общества и правового государства.

Конституция РФ закрепила демократический характер правовой системы, ее гуманистическую направленность. На нормативном уровне это закреплено в ст. 2 и ст. 18 Конституции РФ. Первая широко известна и очень часто приводится в юридической литературе: «Человек, его права и свободы являются высшей ценностью. Признание, соблюдение и защита прав и свобод человека и гражданина – обязанность государства». Положения ст. 18 также важны для государственной и юридической деятельности с точки зрения официальной практики Российского государства. В данной статье закреплено, что «права и свободы человека и гражданина являются непосредственно действующими. Они определяют смысл, содержание и применение законов, деятельность законодательной и исполнительной власти, местного самоуправления и обеспечиваются правосудием». Акцентированность на ценности, приоритете прав и свобод человека и гражданина – одна из важнейших особенностей современной российской правовой системы. Вместе с тем законодательное закрепление гарантий прав и свобод должно подкрепляться реальным механизмом их осуществления, что невозможно без проведения государством активной правовой политики в этой сфере. Как верно отмечает О. Ю. Рыбаков, «в отношении прав и свобод должна проводиться определенная политика, которая бы увязывала в единую систему существующие проблемы и, что самое главное, указывала бы пути их решения».² Правовая политика ориентирует общество и соответствующие

¹ Матузов Н. И. Актуальные проблемы теории права. Саратов, 2003. С. 105.

² Рыбаков О. Ю. Российская правовая политика в сфере защиты прав и свобод

органы государства и местного самоуправления на защиту прав и законных интересов субъектов.³

В реализации этого направления правовая система и правовая политика должны быть скоординированы, взаимосогласованы, функционально целенаправлены. Обеспечение прав и свобод человека и гражданина следует рассматривать как важный приоритет общесоциального значения, необходимый для функционирования всей правовой системы, который определяет переход к устойчивому развитию российского общества. В соответствии с положениями Венской декларации и программой действия от 25 июня 1993 г. государства несут обязанность не только поощрять, но и защищать все права человека и основные свободы.⁴ Всякого рода отступление от этого положения является отходом от принципа соблюдения международных обязательств.

Не менее важным вопросом современной российской правовой системы является правотворческая деятельность государства. Современное Российское государство характеризуется активной правотворческой, в особенности законотворческой, деятельностью, как на федеральном, так и региональном уровне. Зачастую это приводит к несоответствию регионального законодательства федеральному. Конституция РФ в ст. 71 и ст. 72 определила основы нормотворческой деятельности Российской Федерации и ее субъектов. Это базовые нормы, из которых следует исходить региональным органам государственной власти в процессе правотворческой деятельности. Без четко налаженной системы взаимодействия федеральных и региональных органов государственной власти в области правотворчества невозможно обеспечить единство и стабильность правовой системы. Оптимальное соотношение федерального и регионального законодательства является одним из обязательных условий совершенствования российской правовой системы, тогда как несоответствия между ними приводят к правовому дисбалансу, снижают эффективность правовой системы и приводят к ее противоречивому характеру. Противоречия в правовой системе ведут к деформации и дискредитации идеи права и законности.⁵ Поэтому содержание региональных нормативно-правовых актов не должно противоречить

личности. СПб., 2004. С. 21.

³ См.: Малько А. В. Правовая политика в условиях правовой реформы в современной России // Правовая политика России: теория и практика. М., 2006. С. 54.

⁴ См.: Международное публичное право. Сборник документов. М., 1996. Т. 1.

⁵ Лукашева Е. А. Совершенствование деятельности государства – необходимое условие обеспечения прав человека // Государство и право. 2005. № 5. С. 64.

федеральному законодательству, законодательство должно выступать единой, внутренне согласованной системой правовых актов.⁶

На необходимость обеспечения согласования федерального и регионального законодательства указывается в ряде нормативно-правовых актов. В частности, в ч. 2 ст. 3. Федерального закона от 6 октября 1999 г. «Об общих принципах организации законодательных (представительных) и исполнительных органов государственной власти субъектов Российской Федерации» закреплено требование в течение трех месяцев после принятия федерального закона привести в соответствие законодательство субъектов Российской Федерации.⁷

Актуальной является разработка определенных концептуальных положений по формированию законодательства в Российской Федерации, в которых закреплялись бы основы соотношения федерального и регионального законодательства. С этим связана другая, не менее важная проблема – это формирование качественного законодательства. К сожалению, в этой сфере имеется масса неразрешенных вопросов, причиной которых является отсутствие единых концептуальных подходов. Качество законодательства влияет на качество правовой системы. Само «качество принимаемых законов и законодательства в целом напрямую зависит от того, насколько четко отлажен механизм подготовки и рассмотрения законопроектов, издания законов».⁸ Если обратиться к Указу Президента РФ от 3 июня 1996 г. «Об основных положениях региональной политики в Российской Федерации», то в нем определены основы взаимодействия федеральных и региональных органов государственной власти в области принятия законов, которые и определяют те правила, какими необходимо руководствоваться регионам в своей законотворческой деятельности. В частности, закрепляется: «Законотворческий процесс в сфере региональной политики должен быть направлен на гармонизацию отношений между федеральным центром и субъектами Российской Федерации. Следует совершенствовать законодательный процесс таким образом, чтобы мнение субъектов Российской Федерации учитывалось на этапе разработки концепций законопроектов».⁹ Кроме того существуют Постановление Правительства РФ от 2 августа 2001 г. «Об

⁶ Рыбаков О. Ю. Российская правовая политика ... С. 152; Концепции развития российского законодательства / Под. ред. Т. Я. Хабриевой, Ю. А. Тихомирова, Ю. П. Орловского. М., 2004. С. 63.

⁷ Собрание Законодательства РФ. 1999. № 42. Ст. 5005.

⁸ Концепции развития российского законодательства... С. 55.

⁹ СЗ РФ. 1996. № 23. Ст. 2756.

утверждении основных требований к концепции и разработке проектов федеральных законов»¹⁰ и Постановление Правительства РФ от 30 апреля 2009 г. «О мерах по совершенствованию законопроектной деятельности Правительства Российской Федерации»¹¹. В них содержатся направления работы Правительства РФ концептуального, организующего, системного характера в области законопроектной деятельности. В частности, в первом постановлении содержатся требования принципиального характера, предъявляемые к концепции законопроекта Правительства РФ: «Концепция законопроекта представляет собой документ, в котором должны быть определены: основная идея, цели и предмет правового регулирования, круг лиц, на которых распространяется действие законопроекта, их новые права и обязанности, в том числе с учетом ранее имевшихся; место будущего закона в системе действующего законодательства с указанием отрасли законодательства, к которой он относится, положений Конституции Российской Федерации, федеральных конституционных законов и системообразующих законов Российской Федерации, на реализацию которых направлен данный законопроект, а также значение, которое будет иметь законопроект для правовой системы (выделено мной – З. Б.); общая характеристика и оценка состояния правового регулирования соответствующих общественных отношений с приложением анализа действующих в этой сфере законов и иных нормативных правовых актов».

В правовой системе России закон является таким правовым актом, используя который законодатель устанавливает фундаментальные основы системы законодательства. Но актуальной проблемой для российской действительности является не увеличение законов, а позитивное оформление права через закон и его дальнейшее претворение в жизнь.

Особое внимание необходимо уделять процессу реализации законов. К сожалению, в российской правовой системе наблюдаются диспропорции в правотворческой и правоприменительной деятельности, отсутствие их диалектического соотношения, органичного единства. Это негативным образом отражается на состоянии правовой системы, правовой действительности и приводит к понижению уровня правового развития общества. Важно гармоничное соединение процессов формирования единого, оптимального, качественного законодательства и выработки практики его должной, эффективной реализации. То есть правовая система должна в полной

¹⁰ СЗ РФ. 2001. № 32. Ст. 3335.

¹¹ СЗ РФ. 2009. № 19. Ст. 2346.

мере функционировать на основе принципа единства правотворческой и правоприменительной деятельности. Только при таком условии она может действовать на оптимально сбалансированном уровне. В формировании и функционировании современной российской правовой системы важное значение имеет Конституция РФ. Данный нормативно-правовой акт является вектором развития правовой системы, ее нормативной основой, выполняет роль ориентира в правотворческой и правоприменительной деятельности государства. К сожалению, конституционное правоприменение характеризуется недостаточно эффективным воздействием, необходимым для развития правовой системы. В Конституции РФ даже отсутствуют положения, посвященные принципам организации и функционирования правовой системы. Только один раз в ней упоминается понятие «правовая система». Это положение ч. 4 ст. 15, где закреплено: «Общепризнанные принципы и нормы международного права и международные договоры Российской Федерации являются составной частью ее правовой системы». Следует констатировать недостаточную нормативную регламентацию понятия «правовая система». Отсутствие нормативного осмысления современного состояния российской правовой системы снижает ее эффективность и потенциал. Проблема усугубляется также отсутствием концепции правовой системы. Правовая система не может эффективно функционировать без четкой выраженности ее основ на концептуальном уровне.

Следует отметить, что в Указе Президента РФ от 29 апреля 1994 г. «Об исследовательской программе “Пути и формы укрепления Российского государства”» отдельно выделялся раздел «Развитие правовой системы Российской Федерации после принятия новой Конституции Российской Федерации», который определял приоритеты развития правовой системы. До сих пор эта программа является актуальной.

Не менее важным вопросом российской правовой системы можно назвать взаимодействие международного и национального права. Международное право оказывает регулирующее воздействие на национальное законодательство, право. Усиление взаимодействия международного и внутреннего права является одной из основных тенденций современной российской правовой системы. Основой для такого взаимодействия выступают положения ч. 4 ст. 15 Конституции РФ, а также Постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 10 октября 2003 г. «О применении судами общей юрисдикции общепризнанных принципов и норм между-

народного права и международных договоров Российской Федерации»,¹² в которых общепризнанные принципы и нормы международного права рассматриваются как нормативный компонент правовой системы России.

В условиях активно происходящих процессов интеграции взаимодействие международного и национального права является фактором, обеспечивающим правовое развитие общества. На это обращают внимание Ю. А. Тихомиров, И. Н. Барциц и др. ученые.¹³ Огромное влияние международного права испытала российская правовая система в области прав и свобод человека. Достаточно сопоставить положения международно-правовых актов о правах человека и главу 2 Конституции РФ. Поэтому необходимо сбалансированное состояние и функционирование правовой системы России в международно-правовом пространстве.

Степень согласованности международного и национального права обуславливает эффективность правоприменительной деятельности. На современном этапе развития отечественной правовой системы теория и практика правоприменения столкнулись с проблемой, заключающейся в том, что при наличии нормативного регулирования данного вопроса, отсутствуют механизмы реализации принципа сочетания международного и национального права в деятельности судов. Тогда как «в процессе правоприменения... необходимо полностью и корректно учитывать соответствующие принципы и нормы международного права».¹⁴

Принцип сочетания международного и национального права в деятельности судов предполагает такой способ разрешения юридических дел, при котором наряду с нормами и принципами национального права учитываются международно-правовые идеи, нормы, закрепленные в основополагающих международно-правовых документах. Очевидно, что «международное право существенно отличается от внутреннего национального права каждой отдельной страны».¹⁵ Данное положение должно учитываться при формировании составных компонентов правовой системы России. В частности, с учетом данного положения должны создаваться и использо-

¹² Бюллетень Верховного Суда РФ. 2003. № 12.

¹³ Тихомиров Ю. А. Реализация международно-правовых актов в российской правовой системе // Журнал российского права. 1999. 3/4. С. 87; Барциц И. Н. Международное право и правовая система // Журнал российского права. 2001. № 12. С. 61.

¹⁴ Тихомиров Ю. А. Международно-правовые акты: природа и способы влияния // Журнал российского права. 2002. № 1. С. 102.

¹⁵ Тилле А. А., Швеков Г. В. Сравнительный метод в юридических дисциплинах. М., 1973. С. 177.

ваться эффективные механизмы судебной защиты прав и свобод человека и гражданина. Осуществление международно-правовых норм и принципов в правотворческой и в правоприменительной практике является показателем социальной ценности и эффективности самого международного права.

Сейчас проблема для российской правовой системы состоит не в установлении формального (юридического) соответствия ее институтов стандартам (образцам) международного права, а в определении того, какой должна быть деятельность правоприменительных органов Российской Федерации по адекватному осуществлению положений международного права. В этом состоит значение принципа соответствия внутригосударственного права общепризнанным положениям международного права.

Международно-правовые нормы и принципы, также как и нормы и принципы отечественного права должны быть юридическим обоснованием деятельности российских судов. На наш взгляд, важно саму концепцию судебной реформы проводить с учетом постановки вопроса о том, как будет реализован принцип сочетания международного и национального права в деятельности судов, и исходя из этого положения определять направления реформирования судебной системы. Однако применение норм и принципов международного права не должно приводить к утрате национальной специфики права и правовой системы российского общества.

Международное и национальное право должны действовать как единый нормативный комплекс в деятельности судов. Нельзя строго разграничивать нормы и принципы международного права и нормы и принципы внутреннего права в деятельности судов. Приоритетным направлением должна стать согласованность международного и национального начал в правоприменительной деятельности государства, тем более в судебной практике. Соблюдение и реализация принципа сочетания международного и национального права в деятельности судов является одним из основных факторов повышения эффективности российской правовой системы.

Особое практическое значение имеет исследование вопроса о применении положений Европейской Конвенции о защите прав человека и основных свобод 1950 года в российской правовой системе. Данный документ закрепил европейские стандарты, которым должна соответствовать и наша правовая система. Прежде всего речь ведется о необходимости гармонизации положений данного правового акта и правоприменительной деятельности Российского государства. В п. 10. Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 10 октября 2003 г. «О применении судами общей юрисдикции обще-

признанных принципов и норм международного права и международных договоров Российской Федерации» говорится о том, что «Российская Федерация как участник Конвенции о защите прав человека и основных свобод признает юрисдикцию Европейского Суда по правам человека обязательной по вопросам толкования и применения Конвенции и Протоколов к ней в случае предполагаемого нарушения Российской Федерацией положений этих договорных актов, когда предполагаемое нарушение имело место после вступления их в силу в отношении Российской Федерации (статья 1 Федерального закона от 30 марта 1998 г. № 54-ФЗ «О ратификации Конвенции о защите прав человека и основных свобод и Протоколов к ней»)). В п. 11 этого Постановления далее отмечается: «Конвенция о защите прав человека и основных свобод обладает собственным механизмом, который включает обязательную юрисдикцию Европейского Суда по правам человека и систематический контроль за выполнением постановлений Суда со стороны Комитета министров Совета Европы. В силу пункта 1 статьи 46 Конвенции эти постановления в отношении Российской Федерации, принятые окончательно, являются обязательными для всех органов государственной власти Российской Федерации, в том числе и для судов». Таким образом, Верховный Суд РФ дал разъяснение, согласно которому правовая система должна функционировать на основе принципа интеграции международных стандартов в российскую правоприменительную практику. Однако реализация этого принципа осуществляется сегодня не в полной мере. Во многом причиной тому является проблема толкования и применения Конвенции непосредственно в рамках российской правовой системы.

Для достижения полной имплементации положений Европейской Конвенции о защите прав человека и основных свобод в России в ее правовой системе необходимо определить статус этого документа; принципы его применения в национальном законодательстве и в правоприменительной практике.

В XXI веке перед российской правовой системой стоят актуальные задачи, связанные с формированием и развитием гражданского общества и правового государства. На сегодняшний момент нельзя говорить о российском гражданском обществе и правовом государстве как некой реальности. Идея гражданского общества рассматривается как важнейший приоритет государства. К сожалению, законодательное и концептуальное закрепление понятия гражданского общества отсутствует. При всей существующей палитре взглядов, отсутствует системное понимание понятия «гражданское

общество». На наш взгляд, данное понятие необходимо рассматривать с точки зрения концептуального подхода как качественную характеристику устройства общества, раскрывающегося в следующих основных аспектах: 1) исторический; 2) концептуально-правовой; 3) институциональный; 4) функциональный и т. д. Особая роль в формировании такого типа общества должна отводиться принципам, как основополагающим идеям, началам руководящего характера. В частности, это принцип юридического обоснования, с учетом которого раскрывается юридический аспект становления гражданского общества. Процесс становления гражданского общества в России должен рассматриваться во взаимосвязи с процессом функционирования правовой системы. Последняя выступает важнейшей предпосылкой формирования гражданского общества, определяет контуры его юридического развития. Только при таком условии можно достичь формирования и развития институтов гражданского общества. На реализацию этого направления направлено «Положение о Совете при Президенте Российской Федерации по содействию развитию институтов гражданского общества и правам человека», утвержденное Указом Президента РФ от 6 ноября 2004 г., согласно которому Совет образован в целях оказания содействия главе государства в реализации его конституционных полномочий в области развития институтов гражданского общества.¹⁶

Актуальным вопросом современной российской правовой системы в контексте рассмотрения процесса формирования гражданского общества является соотношение личных, общественных и государственных интересов. Фундаментальные изменения начала 1990-х гг. привели к кардинальным изменениям основ правовой системы России. Произошла переоценка ценностей, связанная с «новым» пониманием соотношения личных, общественных и государственных интересов. В настоящее время российский законодатель отдает явный приоритет личным интересам. Такая тенденция ясно прослеживается в законодательстве. В данном случае проблема состоит не только в том, какой юридической традиции придерживается российское право, но и в необходимости соотносить личные, общественные, государственные интересы в рамках самой правовой системы России. Важно, чтобы сама правовая система была нацелена на обеспечение согласованности частных и публичных интересов, уровень достижения которой влияет на социально-правовое положение личности в обществе. Здесь большое значение

¹⁶ СЗ РФ. 2004. № 46 (ч. 2). Ст. 4511.

имеют институты гражданского общества, посредством которых создается определенный баланс личных и общественных интересов.¹⁷

В отличие от понятия гражданского общества идея правового государства нашла свое закрепление в Конституции РФ (ст. 1). Но и здесь есть определенные трудности концептуального характера. Отсутствие законодательного и концептуального определения понятия «правовое государство» не самым лучшим образом влияет на реализацию идеи правового государства, не позволяет выявить пути движения к этой цели. Очень важно понимание того, что идеи гражданского общества и правового государства должны стать законодательными идеями в широком смысле слова, основанными на концептуальном их осмыслении, анализе.

Правовая система, гражданское общество и правовое государство – взаимозависимые, предполагающие друг друга понятия, которые в своем системном единстве должны определять национальное развитие. Так, если рассматривать взаимосвязь правовой системы и общества, то во многом характер правовой системы будет определяться типом общества, в котором она действует и, наоборот, правовая система может рассматриваться как фактор, стимулирующий либо сдерживающий общественное развитие. По верному утверждению И.А. Иванникова, «та или иная правовая система может способствовать либо препятствовать общественному прогрессу. Это зависит от целей, задач и социальной природы того общества, в котором она существует».¹⁸ Однако государственно-правовая модель развития России в XXI веке зиждется не только на идеях становления гражданского общества и правового государства. Формирование гражданского общества и правового государства – это лишь предпосылка для осуществления более широкомасштабного проекта страны, связанного с определением государственно-правовой стратегии ее развития.

В XXI веке Российское государство сталкивается с проблемой определения сущности его правовой системы, направлений ее развития. Неопределенность пути, курса развития правовой системы создает неясность в понимании правового, в целом общественного развития. Необходима разработка теории подходов к осмыслению сущности правовой системы. На наш взгляд, можно выделить такие подходы, как: аксиологический; функцио-

¹⁷ См.: Становление гражданского общества в России / Под ред. О.И. Цыбулевской. Саратов, 2000. С. 24.

¹⁸ *Иванников И. А.* Проблемы государства и права России начала XXI века. Ростов н/Д., 2003. С. 230.

нальный; юридический; социальный и др. Их использование позволит четко выявить свойства правовой системы, выявить те аспекты, которые необходимы для ее укрепления. В основе понимания сущности российской правовой системы должна находиться идея формирования такого типа правопорядка (в широком его понимании), такого правового уклада общества, который бы гармонично сочетал в себе черты национального самобытного устройства государства и позитивных тенденций международного развития.

Из четкого понимания и осмысления сущности правовой системы России можно вывести направления ее развития. Российская правовая система сегодня придерживается в основном стратегии нормотворческого развития, выражающейся в чрезмерно активной правотворческой деятельности на федеральном и региональном уровне, что зачастую не приводит к повышению качества реализации принятых норм права. Необходимо отойти от сугубо юридического осмысления правовой системы в сторону обоснования ее иных характеристик (нравственная, культурная и др.). Все это необходимо для совершенствования правовой системы, что является интегрированной задачей правовой реформы, включающей обновление всех ее элементов и обеспечение их оптимального взаимодействия, повышение целостности системы, от чего зависит эффективность правового регулирования в целом.¹⁹ Важно найти тот системообразующий принцип действия правовой системы, который позволит эффективно управлять правовой действительностью, противостоять имеющимся в ней негативным тенденциям (правовой нигилизм, понижение значимости ценностных ориентиров развития общества и др.).

Сегодня перед юридической наукой стоит задача формирования нового типа правовой системы. Об этом говорится и в Послании Президента РФ Федеральному Собранию РФ от 5 ноября 2008 года, в котором поставлена стратегическая задача – формирование качественно новой правовой системы.²⁰ Постановка данной проблемы предполагает разработку основ мировоззренческого, концептуального понимания правовой системы. По сути, речь ведется о необходимости выработки стратегии правового развития Российского государства. Стратегия правового развития – это принципы осуществления приоритетов, закрепленных в Конституции РФ, российском законодательстве, приоритетов правовой системы и правовой политики. Данная стратегия определяет путь юридического развития общества, фор-

¹⁹ См.: Тунова Л. Б. Системные связи правовой действительности. СПб., 1991. С. 130.

²⁰ Российская газета. 2008. 6 ноября.

мирует модель правового бытия.

На современном этапе развития государства необходимо выйти на новые уровни концептуально-теоретического и методологического понимания правовой системы. В XXI веке важно выяснить следующие вопросы, имеющие принципиальный характер для правовой жизни российского общества: 1) какая природа характерна для современной российской правовой системы и каков путь ее дальнейшего развития; 2) какова роль правовой системы в регулировании общественных отношений; 3) каковы социальные пределы функционирования правовой системы в обществе; 4) каковы социальные связи правовой системы, делающие ее устойчивой и стабильной; 5) каковы цели развития правовой системы, тот идеал, к которому она стремится; 6) какой фундаментальный юридический источник находится в основе данной правовой системы; 7) какова роль юридической доктрины в правовой системе. Одним из актуальных вопросов современной российской правовой системы является также определение ее статуса в обществе.

Правовая система России должна существовать и развиваться как целостное, устойчивое, гармоничное явление. Это влияет на реализацию целей права, в целом правовой системы; является условием решения многих правовых, социальных, экономических, политических и других проблем государства путем проведения соответствующей государственной политики. К сожалению, современной российской правовой системе не хватает устойчивого равновесия, что снижает эффективность правовых средств, правовой политики, мер, направленных на охрану интересов личности и общества. Необходимо разработать инструментарий, направленный на оптимизацию состояния правовой системы.

В условиях динамично развивающегося XXI века значение правовой системы России неуклонно возрастает, исследование вопросов ее дальнейшего развития приобретает актуальность и соответственно появляется необходимость ее углубленного теоретического осмысления.

Т. В. Милушева*

СОЦИАЛЬНАЯ СПРАВЕДЛИВОСТЬ КАК НРАВСТВЕННО-ПРАВОВАЯ ОСНОВА ДЕЯТЕЛЬНОСТИ ПУБЛИЧНОЙ ВЛАСТИ

Ключевые слова: правовое государство, ограничение власти, мораль, справедливость, равенство.

Аннотация: Статья посвящена представлению о социальной справедливости как нравственно-правовой критерии функционирования публичной власти. Обращается внимание на наличии прямых и обратных связей между принципом справедливости и ограничением публичной власти, на их взаимозависимость и взаимообусловленность.

Key words: social equity, legal state, limitation of power, moral, justice, equality.

Annotation: Social equity as moral-legal basis of the public power activity.

The article is devoted to the problem of social equity as moral-legal criterion of justice and public power activity. The author pays attention to the presence of direct and reverse connections between principle of justice and limitation of public power; on their interdependency and complementarity.

Политические реалии конца XX – начала XXI в. привели к кардинальному изменению мирового порядка, вектора социального развития России. Восприняв либеральные ценности, провозгласив себя правовым государством, Россия должна соответствовать необходимым международным стандартам, положениям Всеобщей декларации прав человека, сообразуя свою деятельность с практикой других демократических государств. В «новых» условиях взаимодействие государственной власти и социальной общности происходит исключительно на правовом уровне. Управленческий потенциал публичной власти и возможности гражданского общества реализуются через правовые механизмы, которые выступают средством организации солидарного и справедливого социального порядка.

Режим правовой государственности реально утверждает высшие нравственные ценности человека, обеспечивает их определяющую роль в жизни общества, исключает произвол и насилие над личностью. Нравственную основу правового государства образуют общечеловеческие принципы гуманизма и справедливости, равенства и свободы личности, ее чести и достоинства. По мнению О. В. Мартышина, «справедливость – важнейшая философская и общественная проблема, причем ее значение возрастает в

* Кандидат юридических наук, доцент кафедры теории права Поволжской академии государственной службы им. П. А. Столыпина. E-mail: mtv62@mail.ru

эпохи ломки старых и утверждения новых порядков. Справедливость – идеал жизни общества, а, следовательно, государства и права как его составных частей».¹

Одним из постулатов правового государства и выражением справедливости является ограничение власти в соответствии с требованиями естественных прав человека. В литературе подчеркивается, что наличие самостоятельного правового принципа *ограничения публичной власти* в демократическом обществе, правовом государстве просто необходимо.²

Ограничение власти выступает средством достижения таких высших целей, как справедливость, равенство, свобода, гуманизм, приоритет прав и свобод человека, уважение достоинства личности и др. В то же время справедливость, в силу природы своего действия, устанавливает предел публичной власти, т. е. лимитирует, ограничивает ее действие. Такая взаимосвязь свидетельствует о наличии прямых и обратных связей между принципом справедливости и ограничением публичной власти, об их взаимозависимости и взаимообусловленности. А. И. Экимов, рассуждая в этом ключе, утверждает, что «справедливость есть закон, устанавливающий *преграды, барьеры, запреты, пресечения* во всех случаях, где обнаруживается то или иное стремление нарушить общий закон соразмерности деяний и воздаяний».³ В этом плане ее нравственно-правовой потенциал направлен на ограничение господства власти и принудительной силы закона.

В контексте данного исследования необходимо хотя бы кратко охарактеризовать справедливость, имея в виду многогранный характер данного феномена. Справедливость – морально-этическая и правовая категория,⁴ понятие о должном, связанное с исторически меняющимися представлениями о неотъемлемых правах человека. С философской точки зрения справедливость подразумевает требования соответствия между практической ролью человека или социальной группы в жизни общества и их социальным положением, между их правами и обязанностями, деянием и воздаянием, трудом и вознаграждением, преступлением и наказанием, заслугами людей и их общественным признанием.⁵ Ключевым моментом в содержании спра-

¹ Мартышин О. В. Справедливость и право // Государство и право на рубеже веков. Материалы Всероссийской конференции. М., 2001. С. 165.

² См.: Ведяхин В. М., Суркова О. Е. Факторы формирования и реализации принципов права. Самара, 2006. С. 40.

³ Экимов А. И. Интересы и право в социалистическом обществе. Л., 1984. С. 124.

⁴ См.: Цыбулевская О. И. Нравственные основания современного российского права. Саратов, 2004.

⁵ Философский энциклопедический словарь. М., 1983. С. 650.

ведливости выступают понятия «мера», соразмерность, адекватность. Справедливость всегда соотносится с двумя другими ценностями – со свободой и равенством, гармоничное сочетание которых и есть справедливость.

Справедливость определяется как возможность самоопределения (выбора), равенство, механизм установления социальных стандартов, распределения социальных благ, как система ценностей,⁶ как принцип наибольшей свободы, равенство возможностей и принцип дифференциации.⁷ В феномене справедливости переплетены нравственная и правовая сущность. Хотя справедливость пронизывает все сферы жизни общества, наиболее яркое воплощение она приобретает в правовой системе.⁸

Трансформируясь в право, справедливость приобретает форму правового принципа, формализованной ключевой идеи, пронизывающей всю правовую материю. Благодаря праву, то, что было моральным, приобретает силу закона. Особенность юридической справедливости, пишет К. В. Ведяхина, состоит в том, что она в правовой сфере носит наиболее четкий, формально-определенный характер, зачастую связана с государственным принуждением.⁹ Справедливость имеет нормативно-оценочный характер, заложена в самом содержании права и находит свое воплощение в правах, обязанностях, мерах поощрения, наказания и т. д.

Рассуждая о феномене справедливости в праве, вполне приемлемо, на наш взгляд, следовать логике философских рассуждений о трех содержательных аспектах категории справедливость: «этическая справедливость» (является качеством личности, свойством системы межличностных взаимосвязей); «социальная справедливость» (отражает свойства системы социальных отношений); «правовая справедливость» – термин, используемый для обозначения свойства системы правового регулирования, а также ценностного требования, предъявляемого к этой системе.¹⁰ В целом, соглашаясь с таким подходом, отметим его условность, так как в реальной жизни и право и мораль тесно взаимодействуют. Право опосредует все проявления справедливости. Грани правовой справедливости проявляются, во-первых, в принципе социальной справедливости; во-вторых, справедливость высту-

⁶ Пермяков Ю. Е. Лекции по философии права. Самара, 1994. С. 106.

⁷ Алексеева Т. А. Справедливость: морально-политическая философия Дж. Роулза. М., 1992. С. 104.

⁸ Лукашева Е. А. Социалистическое правосознание и законность. М., 1973. С. 112.

⁹ См.: Ведяхина К. В. Справедливость как принцип российского права // Вестник Волжского университета им. В. Н. Татищева. Серия: Юриспруденция. Тольятти, 1999. Вып. 7. С. 33.

¹⁰ См.: Философия права / Под ред. В. П. Сальникова, Г. Н. Хона. М., 2002. С. 87.

пает основой правового регулирования общественных отношений, правотворчества, правоприменения; в-третьих, справедливость является этическим критерием деятельности властных субъектов.

Во всех контекстах справедливость представляет собой необходимость соответствия эталону, адекватности, соразмерности. Однако нельзя забывать о том, что справедливость содержит в себе диалектическое сочетание элементов равенства и неравенства. Применительно к правовому статусу личности она проявляется как «справедливое равенство» и «справедливое неравенство».

Стандарты справедливости устанавливает сама жизнь. Справедливость связана с конкретными условиями места и времени, соответствует историческому этапу развития государства и общества. Она конкретно-исторична. Проходя сквозь «юридический рентген» социальная справедливость материализуется с помощью правовых средств, получая, таким образом, правовое оформление.

Социальная справедливость стала своеобразным маркером политической корректности нашего общества, показателем его демократичности, цивилизованности. Под ней понимается справедливое общественное и государственное устройство, легитимность общественных и государственных институтов, справедливое распределение социальных благ. Термин «справедливость» используется в современном российском законодательстве и практике Конституционного Суда Российской Федерации в значении «социальной справедливости», или даже употребляется термин «социальная справедливость». К примеру, согласно ст. 4 Федерального Закона «О социальном обслуживании граждан пожилого возраста и инвалидов», утверждается, что государство «гарантирует гражданам пожилого возраста и инвалидам возможность получения социальных услуг на основе принципа социальной справедливости...».¹¹

Положение ст. 7 Российской Конституции, декларирующее Российскую Федерацию как социальное государство, в определенном смысле можно рассматривать как норму, утверждающую социальную справедливость. Конституционная формула социального государства весьма лаконична, абстрактна и выражается в обязанности государства обеспечить «достойную жизнь» и «свободное развитие человека». Анализируя право на «достойное

¹¹ Федеральный закон от 02.08.1995 № 122-ФЗ (в ред. от 22.08.2004) «О социальном обслуживании граждан пожилого возраста и инвалидов» // Собрание законодательства РФ. 1995. № 32. Ст. 3198.

существование», А. В. Поляков замечает, что данное право возникает лишь в результате интерпретации различных текстов и формирующихся на этой основе отношений. Право на «достойное существование» подлежит эволюционному развитию, поэтому добиться принципиально раз и навсегда полностью «квантифицированного» содержания такого права в принципе невозможно: это проблема правовой культуры любого общества, которая разрешается в том числе и через правоприменительную практику.¹²

Пытаясь конкретизировать данное понятие, Депутаты Государственной Думы РФ обращались в Конституционный Суд с запросом о толковании ст. 7 Конституции РФ. Однако Конституционный Суд РФ признал этот запрос недопустимым на основании того, что решение поставленных вопросов привело бы к созданию правовых норм и нарушению тем самым принципа разделения властей.¹³ Вместе с тем именно от Конституционного Суда РФ во многом зависит адекватное истолкование формулы социального государства в каждом конкретном случае, в тесной взаимоувязке с принципами: правового государства, справедливости, равенства, гарантированности государством прав и свобод человека и гражданина.

Реальными количественными показателями социальной справедливости являются нормативно установленный минимальный размер оплаты труда, величина прожиточного минимума, социальных пособий и т. п. Так, прожиточный минимум – утверждаемый Правительством РФ набор самых необходимых для потребления товаров и услуг, стоимость которых составит пороговое значение и черту бедности. Для государства это базовый законодательный ориентир, являющийся основой для установления минимального размера оплаты труда, минимального размера пенсии по старости, а также для определения размеров стипендий, пособий и других социальных выплат.¹⁴ Перечисленные в ст. 5 ФЗ «О прожиточном минимуме в Российской Федерации» социальные индикаторы тесно взаимосвязаны. Между тем, по данным Федеральной службы государственной статистики, в 2007 г. МРОТ составлял 1500 руб., а величина прожиточного минимума на душу населения

¹² См.: Поляков А. В. Общая теория права: Проблемы интерпретации в контексте коммуникативного подхода. СПб., 2004. С. 600.

¹³ См.: Определение Конституционного Суда РФ от 1 июля 1999 г. № 98-О «Об отказе в принятии к рассмотрению запроса Государственной Думы о толковании ст. 7 (часть 1) Конституции Российской Федерации». Текст Определения официально опубликован не был.

¹⁴ Федеральный закон от 24.10.1997 № 134-ФЗ «О прожиточном минимуме в Российской Федерации» (в ред. от 27.05.2000) // Собрание законодательства РФ. 1997. № 43. Ст. 4904.

– 3847 р.; с 1 января 2009 г. МРОТ увеличился до 4330 рублей, однако прожиточный минимум за IV квартал 2008 г. составил для работающего населения 5086 руб.,¹⁵ что противоречит ст. 133 Трудового кодекса РФ, согласно которой «минимальный размер оплаты труда ... не может быть ниже размера прожиточного минимума трудоспособного человека».¹⁶

Хотя в последнее время социальная политика государства заметно выравнивалась, просматривается тенденция все большей социальности государства, пока оно еще находится в режиме «догоняющего» объективную реальность. Следует согласиться с критической оценкой понятия «социальное государство», данной О. В. Лучиным и Т. М. Пряхиной, которые указывают, что сегодня оно фактически сведено к конструкции «достаточный жизненный уровень», привносимой в российскую правовую систему международными документами.¹⁷ Представляется очевидным, что право на достойное существование базируется на нравственно-философской ценности «человеческое достоинство».¹⁸ Именно достоинство человека – предел (водораздел между притязаниями), который формирует меру справедливости в праве и государстве.

Показателем справедливости политики государства служит также процесс распределения социальных льгот. Льготы – весьма сложный правовой инструмент, требующий тонкого подхода. Непродуманные льготы могут спровоцировать возникновение коррупционных отношений. В 90-х годах XX в. создающимся хозяйствующим субъектам были предоставлены значительные налоговые преференции, таможенные и иные льготы. Оформлялись подобные нововведения, как правило, с помощью указов Президента РФ, образовавших, по справедливому замечанию, «льготное указное» право,¹⁹ которое создавало легальную основу для захвата государственной собственности, «прихватизации», формирования рынка коррупционных услуг.

Коррупционный потенциал обнаруживает льгота, предусмотренная ст. 575 ГК РФ, устанавливающая преимущество, в соответствии с которым

¹⁵ www.gks.ru/

¹⁶ Трудовой кодекс Российской Федерации от 30.12.2001 № 197-ФЗ (в ред. от 07.05.2009) // Собрание законодательства РФ. 2002. № 1 (ч. 1). Ст. 3.

¹⁷ См.: Лучин О. В., Пряхина Т. М. Право на достойную жизнь и свободное развитие: конституционное измерение // Конституционное развитие России. Саратов, 2008. Вып. 9. С. 142.

¹⁸ См. об этом: Цыбулевская О. И., Власова О. В. Достоинство личности и гражданское общество. Саратов, 2008.

¹⁹ См.: Морозова И. С. Теория правовых льгот: Дис. ... д-ра юрид. наук. Саратов, 2007. С. 312.

допускается дарение подарков представителям власти на сумму, не превышающую определенную законом стоимость. Совершенно очевидно, что размер и характер устанавливаемых льгот маркирует коррупционное пространство, свидетельствует о степени коррумпированности самой власти, в значительной мере дискредитирует принцип социальной справедливости.

Необходимо учитывать то, что, определяя критерии справедливого с точки зрения общественного устройства, государство выступает своего рода арбитром между личностью, группами лиц, обществом в целом. И, надо признать, государство не абсолютно беспристрастный, а до определенной степени заинтересованный арбитр, который, прежде всего, ориентируется на интересы доминирующего социального слоя общества (во многих развитых странах, где существует социальное государство, это «средний класс»). Учитывая специфику интересов российской бюрократии как особой социальной группы, сосредоточенной в значительной степени на постоянном увеличении своего влияния и власти, защите собственных интересов, противопоставляющей собственные интересы интересам общества, социальные ориентиры напрямую зависят от того, насколько политическая элита прислушивается к общественному мнению, учитывает разумные доводы законной оппозиции.

За годы либеральных реформ установился политический режим олигархического типа. Российский опыт последних лет убедительно продемонстрировал на практике, насколько «справедливо» формальное равенство, и чьим интересам оно служит. Что может быть «справедливее» единого подоходного налога миллионера и «работающего бедного», что само по себе уже нонсенс и вопиющая несправедливость. И это в условиях, когда в большинстве стран мира уже давно существует прогрессивное налогообложение.

По меткому выражению В. В. Путина, чиновники «...в значительной степени представляет собой замкнутую и подчас просто надменную касту, понимающую государственную службу как разновидность бизнеса». Российское чиновничество живет своими интересами, по своим моральным стандартам и нормам, которые ложатся на язык законодательства, отражаются в практике применения права. Так, по словам Депутата Государственной Думы РФ, члена комитета по бюджету О. Г. Дмитриевой, зарплаты отечественной федеральной и региональной власти достигают примерно 5–6 тыс. долларов и сопоставимы с окладами их коллег в Америке и Европе. Депутат Госдумы РФ В. В. Рыжков заявил: «парк персональных служебных автомобилей в России самый большой в мире. Затраты на его обслуживание превышают расходы на всех инвалидов страны (10 млн. человек!)». По данным

Росстата с 2004 г. зарплаты чиновников выросли с 13783 тыс. р. до 25000 тыс. р. в 2007 г. Для сравнения зарплаты бюджетников увеличились за тот же период с 6739 тыс. р. до 13593 тыс. р. Несмотря на разразившийся экономический кризис, в 2009 г. депутаты Госдумы подняли свою зарплату на 13,5 %.²⁰

Реальность свидетельствует о том, что государство, устанавливая минимальные социальные стандарты для элементарного выживания общества, само не желает примерять эти стандарты к себе. Такая ситуация социально опасна, поскольку конфликт «справедливостей» укрепляет пропасть недоверия между государством и обществом, извращает саму идею социальной справедливости. Глубинная причина всех неудач российских реформ, указывает В. Г. Федорова, – безразличие богатых к судьбе всех остальных, безразличие ко всему общему.²¹ Представляется, что для слаженного функционирования общества и государства крайне необходимо объединяющее моральное и правовое пространство. Власть сегодня должна демонстрировать поведение сопричастности, принадлежности к российскому обществу, показывать готовность отказаться от имеющихся преимуществ в пользу наименее преуспевших слоев населения. И потому задачей номер один является повышение эффективности государственного управления, строгое соблюдение чиновниками законности, предоставление ими качественных публичных услуг населению.

Необходимо восстановить в правах моральную ценность равенства. Данное требование ничуть не противоречит рыночному этапу развития экономики, ценности либеральной справедливости. Речь идет об установлении «максимального минимума», соответствующего в Конституции РФ достойному уровню жизни человека, создающего условия для его свободного развития. В последнее время активно обсуждается проблема социальной ответственности бизнеса, вместе с тем, следует говорить и о социальной ответственности власти. Ибо она является основой ответственности юридической. Само общество должно подтолкнуть власть к ответственному поведению. Это возможно лишь в условиях формирования в социуме высоких моральных стандартов, уважения к человеческому достоинству, нетерпимого отношения к нарушению прав человека.

²⁰ Они не привыкли экономить // Аргументы и факты. 2009. № 6.

²¹ См.: Федорова В. Г. Модернизация «другой» Европы. М., 1997. С. 170.

ВОПРОСЫ ПРАВОПРИМЕНИТЕЛЬНОЙ ПРАКТИКИ (DE LEGE LATA)

В. Ф. Попондопуло*

ОТВЕТСТВЕННОСТЬ ЗА НАРУШЕНИЕ ОБЯЗАТЕЛЬСТВ: ОБЩАЯ ХАРАКТЕРИСТИКА И ПРОБЛЕМЫ

Ключевые слова: гражданское право, обязательственное право, обязательство, гражданско-правовая ответственность, вина, моральный вред, материальный вред, непреодолимая сила.

Аннотация: В работе рассматриваются доктринальные положения обязательственного права, связанные с гражданско-правовой ответственностью за неисполнение обязательств, раскрывается понятие гражданско-правовой ответственности, исследуются виды и формы ответственности в контексте разработанной Концепции совершенствования общих положений обязательственного права.

Key words: private law, obligation law, liability, moral damage, tangible property.

Annotation: Liability for nonperformance of obligations: main characteristic and problems.

The main idea of the article is connected with the legal doctrine principles in private liability for nonperformance of obligations and obligatory indemnification for moral and financial damage.

В первом номере Ленинградского юридического журнала за 2009 г. была опубликована статья «Обязательственное право: общая характеристика и проблемы». В статье было дано систематическое изложение основных

* Доктор юридических наук, профессор, заслуженный деятель науки РФ, заведующий кафедрой коммерческого права Санкт-Петербургского государственного университета.

научных и практических проблем, связанных с общими положениями об обязательствах: понятия обязательства и обязательственного права, виды обязательств, основания возникновения обязательств, субъекты обязательств, исполнение обязательств. В то же время некоторые проблемы в данной области не были затронуты. Указанный пробел отчасти восполняется в настоящей статье, посвященной вопросам ответственности за нарушение обязательств.

Обращение к вопросам ответственности за нарушение обязательств, как, впрочем, и вообще к вопросам обязательственного права и гражданского права в целом, помимо прочего объясняется также тем, что Советом по совершенствованию гражданского законодательства при Президенте РФ разработана Концепция совершенствования гражданского законодательства. Составной частью этой Концепции является Концепция совершенствования общих положений обязательственного права (далее – Концепция), содержащая раздел, посвященный ответственности за нарушение обязательств. Положения указанной Концепции также учитываются в настоящей статье.

Понятие гражданско-правовой ответственности. Ответственность в гражданском праве, являясь разновидностью юридической ответственности, характеризуется как признаками последней (родовые признаки), так и отраслевыми признаками (видовыми признаками), обусловленными спецификой гражданского права.

Родовые признаки гражданско-правовой ответственности выражаются в следующем:

1) Гражданско-правовая ответственность как разновидность юридической ответственности представляет собой одну из форм *социальной ответственности* наряду с такой ее формой, как моральная ответственность.

Однако *моральная ответственность* – это обязанность ответственного поведения, связанная с чувством долга перед обществом и перед собой. Она обращена на формирование будущего поведения лица, поэтому ее называют позитивной или перспективной ответственностью.

Юридическая ответственность, включая гражданско-правовую ответственность, всегда связана с правонарушением, с оценкой последствий прошлого неправомерного поведения лица, поэтому ее называют также ретроспективной ответственностью.¹

¹ Некоторые авторы смешивают понятие юридической ответственности с понятием моральной ответственности (см., напр.: *Тархов В. А.* Ответственность по советскому гражданскому праву. Саратов, 1973. С. 8 – 11).

2) Гражданско-правовая ответственность как разновидность юридической ответственности представляет собой реализацию конкретной меры ответственности (определенной санкции), предусмотренной законом или договором. Реализация этих *санкций – мер ответственности* обеспечивается государственным принуждением.

Однако гражданско-правовой ответственностью, как и иной юридической ответственностью, является реализация не любой меры государственного принуждения (санкции), а только такой, которая характеризуется наступлением для правонарушителя *дополнительных неблагоприятных последствий*.² Например, виндикация вещи (изъятие вещи из чужого незаконного владения) – это санкция, но она не является мерой ответственности, потому что не содержит дополнительного обременения для правонарушителя. Правонарушитель в принудительном порядке возвращает то, что ему не принадлежало по праву.

Мера ответственности всегда предполагает определенные лишения для правонарушителя, т. е. это особая санкция – мера государственного принуждения. Дополнительный неблагоприятный характер указанных лишений может выражаться в утрате правонарушителем права (например, права на денежные средства, направляемые на компенсацию причиненного морального вреда), в присоединении к нарушенной обязанности дополнительной обязанности (например, обязанности уплатить неустойку за просрочку поставки товара), в замене нарушенной обязанности новой обязанностью (например, возмещение причиненных убытков в случае правонарушения, приведшего к невозможности исполнения обязательства в натуре).

3) Гражданско-правовая ответственность как разновидность юридической ответственности направлена не только на принудительное воздействие на правонарушителя, но и на защиту прав потерпевшего, и в этом смысле она одновременно выступает в качестве *меры защиты*. Однако подобно тому, как не все санкции (меры государственного принуждения) обладают признаками мер ответственности, так и не все меры защиты обладают признаками мер ответственности. Мерами гражданско-правовой ответственности являются, например, такие меры защиты, как возмещение убытков, взыскание неустойки, компенсация морального вреда. А такая мера защиты гражданского права, как присуждение к исполнению обязан-

² Некоторые авторы ошибочно полагают, что всякая мера государственного принуждения правонарушителя является мерой ответственности (см., напр.: *Братусь С. Н. Юридическая ответственность и законность*. М., 1976. С. 95, 130).

ности в натуре, мерой ответственности не является (ст. 12 ГК РФ).

Видовые признаки гражданско-правовой ответственности, обусловленные спецификой гражданского права, выражаются в следующем:

1) Гражданско-правовая ответственность выражается в применении к правонарушителю *мер имущественного характера*, влекущих для него дополнительные неблагоприятные последствия, например, возмещение причиненных нарушением договора убытков, взыскание предусмотренной договором неустойки.

2) Гражданско-правовая ответственность является юридической ответственностью правонарушителя перед потерпевшим, поэтому имущественное взыскание, возлагаемое на правонарушителя, поступает *в пользу потерпевшей стороны*. Предусмотренные ГК РФ случаи взыскания имущественных санкций в доход государства (например, ст. 169) связаны с нарушением публичных интересов и по существу представляют собой форму не гражданско-правовой, а публично-правовой ответственности.

3) Гражданско-правовая ответственность основана на принципе полного возмещения причиненного вреда или убытков, т. е. носит сугубо *восстановительный (компенсационный) характер*. Это выражается в том, что суммы санкций (имущество), подлежащие взысканию с правонарушителя, передаются потерпевшему, чем обеспечивается восстановление его прежнего имущественного положения, существовавшего до правонарушения.

Таким образом, с учетом указанных родовых и видовых признаков гражданско-правовой ответственности, ее понятие можно сформулировать следующим образом. *Гражданско-правовая ответственность – это реализация особой предусмотренной законом или договором санкции (меры государственного принуждения) за совершение гражданского правонарушения, выражающейся в виде утраты правонарушителем имущественного права либо в возложении на него дополнительной имущественной обязанности в целях восстановления имущественного положения потерпевшего.*

Гражданско-правовая ответственность – *институт гражданско-го права, его Общей части*, а не только обязательственного права, поэтому обобщающие правила о гражданско-правовой ответственности должны располагаться в разд. 1 ГК РФ «Общие положения», а не в разд. 3 ГК РФ «Общая часть обязательственного права», как это сделано в настоящее время.³ Пока в разд. 1 ГК РФ «Общие положения» содержатся лишь отдельные

³ См. подробнее: *Попондопуло В. Ф.* О системе ответственности по гражданскому праву // О роли юридической ответственности в условиях ускорения социально-

положения о гражданско-правовой ответственности, в частности положения о возмещении убытков (ст. 15, 16 ГК РФ).

Общие правила о гражданско-правовой ответственности с учетом особенностей тех или иных подотраслей гражданского права подлежат применению к ответственности за нарушение вещных прав, ответственности за нарушение обязательств (договорная ответственность), ответственности за нарушение личных неимущественных прав, ответственности за причинение вреда (деликтная ответственность), в связи с возмещением вреда в случае недействительности сделок и т. д.

Формы гражданско-правовой ответственности. *Формами гражданско-правовой ответственности* могут выступать: возмещение убытков (ст. 15 ГК РФ), уплата неустойки (ст. 330 ГК РФ), взыскание процентов за пользование чужими денежными средствами (ст. 395 ГК РФ), потеря задатка (ст. 381) и др.

1) Возмещение убытков является общей формой гражданско-правовой ответственности, так как убытки могут возникнуть в результате любых гражданских правонарушений. Применяется во всех случаях, если законом или договором не предусмотрено иное (п. 1 ст. 393 ГК РФ). Другие формы гражданско-правовой ответственности являются специальными, так как они применяются только в случаях, прямо предусмотренных законом или договором. Например, если поставщик просрочил поставку товара, то покупатель вправе потребовать от него возмещения причиненных просрочкой поставки убытков, даже если в законе или договоре поставки ничего на этот счет не указано. Требовать же уплаты неустойки покупатель вправе лишь тогда, когда такая форма ответственности предусмотрена законом или договором.

Убытки потерпевшего от правонарушения могут выразиться в реальном ущербе и в упущенной выгоде. *Реальный ущерб* выражается в уменьшении имущества потерпевшего и включает в себя расходы потерпевшего на восстановление нарушенного права (например, расходы на восстановление

экономического развития. (Труды по правоведению. Вып. 765). Тарту, 1987. С. 66, 72. К сожалению, не только в ГК РФ, но и в учебной литературе, правила о гражданско-правовой ответственности в основном излагаются в Общей части обязательственного права. Не нашел поддержки такой подход и в Концепции совершенствования гражданского законодательства. Исключение составляет учебник по гражданскому праву под редакцией Е. А. Суханова, в котором правила о гражданско-правовой ответственности обоснованно излагаются в Общей части гражданского права (см.: Гражданское право: В 4-х т. Т. 1. Общая часть: Учебник / Отв. ред. Е. А. Суханов. 3-е изд. М., 2004. С. 585 – 623).

здоровья, вызванные причинением вреда здоровью), утрату или повреждение его имущества. *Упущенная выгода* включает в себя неполученные доходы, которые потерпевший получил бы при обычных условиях гражданского оборота, если бы его право не было нарушено (например, неполученные арендодателем доходы в результате отказа арендатора от исполнения обязательства аренды).

ГК РФ закрепляет *принцип полного возмещения убытков*: лицо, право которого нарушено, может требовать полного возмещения причиненных ему убытков, если законом или договором не предусмотрено иное (п. 1 ст. 15). Законом или договором в виде исключения могут быть предусмотрены случаи ограничения или повышения *размера гражданско-правовой ответственности*. Такие отступления от принципа полного возмещения причиненного вреда (убытков) объясняются учетом характера деятельности правонарушителя (случаи ограничения ответственности) или стимулирующей направленностью гражданско-правового регулирования, призванного побуждать участников имущественного оборота к добросовестному выполнению своих обязанностей (случаи повышения ответственности).

Ограничения размера гражданско-правовой ответственности могут быть предусмотрены законом по отдельным видам обязательств и по обязательствам, связанным с определенным родом деятельности, например, по обязательствам энергоснабжения взыскивается только реальный ущерб, но не упущенная выгода (п. 1 ст. 547 ГК РФ). Соглашение об ограничении размера ответственности должника по договору присоединения или иному договору, в котором кредитором является гражданин, выступающий в качестве потребителя, ничтожно, если размер ответственности для данного вида обязательств или за данное нарушение определен законом и если соглашение заключено до наступления обстоятельств, влекущих ответственность за неисполнение или ненадлежащее исполнение обязательств (п. 2 ст. 440 ГК РФ).

Повышенный размер гражданско-правовой ответственности также может быть предусмотрен законом или договором, например, когда наряду с убытками взыскивается неустойка (штрафная неустойка – п. 1 ст. 394 ГК РФ), когда на причинителя вреда возлагается обязанность выплатить потерпевшему компенсацию сверх установленного законом возмещения вреда (п. 1 ст. 1064 ГК РФ).

Судебная практика свидетельствует о том, что такая форма ответственности, как возмещение убытков, крайне редко применяется участника-

ми имущественного оборота в качестве средства защиты прав, нарушенных в результате неисполнения или ненадлежащего исполнения обязательств. Судя, например, по статистическим данным арбитражных судов, лишь в 4–5 % случаев нарушения договорных обязательств кредиторы защищают свои права путем предъявления должнику требований о возмещении причиненных убытков, предпочитая взимание неустойки или процентов за пользование чужими денежными средствами. Такое положение во многом объясняется трудностями доказывания кредитором не только факта наличия убытков, вызванных нарушением обязательства со стороны должника, но и их точного размера.

В настоящее время в ситуациях, когда факт нарушения должником обязательства и, как следствие, причинения кредитору убытков не вызывает сомнений, но точный размер убытков, требование о возмещении которых предъявлено кредитором, не в полной мере может быть подтвержден доказательствами (в том числе, по свойствам самих убытков), в подавляющем числе случаев кредитор получает судебное решение об отказе в удовлетворении исковых требований в связи с признанием недоказанным размера причиненных убытков.

В связи с этим следует согласиться с мнением, выраженным в Концепции, о том, что в подобной ситуации, когда кредитором доказаны само право на вознаграждение и несомненное существование убытков, отказ в иске лишь по недоказанности точной цифры убытков равняется в сущности отказу в правосудии. Отмеченная несправедливость в отношении лиц, потерпевших убытки, должна быть устранена предоставлением суду права определять размер убытков по своему усмотрению, основанному на соображении всех материалов дела. Соответствующее правило сегодня можно обнаружить в п. 3 ст. 7.4.3 Принципов международных коммерческих договоров: «Если размер убытков не может быть установлен с разумной степенью достоверности, определение их размера осуществляется по усмотрению суда».⁴

Не способствует широкому применению такой формы ответственности, как возмещение убытков, причиненных нарушением договорных обязательств, отсутствие в главе 25 ГК РФ положений о «конкретных» и «абстрактных» убытках (соответствующие нормы сегодня имеются только

⁴ Разработаны в 1994 г. Международным институтом унификации частного права (Принципы УНИДРУА) (См.: Принципы международных коммерческих договоров / Пер. с англ. А. С. Комарова. М., 1996).

в ст. 524 ГК РФ, распространяющей свое действие лишь на договор поставки). Под конкретными убытками обычно понимаются фактически понесенные кредитором расходы в связи с неисполнением обязательств должником, например, дополнительные расходы кредитора по сделке, заменяющей договор, не исполненный должником. Абстрактные убытки представляют собой способ исчисления убытков для тех случаев, когда, например, товар, подлежавший передаче по договору должником, нарушившим свое обязательство, имеет биржевую или рыночную цену. В этом случае разница между договорной и рыночной ценами и составляет убытки, размер которых не нуждается в специальном доказывании.

В настоящее время выделение конкретных и абстрактных убытков является общепринятым как для стран континентальной Европы, так и для англо-американского права. Согласно упомянутым выше Принципам международных договоров (ст. 7.4.6) положения о конкретных и абстрактных убытках носят всеобщий характер и подлежат применению к любым видам договорных обязательств. С другой стороны, активизация применения такой формы ответственности, как возмещение убытков, упрощение порядка их исчисления и взыскания (на что должны быть ориентированы предлагаемые изменения правового регулирования) делают необходимым включение в главу 25 ГК РФ положений, расширяющих понятие «полное возмещение убытков», которые исключили бы для кредитора, требующего возместить убытки, причиненные в результате нарушения обязательства должником, возможность получения неосновательного обогащения.

2) Неустойка и задаток, являясь специальными формами (мерами) ответственности, выполняют и иные функции, например, способов надлежащего исполнения обязательств. ГК РФ предусматривает правила соотношения убытков и неустойки. По общему правилу и в соответствии с принципом полного возмещения убытков, убытки возмещаются в части, не покрытой неустойкой. В виде исключения, законом или договором может быть предусмотрено иное соотношение убытков и неустойки: когда допускается взыскание только неустойки, но не убытков; когда убытки взыскиваются сверх неустойки; когда по выбору кредитора взыскивается либо неустойка, либо убытки (ст. 394 ГК РФ).

ГК РФ предусматривает также правила соотношения убытков и *задатка*, которые также соответствуют принципу полного возмещения убытков: убытки возмещаются с зачетом суммы задатка, если в договоре не предусмотрено иное (п. 2 ст. 381).

По мнению авторов Концепции, нуждается в некоторой корректировке ст. 333 ГК РФ, наделяющая суд правом уменьшать неустойку, если подлежащая уплате неустойка явно несоразмерна последствиям нарушения обязательства. Данная норма не связывает напрямую право суда на уменьшение неустойки с размером убытков, причиненных кредитором нарушением договорного обязательства со стороны должника, как это было сделано, например, в ГК РФ 1964 г. В период, когда формировалась судебной-арбитражная практика по применению ст. 333, в качестве обстоятельств, свидетельствующих о необходимости уменьшить неустойку, судами принимались во внимание и незначительность просрочки исполнения обязательства, и превышение размера неустойки над суммой задолженности за товары, работы, услуги, и взыскание с должника процентов годовых за пользование чужими денежными средствами и т. п. Нередко встречались случаи уменьшения судом неустойки при отсутствии ходатайства ответчика об этом (т. е. по инициативе суда) либо при рассмотрении дела в апелляционной, кассационной или надзорной инстанции, когда этот вопрос в суде первой инстанции вообще не рассматривался. В конце концов, уменьшение неустойки при ее несоразмерности последствиям допущенного нарушения договорного обязательства стало рассматриваться в качестве не права суда, а его процессуальной обязанности.

Во второй половине 90-х годов в период высокой инфляции такая судебная практика во многом находила оправдание в крайне низком уровне договорной работы. Это выражалось, в частности, в установлении сторонами в заключаемых договорах неустоек, размер которых превышал все разумные пределы при отсутствии ограничений предельной суммы взыскиваемых неустоек. В современных условиях произвольное уменьшение судом (в том числе, по собственной инициативе при отсутствии ходатайства ответчика) размера неустойки, предусмотренной сторонами в договоре (особенно в отношениях между предпринимателями),⁵ представляется недопустимым вмешательством суда в волеизъявление сторон, нарушающим принципы свободы договора. Правила, исключающие возможность подобной судебной практики, должны быть включены в ГК РФ.

3) Проценты за неправомерное пользование чужими денежными средствами являются специальной формой ответственности за неисполнение денежного обязательства. Их размер определяется по правилам ст. 395

⁵ Макарова О. А. Торговые сделки в законодательстве России, Германии и Франции // Актуальные проблемы науки и практики коммерческого права. СПб., 2000. Вып. 3. С. 79.

ГК РФ, т. е. учетной ставкой (ставкой рефинансирования) Банка России. Соотношение указанных процентов с убытками и с неустойкой также опирается на принцип полного возмещения убытков.

Если убытки, причиненные кредитору неправомерным пользованием его денежными средствами, превышают сумму процентов, причитающуюся ему, он вправе требовать от должника возмещения убытков в части, превышающей эту сумму (п. 2 ст. 395). Правила ст. 395 ГК РФ применяются, если иной размер процентов не установлен законом или договором. Так, если за пользование чужими денежными средствами законом или договором установлена неустойка, предусматривающая иной размер процентов, будут действовать правила закона или договора, но не правила ст. 395 ГК РФ. Это дает основание некоторым авторам считать, что ответственность за неисполнение денежного обязательства, предусмотренная ст. 395 ГК РФ, по своей юридической природе тяготеет к законной неустойке.⁶ По мнению других авторов, проценты: 1) не являются формой ответственности, а представляют собой плату за пользование чужими денежными средствами,⁷ 2) являются разновидностью убытков,⁸ 3) представляют собой самостоятельный вид гражданско-правовой ответственности.⁹

В Концепции отмечается, что ст. 395 предусмотрен зачетный характер указанных процентов по отношению к взыскиваемым с должника убыткам за соответствующее нарушение обязательства (п. 2 ст. 395). Вместе с тем в указанной статье не определено соотношение названных процентов и предусмотренной договором неустойки за просрочку исполнения денежного обязательства. Имея в виду, что неустойка по отношению к убыткам, по общему правилу, также носит зачетный характер, одновременное применение данных мер ответственности за одно и то же нарушение может привести к взысканию с должника суммы, превышающей размер возможных убытков кредитора, т. е. к неосновательному обогащению последнего. В связи с этим предлагается ограничить возможности кредитора лишь одной из названных мер ответственности и дополнить ГК РФ положением: если иное не предусмотрено законом или договором, в случае, когда соглашением сторон

⁶ См., напр.: Гражданское право. Ч. 1 / Отв. ред. В. П. Мозолин, А. И. Масляев. М., 2003. С. 679.

⁷ См., напр.: Комментарий к Гражданскому кодексу РФ. М., 1995. С. 9.

⁸ См., напр.: Гражданское право. Т. 1. 6-е изд. / Под ред. А. П. Сергеева, Ю. К. Толстого. М., 2002. С. 658.

⁹ См., напр.: Новоселова Л. А. Проценты по денежным обязательствам. М., 2000. С. 50.

предусмотрена неустойка за неисполнение или ненадлежащее исполнение денежного обязательства, проценты, предусмотренные ст. 395 ГК РФ, не подлежат взысканию.

В Концепции отмечается также, что необходимо исключить ситуации, когда проценты произвольно «накручиваются» кредитором путем начисления новых процентов на сумму ранее начисленных, но не уплаченных должником процентов. Такой способ исчисления процентов может привести к неосновательному обогащению кредитора. Иначе говоря, начисление новых процентов на сумму ранее начисленных, но не уплаченных должником процентов, может производиться только в предусмотренных законом случаях, а в отношениях между предпринимателями – в случаях, предусмотренных законом или договором.

Виды гражданско-правовой ответственности выделяются в зависимости от избранного критерия классификации. Так, по основаниям возникновения гражданско-правовой ответственности различают договорную ответственность и внедоговорную ответственность. Основанием наступления *договорной ответственности* служит нарушение договорного обязательства (относительного права). Основные правила о договорной ответственности предусмотрены ст. 393–406 ГК РФ. *Внедоговорная ответственность* наступает в силу иных обстоятельств, прямо предусмотренных законом, в частности, в результате причинения вреда личности или имуществу лица (нарушения абсолютного права) – *деликтная ответственность*. Правила о деликтной ответственности предусмотрены ст. 1064–1094 ГК РФ.

Как договорная, так и внедоговорная ответственность, включая деликтную, в зависимости от числа обязанных лиц может быть долевой, солидарной или субсидиарной ответственностью. При *долевой ответственности* каждый из ответчиков несет ответственность в определенной доле, установленной законом или договором (ст. 321 ГК РФ). Правила о долевой ответственности применяются, если законом или договором не предусмотрена солидарная или субсидиарная ответственность. Доли каждого из ответчиков признаются равными, если законом или договором не предусмотрен иной размер долей.

При *солидарной ответственности*, являющейся более удобной для кредитора и более строгой, чем долевая ответственность, каждый из ответчиков обязан выполнить требование кредитора, предъявленное ко всем ответчикам совместно в полном объеме (ст. 323 ГК РФ). Например, соли-

дарной является ответственность при неделимости предмета неисполненного обязательства (п. 1 ст. 322 ГК РФ), при совместном причинении вреда (ст. 1080 ГК РФ).

Субсидиарная ответственность – это ответственность дополнительного ответчика по долгам основного ответчика. Она наступает в случае, когда, например, в обязательстве участвуют два должника, один из которых является основным, а другой дополнительным, и основной должник отказался удовлетворить требование потерпевшего либо последний в разумный срок не получил от него ответа на свое требование (ст. 399 ГК РФ). Ответственность субсидиарного ответчика обычно не связана с правонарушением с его стороны и в этом смысле не является юридической ответственностью в точном смысле слова. Она направлена на компенсацию потерь потерпевшего, вызванных действиями основного ответчика, когда это предусмотрено законом или договором. Например, субсидиарная ответственность поручителя по долгам основного должника может быть предусмотрена как законом, так и договором (п. 1 ст. 363 ГК РФ), субсидиарная ответственность собственника имущества казенного предприятия по долгам такого предприятия предусмотрена законом (п. 5 ст. 115 ГК РФ).

В Концепции рекомендованы некоторые уточнения правовых норм, регламентирующих порядок привлечения к ответственности. В частности, в главу 25 ГК РФ можно было бы включить правило о соотношении норм о субсидиарной ответственности (ст. 399) и положений о субсидиарной ответственности собственника имущества казенного предприятия (п. 5 ст. 115) и учреждения (п. 2 ст. 120), как общего и специального, обеспечивающего приоритет последнего в правоприменении.

Выделяется также *ответственность за действия третьих лиц* – предусмотренная законом ответственность лица за действия иных лиц, не состоящих с потерпевшим в гражданских правоотношениях. Поскольку иные лица не состоят с потерпевшим в гражданском правоотношении, потерпевший, по общему правилу, не может предъявить свое требование непосредственно к ним, он может предъявить свое требование только к своему контрагенту по правоотношению. Лицо, привлеченное потерпевшим к ответственности за действия третьего лица, вправе в порядке регрессного требования (*регрессной ответственности*) взыскать с последнего все то, что было взыскано с него потерпевшим вследствие неправомерных действий третьего лица. Регрессная ответственность направлена на восстановление имущественной сферы того лица, которое понесло убытки, компенсировав

потерпевшему его имущественные потери за другое лицо (причинителя).

Так, в соответствии со ст. 403 ГК РФ должник отвечает за неисполнение или ненадлежащее исполнение обязательства третьими лицами, на которых было возложено исполнение, если законом не установлено, что ответственность несет являющееся непосредственным исполнителем третье лицо. Например, должник-поручитель по договору поручительства отвечает за неисполнение того обязательства, по которому он поручился за должника, но затем приобретает право регрессного (обратного) требования к должнику, вместо которого поручитель исполнил обязательство (ст. 365 ГК РФ).

В соответствии со ст. 402 ГК РФ должник-работодатель отвечает за действия работников при исполнении ими своих трудовых (служебных) обязанностей, если они повлекли неисполнение или ненадлежащее исполнение обязательства должника-работодателя, так как в силу закона действия работников должника по исполнению его обязательства считаются действиями должника. В данном случае, если работодатель возместил потерпевшему вред, причиненный действиями работника, он получает право регрессного требования к такому работнику.

Основанием гражданско-правовой ответственности является *гражданское правонарушение*, например, неисполнение или ненадлежащее исполнение обязательства, причинение вреда и др. Гражданское правонарушение является сложным актом, характеризующимся рядом объективных и субъективных элементов (условий), образующих его состав. Условия, необходимые для привлечения правонарушителя к гражданско-правовой ответственности, образуют *состав гражданского правонарушения*. К таким условиям относятся:

- противоправное поведение лица;
- наличие вреда (убытков) в имущественной сфере потерпевшего;
- причинная связь между противоправным поведением лица и вредом (убытками);
- вина правонарушителя.

Для привлечения к гражданско-правовой ответственности, по общему правилу, требуется наличие *полного состава гражданского правонарушения*. Однако законом могут быть предусмотрены исключения из этого правила, когда для возложения ответственности по гражданскому праву достаточно *усеченного состава гражданского правонарушения*, т. е. не требу-

ется наличие всех его элементов.¹⁰ Например, если иное не предусмотрено законом или договором, предприниматель, не исполнивший или ненадлежащим образом исполнивший обязательство, несет ответственность независимо от вины (п. 3 ст. 401 ГК РФ). В случаях, когда за правонарушение допускается взыскание только неустойки, но не убытков (п. 1 ст. 394 ГК РФ), отпадает такой элемент состава гражданского правонарушения, как убытки, а, следовательно, и необходимость в доказывании наличия другого его элемента – причинной связи между противоправным поведением лица и наступившими убытками.

Рассмотрим подробнее элементы полного состава гражданского правонарушения, выступающие условиями гражданско-правовой ответственности.

1) Обязательным условием гражданско-правовой ответственности является противоправность поведения лица.¹¹ Критериями оценки поведения лица как противоправного являются требования законодательства, а также соответствующие ему требования административных актов, условия договора, обычаи делового оборота и т. д. Критериями оценки поведения лица как противоправного могут выступать также принципы гражданского права: принцип неприкосновенности собственности, принцип свободы договора, добросовестность и справедливость и другие.

Противоправное поведение может выражаться в виде противоправного действия или противоправного бездействия лица. *Противоправное действие* – это действие, которое противоречит законодательству или иным критериям оценки поведения лица: административному акту, договору, существу обязательства, добросовестности и разумности и т. д. Например, действие поставщика, связанное с поставкой товара, не соответствующего условиям договора о его качестве, является противоправным.

Противоправное бездействие – это бездействие лица, которое должно было и имело объективную возможность действовать, т. е. имело юридическую обязанность и физическую возможность совершить определенное действие. Например, противоправным бездействием является односторон-

¹⁰ См. подробнее: *Матвеев Г. К.* Основания гражданско-правовой ответственности. М., 1970.

¹¹ Возмещение вреда, причиненного правомерными действиями, когда такой вред в силу указания закона подлежит возмещению (п. 3 ст. 1064 ГК РФ), не следует квалифицировать как форму гражданско-правовой ответственности, так как отсутствует необходимое условие ее наступления – противоправность поведения причинителя вреда (см.: *Шевченко А. С.* Возмещение вреда, причиненного правомерными действиями. Владивосток, 1989).

ний отказ от исполнения обязательства (ст. 310 ГК РФ), если только это не вызвано объективными обстоятельствами невозможности исполнения обязательства (ст. 416 ГК РФ). Напротив, просрочка доставки груза авиаперевозчиком, вызванная задержкой авиарейса по метеословиям, хотя и является бездействием должника-перевозчика, не может квалифицироваться как противоправное бездействие, поскольку вызвана отсутствием физической возможности совершить действие.

2) Гражданско-правовая ответственность в форме возмещения вреда (убытков) предполагает наличие такого вреда (убытков) как результата противоправного поведения. Под вредом как условием гражданско-правовой ответственности понимается всякое умаление личного или имущественного блага лица, потерпевшего от правонарушения. С этой точки зрения различается материальный (имущественный) вред и моральный (неимущественный) вред.

Материальный вред выражается в различных имущественных потерях: утрата здоровья или имущества, уменьшение стоимости поврежденного имущества, несение дополнительных расходов и т. п. Он может быть возмещен в натуре, например, предоставлением другой вещи взамен утраченной (ст. 1082 ГК РФ), либо компенсирован в деньгах, например, в форме возмещения убытков, характеристика которых была дана выше (ст. 15 ГК РФ).

Моральный вред представляет собой физические или нравственные страдания гражданина, вызванные нарушением его личных неимущественных прав: чести и достоинства, неприкосновенности личности, здоровья и т. д. Моральный вред не поддается точной материальной оценке, поэтому он может быть компенсирован в случаях, предусмотренных законом, лишь в приблизительно определенной денежной сумме с учетом требований разумности и справедливости, индивидуальных особенностей потерпевшего и других обстоятельств (ст. 1101 ГК РФ). Компенсация морального вреда осуществляется независимо от подлежащего возмещению имущественного вреда. Например, причинение вреда здоровью может повлечь как компенсацию морального вреда, так и компенсацию материального вреда (возмещение убытков).

3) Установление причинной связи как условия гражданско-правовой ответственности необходимо во всех случаях, когда возлагается ответственность в форме возмещения вреда (убытков). В таких случаях необходимо установить наличие причинной связи между противоправным поведени-

ем лица и возникшим вредом (убытками). Соответственно, противоправно причиненный лицом вред подлежит возмещению, а если вред вызван действием иных причин, а не противоправным поведением лица, он этим лицом не возмещается.

Причинная связь есть *объективно* существующая *конкретная* связь явлений, одно из которых является причиной, а другое – следствием. При этом юридически значимой причиной всегда является поведение людей, т. е. *общественная*, а не естественная связь явлений, которая также возможна. Например, порча овощей, вызванная их гниением в результате долгого хранения, – естественное явление, которое само по себе не может рассматриваться в качестве причинной связи, влекущей гражданско-правовую ответственность. Такие последствия могут быть вызваны ненадлежащими условиями хранения овощей, что представляет собой общественное, юридически значимое явление, влекущее ответственность хранителя за вред, причиненный поклажедателю.

Вопрос о понятии причинной связи в юридической литературе вызывает неутраченные споры, в результате чего сформировались и получили широкое распространение различные теории причинной связи: теория типичного (адекватного) причинения, теория необходимой и случайной причинной связи, теория необходимого условия, теория прямых и косвенных причинных связей, теория возможного и действительного причинения. Так, в соответствии с *теорией типичного (адекватного) причинения* определенное обстоятельство является причиной данного результата лишь в том случае, если данное обстоятельство всегда вызывает аналогичные последствия, а не только в данном случае. Эта теория опровергается самой практикой, показывающей, что типичные причины не всегда влекут одинаковые последствия. Так, кулачный удар по голове может вызвать смерть, а может и не вызвать ее. Однако с точки зрения рассматриваемой теории такой удар не является причиной смерти, с чем согласиться нельзя.

В соответствии с теорией *необходимой и случайной причинной связи* для наступления ответственности требуется необходимая причинная связь между противоправным поведением и наступившим результатом. Случайная причинная связь не дает оснований для привлечения к ответственности за наступивший результат.¹² Однако и здесь возникает практическая проблема: после наступления результата невозможно разграничить необходимые и

¹² См.: Новицкий И. Б., Лунц Л. А. Общее учение об обязательстве. М., 1950. С. 307.

случайные причины, повлекшие этот результат. Кроме того, с точки зрения философии случайных причинных связей быть не может, поскольку связь между причиной и следствием всегда является необходимой.

В соответствии с *теорией необходимого условия* причиной данного результата может быть признано лишь такое обстоятельство, при отсутствии которого результат не наступил бы.¹³ Для выявления причинной связи сторонники теории необходимого условия предлагают использовать следующее правило: мысленно исключить то или иное обстоятельство из числа причин, приведших к данному результату. Если при этом результат не наступил бы, то это обстоятельство признается причиной наступившего результата. Если же при исключении данного обстоятельства результат все равно наступил бы, то это обстоятельство не является причиной наступившего результата. Несмотря на внешнюю привлекательность данной теории, с ней трудно согласиться. В ее свете причинная связь из объективно существующей связи явлений превращается в субъективную оценочную категорию, основанную на предположении о том, что данное условие является причиной данного результата.

В соответствии с *теорией прямых и косвенных причинных связей* причины наступления вреда (убытков) могут быть прямыми и косвенными. Косвенные причинные связи в соответствии с этой теорией предлагается не считать юридически значимыми и не учитывать в качестве условий гражданско-правовой ответственности.¹⁴ Но тогда такие связи нельзя считать и подлинными причинными связями. Кроме того, остается проблема разграничения прямых и косвенных причинных связей.

Согласно *теории возможного и действительного причинения*¹⁵ все обстоятельства, сопутствующие данному результату, являются его причиной, однако не все они играют одинаковую роль. Одни обстоятельства создают лишь абстрактную возможность наступления результата (например, ребенок, купающийся в реке, может утонуть). Другие – создают конкретную возможность наступления результата (например, собирание цветов на действующем полигоне-стрельбище). Третьи – превращают уже возникшую возможность наступления результата в действительность. Это те случаи, когда

¹³ См.: *Церетели Т. В.* Причинная связь в уголовном праве. М., 1963. С. 192.

¹⁴ См. подробнее: *Матвеев Г. К.* Основания гражданско-правовой ответственности. М., 1970. С. 137; *Гражданское право*. Т. 1. 6-е изд. / Под ред. А. П. Сергеева, Ю. К. Толстого. С. 668.

¹⁵ См. подробнее: *Иоффе О. С.* Обязательственное право. М., 1975. С. 113.

причина результата сомнений не вызывает.

В случае абстрактной возможности наступления результата, причинной связи в юридическом значении нет. Если даже результат наступит, то он ответственности не повлечет, так как созданная ситуация не является объективно повторяющейся (дети не всегда тонут в реке). В двух других случаях налицо юридически значимая причинная связь, поскольку создана такая возможность, которая может быть превращена в действительность благодаря обстоятельствам, объективно повторяющимся в данной ситуации (на полигоне систематически стреляют). Чтобы отграничить абстрактную возможность наступления данного результата от конкретной, необходимо знать результат. В индивидуальных особенностях результата всегда воплощаются индивидуальные особенности только одного сопутствующего обстоятельства. Следовательно, только то обстоятельство является причиной, которое отразилось в индивидуальных особенностях данного результата.

4) Вина как условие гражданско-правовой ответственности определяется как родовыми признаками, характеризующими вину в праве (включая публичные отрасли права), так и видовыми (специфическими) признаками. В родовом отношении вина – это субъективное условие всякой юридической ответственности, которое представляет собой такое психическое отношение лица к своему противоправному поведению, в котором проявляется пренебрежение к интересам общества и отдельных лиц. Внутренние психические процессы, происходящие в сознании человека, поскольку непосредственное исследование их невозможно, оцениваются по их внешним проявлениям, т. е. по поведению человека. Виновным является осознаваемое и волевое (умышленное или неосторожное) противоправное поведение лица. В гражданском праве вина имеет значительную специфику, отличающую ее от вины в уголовном и других отраслях права.

Во-первых, в гражданском праве вина является условием ответственности не только физических, но и юридических лиц. При этом считается, что вина юридического лица выражается в виновных действиях его участников (например, полных товарищей, членов производственного кооператива – п. 2 ст. 1068 ГК РФ), органов (руководителей), работников, связанных с исполнением ими трудовых (служебных, должностных) обязанностей (ст. 402, п. 1 ст. 1068 ГК РФ). Участники, органы, работники юридического лица, действия которых повлекли ответственность юридического лица, несут ответственность перед юридическим лицом по регрессному иску последнего. Работники юридического лица несут ответственность перед ним

по трудовому законодательству, поскольку являются субъектами трудового права.

Во-вторых, в гражданском праве, в отличие от уголовного права, действует *презумпция виновности* правонарушителя. Стороны в споре – истец и ответчик обязаны доказывать те обстоятельства, на которые они ссылаются. Истец доказывает факт противоправности поведения ответчика, факт наступления вреда (убытков), причинную связь между противоправным поведением ответчика и наступившим вредом. Вину ответчика истец не может доказать, так как вина – психическое (внутреннее) отношение ответчика к своему противоправному поведению и наступившему результату. Поэтому бремя доказывания невинности закон возлагает на ответчика, который предполагается виновным до тех пор, пока не докажет обратное (п. 2 ст. 401, п. 2 ст. 1064 ГК РФ). Лицо признается невинным, если при той степени заботливости и осмотрительности, какая от него требовалась по характеру обязательства и условиям оборота, оно приняло все меры для надлежащего исполнения обязательства (п. 1 ст. 401 ГК РФ).

В-третьих, выделение *форм вины* в гражданском праве не имеет столь существенного значения как, например, в уголовном праве, где от степени вины (умысел прямой или косвенный, неосторожность в форме небрежности или самонадеянности) зависит квалификация правонарушения и характер наказания. В гражданском праве, по общему правилу, вина является лишь условием, но не мерой ответственности, поскольку здесь действует принцип полного возмещения убытков (ст. 15 ГК РФ). Однако в случаях, предусмотренных законом, и в гражданском праве учитывается степень вины, которая выражается в трех формах: умысле, грубой неосторожности и простой неосторожности. Формы вины в гражданском праве отражают степень заботливости и осмотрительности правонарушителя, которые требовались от него по характеру лежащих на нем обязанностей с учетом конкретных обстоятельств экономического оборота и особенностей самого субъекта-правонарушителя (п. 1 ст. 401 ГК РФ).

Умысел характеризуется намеренностью нарушения, неприятием правонарушителем мер для надлежащего исполнения лежащей на нем обязанности. Как правило, умысел в гражданском праве распространяется только на само поведение, но не на его результат, например, поставщик намеренно задерживает поставку, но не преследует цели причинения потерь убытков.

Более частым условием гражданско-правовой ответственности вы-

ступает вина в форме неосторожности. *Неосторожность* выражается не в намеренности совершения правонарушения, а в несоблюдении правонарушителем необходимых требований заботливости и осмотрительности (внимательности), какие от него требовались по характеру лежащих на нем обязанностей, конкретным обстоятельствам экономического оборота, особенностям субъекта-правонарушителя. Здесь следует учитывать объективный и субъективный критерии оценки характера вины.

Объективный критерий выражается в характере лежащих на правонарушителе обязанностей и конкретных обстоятельствах экономического оборота. Например, исполнение обязательства по доставке груза железнодорожным транспортом и гужевым транспортом предполагают разные требования заботливости и осмотрительности: в первом случае, очевидно, они являются более высокими. Субъективный критерий оценки вины обусловлен особенностями самого субъекта-правонарушителя. Например, при исполнении обязательства к действиям мастера обоснованно предъявляются более высокие требования заботливости и осмотрительности, чем к действиям ученика, обязанного исполнить аналогичное обязательство.

На основе объективного и субъективного критерия оценки формы вины в гражданском праве разграничиваются грубая и простая неосторожность. *Грубая неосторожность* – это несоблюдение правонарушителем элементарных (обычных) требований заботливости и осмотрительности. Так, пешеход допускает грубую неосторожность, переходя улицу на красный свет светофора. Однако если пешеход является незрячим, такое же нарушение с его стороны будет рассматриваться как простая неосторожность, поскольку он должен быть более внимательным и осмотрительным при переходе улицы.

Простая неосторожность – это несоблюдение правонарушителем высоких (необычных) требований заботливости и осмотрительности. При этом исполнение элементарных требований будет означать лишь то, что не была допущена грубая неосторожность. Так, в вину пароходству в форме простой неосторожности может быть поставлено неисполнение в срок обязательства перевозки, если капитан судна, выполнив элементарные требования судоходства, не выполнил тех высоких требований, которые он мог выполнить, и вследствие этого застрял во льдах.

Как уже отмечалось, выделение форм вины в гражданском праве (умысла, грубой и простой неосторожности) имеет значение в случаях, предусмотренных законом: при учете вины потерпевшего, при смешанной и

совместной ответственности. *Вина потерпевшего* может служить основанием освобождения правонарушителя от ответственности. Так, вред, возникший вследствие умысла потерпевшего, возмещению не подлежит; при грубой неосторожности потерпевшего в возмещении вреда может быть отказано (п. 1, 2 ст. 1083 ГК РФ).

Смешанная ответственность основана на смешанной вине нескольких лиц, предъявляющих друг другу встречные требования (п. 2 ст. 1083 ГК РФ). В данном случае убытки наступают в результате виновного поведения и нарушителя и потерпевшего, а сосредотачиваются в сфере одного лишь потерпевшего. При этом наступивший результат представляет собой нераздельную величину, вследствие чего невозможно установить, кто и в каком размере причинил убытки потерпевшему. В таких случаях закон учитывает степень вины и в соответствии с ней распределяются убытки. В частности, если и причинитель, и потерпевший виновны в одинаковой степени (например, автомобилист, превысив скорость, сбивает пешехода, переходящего улицу в непопозволенном месте, – оба допускают грубую неосторожность), то убытки распределяются между ними также в равной мере, в равных долях. Если же степень вины различна, то бóльшую часть убытков относят на счет лица, которое виновно в большей степени.

Совместная ответственность – это ответственность двух и более лиц (сопричинителей) за вред, причиненный третьему лицу-потерпевшему (например, два автомобиля столкнулись и причинили вред пешеходу). Потерпевший при этом не виновен (в этом отличие от смешанной вины). Причиненный вред при совместном причинении, также как и при смешанной вине, представляет собой нераздельную величину, так как неизвестно кто из сопричинителей нанес потерпевшему бóльший вред (в этом сходство со смешанной виной). При совместном причинении потерпевшему возмещаются полностью причиненные убытки, которые впоследствии между самими сопричинителями распределяются соответственно степени вины каждого. Ответственность сопричинителей перед потерпевшим является солидарной, а в случаях, прямо указанных в законе, – долевой (ст. 1080 ГК РФ).

В-четвертых, в гражданском праве вина лишь по общему правилу выступает условием ответственности (п. 1 ст. 401, п. 2 ст. 1064 ГК РФ). Законом или договором могут быть предусмотрены *случаи ответственности независимо от вины*, т. е. за случайное причинение.¹⁶ Например, ответст-

¹⁶ Представляется, что юридическая ответственность не может быть безвиновной, не может наступать за безупречное поведение лица. Случаи ответственности независимо

венность независимо от вины предусмотрена п. 3 ст. 401 ГК РФ. Если иное не предусмотрено законом или договором, лицо, не исполнившее или ненадлежащим образом исполнившее обязательство при осуществлении предпринимательской деятельности, несет ответственность, если не докажет, что надлежащее исполнение оказалось невозможным вследствие непреодолимой силы, т. е. чрезвычайных и непредотвратимых при данных условиях обстоятельств. К таким обстоятельствам не относится, в частности, нарушение обязанностей со стороны контрагентов должника, отсутствие на рынке нужных для исполнения товаров, отсутствие у должника необходимых денежных средств и т. п. Предприниматель несет повышенную ответственность, он отвечает даже за случайное (невиновное) причинение, так как по определению он осуществляет свою деятельность на свой риск.

На началах риска строится также ответственность владельца источника повышенной опасности. Лицо, деятельность которого связана с повышенной опасностью для окружающих (использованием транспортных средств, механизмов, электрической энергии высокого напряжения, атомной энергии, взрывчатых веществ, сильнодействующих ядов и др.), обязано возместить вред, причиненный источником повышенной опасности, если не докажет, что вред возник вследствие непреодолимой силы или умысла потерпевшего (ст. 1079 ГК РФ). Источники повышенной опасности не могут полностью контролироваться человеком, поэтому такая ответственность стимулирует владельцев источников повышенной опасности к тому, чтобы постоянно совершенствовать эксплуатируемые ими источники повышенной опасности, в частности технику безопасности, снижая уровень неконтролируемого человеком проявления их вредоносных свойств. В приведенных примерах ответственность правонарушителя строится на началах риска, т. е. наступает независимо от вины, но и в этих случаях она имеет свою границу, в качестве которой выступает непреодолимая сила. В этой связи следует различать понятия случая и непреодолимой силы.

Случай – это обстоятельство, которое заранее невозможно было предвидеть, а потому и предотвратить. Случайное обстоятельство, пов-

от вины имеют лишь внешнее сходство с юридической ответственностью, по существу же они представляют собой специально предусмотренную законом обязанность лица, действующего на свой риск, возместить возможные отрицательные последствия своей правомерной деятельности, что соответствует восстановительной функции гражданско-правовой ответственности. Субъективным основанием такого возмещения выступает риск лица, который оно берет на себя при осуществлении определенного вида деятельности (предпринимательской деятельности, деятельности, связанной с источником повышенной опасности и др.).

легшее правонарушение, исключает вину правонарушителя, но не его ответственность, если она предусмотрена законом или договором. Случай характеризуется субъективной непредотвратимостью, так как если бы правонарушитель знал о предстоящем случае, он бы мог его предотвратить. Так, если бы предприниматель знал, что его контрагент-должник просрочит поставку сырья, он бы заранее побеспокоился об иных источниках поставки сырья и не нарушил бы своих обязательств перед кредитором, не понес ответственность перед ним.

Непреодолимая сила – это обстоятельство, характеризующееся чрезвычайностью и объективной непредотвратимостью при данных условиях, т. е. непредотвратимостью даже в случаях, если бы его можно было предвидеть.¹⁷ Непреодолимая сила является основанием освобождения лица от ответственности. Например, просрочка доставки груза морским транспортом, вызванная обстоятельствами непреодолимой силы (например, штормом), освобождает перевозчика от ответственности (ст. 166 КТМ РФ). Следует подчеркнуть, что чрезвычайность и непредотвратимость обстоятельства оценивается с учетом конкретных условий деятельности лица, например, обстоятельства, связанные с плаванием во льдах, должны по-разному оцениваться для ледокола и рыболовецкой шхуны. Нередко в договорах перечисляются «форс-мажорные обстоятельства», освобождающие от ответственности контрагентов. Однако необходимо учитывать, что в любом случае эти обстоятельства при возникновении спора подлежат оценке с точки зрения «чрезвычайности и непредотвратимости при данных условиях».

Как уже отмечалось, основанием освобождения ответственности может выступать не только случайное причинение (при действии общего правила об ответственности за вину) или непреодолимая сила (при действии исключения об ответственности независимо от вины), но и *вина потерпевшего*. Так, вред, возникший вследствие умысла потерпевшего, возмещению не подлежит; при грубой неосторожности потерпевшего размер возмещения может быть уменьшен или в возмещении вреда может быть отказано (п. 1, 2 ст. 1083 ГК РФ).

¹⁷ См., подробнее: Павлодский Е. А. Случай и непреодолимая сила в гражданском праве. М., 1978. С. 81–86.

О. А. Макарова*

ДОГОВОРНОЕ РЕГУЛИРОВАНИЕ КОРПОРАТИВНЫХ ОТНОШЕНИЙ

Ключевые слова: акционерное соглашение, уведомление о заключении акционерного соглашения, соотношение акционерного соглашения, закона и устава акционерного общества.

Аннотация: В статье анализируется институт акционерных соглашений в соответствии с российским акционерным законодательством. Рассматриваются вопросы допустимости и пределов свободы акционерного соглашения, соотношения акционерного соглашения, закона и устава акционерного общества.

Key words: *shareholders agreements, parity of the shareholders agreement, joint-stock company, corporative law.*

Annotation: *Regulation of joint-stock activity by shareholders' agreements. In the article the author analyzes the legal institute of shareholders agreements according to the principles of the Russian joint-stock legislation. The problems which are considered by the author would be connected with the admissibility, parity and limits of freedom for the shareholders agreement, with the joint-stock corporation law.*

Вопрос об акционерных соглашениях (shareholders agreement), обсуждавшийся в российской юридической науке на протяжении последних нескольких лет, получил, наконец, свое законодательное разрешение.

С 10 июня 2009 года вступила в силу ст. 32-1 ФЗ «Об акционерных обществах»,¹ согласно которой «акционерным соглашением признается договор об осуществлении прав, удостоверенных акциями, и (или) об особенностях осуществления прав на акции. По акционерному соглашению его стороны обязуются осуществлять определенным образом права, удостоверенные акциями, и (или) права на акции и (или) воздерживаться от осуществления указанных прав. Акционерным соглашением может быть предусмотрена обязанность его сторон голосовать определенным обра-

* Кандидат юридических наук, доцент кафедры коммерческого права СПбГУ.
E-mail: moatmoa@mail.ru

¹ ФЗ от 3 июня 2009 г. № 115-ФЗ «О внесении изменений в Федеральный закон “Об акционерных обществах” и статью 30 Федерального закона “О рынке ценных бумаг”» – www.rg.ru/2009/06/akcionernye-obshestva-dok.html. Аналогичное положение о соглашениях участников ООО действует с 1 июля 2009 в ФЗ «Об обществах с ограниченной ответственностью».

зом на общем собрании акционеров, согласовывать вариант голосования с другими акционерами, приобрести или отчуждать акции по заранее определенной цене и (или) при наступлении определенных обстоятельств, воздерживаться от отчуждения акций до наступления определенных обстоятельств, а также осуществлять согласованно иные действия, связанные с управлением обществом, с деятельностью, реорганизацией и ликвидацией общества».

Если в мировой практике акционерное соглашение – давно и прочно укрепившаяся правовая конструкция, позволяющая урегулировать отношения акционеров (участников) компании как между собой, так и по отношению к создаваемой компании, то для российского бизнеса акционерное соглашение все еще остается экзотическим явлением. Причиной этого является отсутствие традиции договорного регулирования отдельных аспектов взаимоотношений между акционерами в России (выходящих за рамки учредительных документов компании), неоднозначная судебная практика по вопросам применения акционерных соглашений.²

Предпосылками заключения соглашения между акционерами являются, во-первых, объединение миноритарных акционеров для оказания реального влияния на управление («соглашение миноритариев»), и, во-вторых, объединение инвесторов, которые создают совместное предприятие и хотят обеспечить максимально доверительный характер отношений в компании («соглашение соинвесторов»).

В юрисдикциях развитых стран, как англосаксонской, так и континентальной системы права, посредством соглашений между акционерами оформляются многие отношения по различным вопросам. Среди них:

- определение порядка голосования (voting agreements) на общем собрании акционеров, совете директоров;
- ограничение акционеров в распоряжении принадлежащими им акциями, например, запрет на продажу акций в течение определенного периода (lock in, Russian Roulette, tag along, drag along);
- разрешение «тупиковых ситуаций» (deadlock provisions), когда акционерам не удается прийти к общему решению в ситуации 50/50, и деятельность общества оказывается парализованной;
- введение особого порядка формирования органов компании – например, установление привилегий для одного или нескольких акционеров

² <http://forum.yurclub.ru/lofiversion/index.php/>

при назначении членов совета директоров или исполнительного органа общества, совместное выдвижение кандидатов в органы управления общества.

Как правило, акционерное соглашение – это простой письменный договор между всеми или отдельными акционерами, который может затрагивать различные аспекты отношений сторон. Относительно того, какие именно положения должны устанавливаться акционерными соглашениями, а какие – учредительными документами компаний, практика различается не только от страны к стране, но часто и в пределах одной юрисдикции. Например, в Великобритании практически не существует ограничений в отношении предмета акционерного соглашения. В других, например во Франции, положение акционерного соглашения может быть признано недействительным, если оно не соответствует корпоративному законодательству Франции.

В Германии соглашение акционеров может содержать положения, часто встречаемые в уставах. Кроме того, соглашения акционеров обычно предусматривают более детальное описание целей и сферы деятельности применительно к совместным предприятиям, обязательства по финансированию компании, опционы на продажу и покупку, договоренность об объединении процентов (дивидендов) в фонд и т. п. Акционерные соглашения подлежат заверению нотариусом, но не регистрируются в Торговом реестре.

В Великобритании акционерные соглашения, помимо норм, аналогичных нормам меморандума, обычно включают более детальное описание целей и сферы деятельности применительно к совместным предприятиям, порядок финансирования компании и соглашение о вкладах акционеров в неденежной форме; политику распределения прибыли. Как правило, акционерные соглашения не регистрируются, за исключением соглашений между всеми акционерами, если такое соглашение должно иметь преимущество перед нормами учредительных документов или разъясняет нормы учредительных документов.³

На уровне СНГ допустимость таких соглашений предусмотрена п. 4 ст. 3 Модельных законодательных Положений для государств – участников СНГ о защите прав инвесторов на рынке ценных бумаг, принятых 14 апреля 2005 г. Межпарламентской Ассамблеей государств – участников СНГ.⁴

С проникновением на российские рынки иностранного капитала, привыкшего оперировать давно известными и удобными бизнес-инстру-

³ <http://corp-gov.ru/bd/db/25.10.2008>.

⁴ <http://pravo.levonevsky.org/bazaby091/shor29/text29749.htm>

ментами, акционерные соглашения стали приобретать популярность. Как правило, вопрос о заключении подобного соглашения встает в момент структурирования сделки в области М&А, когда у сторон возникает множество взаимных обязательств, причем значительная их часть порождается не нормами закона, а договоренностями между сторонами такой сделки. Например, стороны могут договориться:

- о голосовании определенным образом по определенным вопросам, включаемым в повестку дня собраний акционеров (участников);
- об установлении ограничений на покупку-продажу акций (долей) общества или особого порядка выкупа акций у участника, желающего выйти из общества;
- о сохранении рабочих мест в структуре присоединяемой (поглощаемой) компании;
- о количестве мест в совете директоров вновь создаваемого общества, закрепляемых за каждой стороной сделки;
- о нераспределении прибыли в первые годы существования совместного предприятия или особом порядке распределения прибыли, и многое другое.

Более того, сейчас необходимость заключения акционерного соглашения возникает в рамках многих сделок М&А уже в силу того, что иностранные инвесторы просто привыкли работать с использованием столь удобного инструмента и указывают на необходимость подобного соглашения как на один из основных параметров сделки.⁵

Несмотря на законодательное закрепление данного института в действующем российском законодательстве об АО и ООО, остается целый ряд нерешенных вопросов, касающихся его применения. Обозначим только некоторые.

1. Допустимость и пределы свободы договора в рамках корпоративного законодательства.

Как известно, ст. 421 ГК РФ провозглашает свободу договора: стороны могут заключить договор, как предусмотренный, так и не предусмотренный законом и иными правовыми актами. Следовательно, теоретически заключение акционерных соглашений по действующему российскому праву возможно. Однако наряду с принципом свободы договора действует принцип «договор и закон»: договор должен соответствовать обязательным

⁵ См: <http://www.vestniko.ru/publ/7-1-0-25>.

для сторон правилам, установленным законом и иными правовыми актами (императивным нормам), действующим в момент его заключения.

Представляется, что акционерное соглашение не должно противоречить нормам закона, иных нормативных правовых актов. Иными словами, те положения, которые определены императивными нормами закона, не могут быть изменены акционерными соглашениями. Если норма диспозитивна и допускает выбор варианта поведения, то отношения, урегулированные такой нормой, могут регулироваться и акционерными соглашениями. Чем больше в законе диспозитивных норм, тем больше выбор поведения для акционеров и для формирования ими корпоративных норм, тем больше «пространства» для договорного регулирования отношений между акционерами.

Таким образом, свобода акционерного соглашения как договора между акционерами ограничивается императивными нормами, содержащимися как в ГК РФ (например, ст. 22, ст. 209 ГК РФ), так и в специальном законе об АО. Практически любое ограничение прав акционера, не прописанное в вышеуказанных законах в качестве диспозитивной нормы, может быть признано в судебном порядке отказом от права, неправомерным ограничением права собственника в распоряжении своим имуществом и т. п. Это повлечет за собой признание недействительным акционерного соглашения, ставшего предметом судебного спора, в соответствующей части, и, следовательно, участник такого акционерного соглашения, которого касается подобная недействительная норма, будет освобожден от необходимости ее исполнения.

Соглашение акционеров, не соответствующее требованиям закона и иных правовых актов, ничтожно (ст. 168 ГК РФ), поскольку акционерный закон не устанавливает, что такое соглашение может быть оспорено и не предусматривает иных последствий нарушения.

Таким образом, в рамках действующего императивного акционерного законодательства и предусмотренных им ограничений сфера акционерных соглашений останется крайне узкой. Для разрешения такой ситуации необходимо включение положений об акционерных соглашениях в ГК РФ, где нужно предусмотреть условия о допустимости таких соглашений.

Действующий акционерный закон характеризуется как весьма императивный. Изобилие императивных норм не отвечает современным потребностям использования более гибких и «индивидуализирующих» конкретное

АО правовых конструкций.⁶ В связи с этим встает вопрос о включении в закон диспозитивных норм и об установлении более гибкого законодательного регулирования тех отношений, которые могут быть перенесены в сферу договорного регулирования между акционерами. Первый пример тому – появление в ст. 69 Закона «Об акционерных обществах» пп. 5–7, предусматривающих выход из «тупиковой ситуации» при решении вопроса об образовании единоличного исполнительного органа АО или о досрочном прекращении его полномочий.

2. Соотношение соглашений акционеров и учредительных документов АО. Последствия противоречий положений соглашения и устава АО.

Теоретически отношения между акционерами должны были бы регулироваться исключительно учредительными документами АО, однако в практике западных стран акционеры часто стремятся дополнить или заместить некоторые положения учредительных документов акционерным соглашением. По сравнению с учредительными документами АО (как правило, это устав АО) акционерные соглашения имеют определенные преимущества. Во-первых, учредительные документы (уставы АО) доступны для обозрения широкому кругу лиц, их сведения подлежат обязательной публикации. Положения акционерного соглашения могут сохраняться конфиденциальными.

Во-вторых, акционерные соглашения заключаются в простой письменной форме, не вносятся в реестры и не подлежат нотариальному удостоверению. Так, согласно п. 1 ст. 32-1 российского закона, акционерное соглашение заключается в письменной форме путем составления одного документа, подписанного сторонами.

Процедура изменения или дополнения акционерного соглашения обычно значительно проще по сравнению с изменением устава АО. В частности, в большинстве юрисдикций для изменения акционерного соглашения обычно не требуется каких-либо регистрационных действий.

В-третьих, стороны могут подчинить акционерное соглашение иностранному праву. Согласно ст. 1210 ГК РФ, «стороны договора могут при заключении договора или в последующем выбрать по соглашению между собой право, которое подлежит применению к их правам и обязанностям по этому договору».

Требования устава обязательны для исполнения всеми акционерами.

⁶ Гуреев В. А. Проблемы защиты прав и интересов акционеров в Российской Федерации. М., 2007. С. 110.

Акционерное соглашение является обязательным только для его сторон.

Представляется, что акционерное соглашение не должно противоречить положениям устава АО. Кроме того, акционерные соглашения могут заключаться в развитие и для конкретизации положений устава АО, но не должны им противоречить. Вместе с тем остается открытым вопрос о последствиях противоречия положений соглашения акционеров и устава АО.

3. Действие акционерных соглашений в отношении третьих лиц и возможность участия в соглашении акционеров самого общества.

В российской юридической науке до сих пор не существует единого понимания акционерного соглашения. Так, некоторые отмечают, что договор между акционерами является новым видом гражданско-правового договора.⁷ По мнению других, данный договор относится к числу непоименованных договоров.⁸ Третьи рассматривают данный договор в качестве самостоятельного договора.⁹ По мнению В. А. Гуреева, «представляется уместнее рассматривать акционерное соглашение в качестве специфической разновидности договора о совместной деятельности»¹⁰.

В любом случае акционерное соглашение является договором между отдельными или всеми акционерами и, следовательно, имеет обязательственно-правовую природу. В силу этого исключено действие таких соглашений, как на третьих лиц, так и на хозяйственное общество в целом. Новые акционеры автоматически подпадают под сферу действия устава АО, но не соглашения акционеров. Акционерное соглашение является обязательным только для его сторон. Сделка, заключенная стороной акционерного соглашения в нарушение данного соглашения, является оспоримой. Она может быть признана судом недействительной по иску заинтересованной стороны акционерного соглашения только в случаях, если будет доказано, что другая сторона по сделке знала или заведомо должна была знать об ограничениях, предусмотренных акционерным соглашением (п. 4 ст. 32-1 Закона). Остаются вопросы в отношении круга лиц, имеющих право на оспаривание, поскольку закон говорит о заинтересованной стороне соглаше-

⁷ Жаворонков А. Договор между акционерами // Корпоративный юрист. 2005. № 2. С. 22.

⁸ Левинский Е. Н. Использование модели соглашений акционеров в России // Закон. 2006. № 10. С. 126; Сергеев А. П. Юридическая природа и использование акционерных соглашений по российскому праву // Корпоративный юрист. 2007. № 10. С. 7.

⁹ Остапец И., Коновалов А. Соглашения акционеров в практике совместных предприятий с российским участием // Слияния и поглощения. 2006. № 1/2. С. 50 – 54.

¹⁰ Гуреев В. А. Проблемы защиты прав и интересов акционеров ... С. 112 – 113.

ния. Другой вопрос – доказывание «знания» о наличии предусмотренных соглашением ограничений, иными словами, сторона по сделке должна быть ознакомлена с условиями акционерного соглашения, сведения о котором не раскрываются.

Стороной акционерного соглашения само общество не является. В литературе высказываются и иные соображения на этот счет. В частности, В. А. Гуреев полагает, что «обязательной стороной акционерного соглашения должны являться органы управления АО. Подписанное только между акционерами соглашение абсолютно ни к чему не обязывает АО, что, в свою очередь, во многом лишает смысла само соглашение. Поэтому он считает, что для обеспечения участия органов управления в качестве стороны договора необходимо законодательно установить их обязанность на вступление в переговоры с акционерами. Если по итогам переговоров от подписания соглашения они отказываются, то акционеры вправе передать разногласия, возникшие при его заключении, на рассмотрение суда, и соответственно определять условия акционерного соглашения будет суд».¹¹

Органы АО действуют в соответствии с законом, иными правовыми актами и учредительными документами (уставом) АО в пределах компетенции, определенной данными актами. Решения органов общества могут быть признаны недействительными в судебном порядке как в случае, «когда возможность оспаривания предусмотрена в Законе (статьи 53, 55 и др.), так и при отсутствии соответствующего указания, если принятое решение не отвечает требованиям Закона и иных нормативных правовых актов и нарушает права и охраняемые законом интересы акционера. Ответчиком по такому делу является акционерное общество».¹²

Нарушение акционерного соглашения не может являться основанием для признания недействительными решений органов общества (п. 4 ст. 32-1 Закона).

4. Возможность заключения соглашения не всеми акционерами. Последствия в отношении прав других акционеров.

Акционерное соглашение должно быть заключено в отношении всех акций, принадлежащих стороне акционерного соглашения, но может быть заключено не всеми акционерами, а некоторыми. В связи с этим возникает

¹¹ Гуреев В. А. Проблемы защиты прав и интересов акционеров ... С. 115.

¹² Постановление Пленума ВАС РФ от 18 ноября 2003 № 19 «О некоторых вопросах применения ФЗ «Об акционерных обществах» // Официальные документы. № 1. Январь. 2004.

вопрос об обеспечении прав и интересов тех акционеров, которые не являются стороной акционерного соглашения.

Статья 89 Закона об АО предусматривает обязанность АО хранить уведомления о заключении акционерных соглашений, направленные обществу, а также списки лиц, заключивших такие соглашения. Но обязанность уведомить общество о заключении акционерного соглашения возникает только в том случае, если на основании соглашения у акционера возникло право определять порядок голосования на общем собрании акционеров по акциям, выпуск которых сопровождался регистрацией их проспекта.

В остальных случаях акционеры – участники акционерного соглашения не обязаны уведомлять общество о заключенных акционерных соглашениях и раскрывать их условия, следовательно, и акционеры, не являющиеся участниками такого соглашения, не имеют этой информации.

5. Предмет акционерного соглашения.

Коль скоро акционерное соглашение является договором, то, как любой договор, оно считается заключенным, если между сторонами в требуемой в надлежащих случаях форме достигнуто соглашение по всем существенным условиям договора. Согласно ст. 432 ГК РФ, существенными являются условия о предмете договора, условия, которые названы в законе или иных правовых актах как существенные или необходимые для договоров данного вида, а также все те условия, относительно которых по заявлению одной из сторон должно быть достигнуто соглашение.

Соответственно возникает вопрос о предмете акционерных соглашений. Как следует из п. 1 ст. 32-1 ФЗ «Об акционерных обществах», предметом акционерного соглашения является осуществление определенным образом прав, удостоверенных акциями, и (или) особенности осуществления прав на акции, и (или) обязанность воздерживаться от осуществления указанных прав. Предметом акционерного соглашения не могут быть обязательства стороны акционерного соглашения голосовать согласно указаниям органов управления общества, в отношении акций которого заключено данное соглашение.

Закон не называет условий, которые являются существенными или необходимыми для данного договора. Как предусмотрено ст. 32-1 Закона, акционерным соглашением *может быть предусмотрена обязанность* его сторон осуществлять согласованно иные действия, связанные с управлением обществом, с деятельностью, реорганизацией и ликвидацией общества.

Вместе с тем, в Концепции развития законодательства о юридичес-

ких лицах совершенно верно отмечается, что «соглашения акционеров» не могут менять корпоративную структуру, порядок принятия корпоративных решений и иные корпоративные правила, поскольку они устанавливаются правом порядком в расчете на третьих лиц, которые могут не являться участниками соглашения акционеров. Их условия не могут противоречить законодательным запретам, природе отношений или публичным интересам.

С этой точки зрения, не могут считаться допустимыми условия, влияющие на определение кворума (общего собрания или совета директоров), порядок созыва и проведения общего собрания участников, а также предоставляющие одному из участников право назначать руководителя юридического лица (если закон прямо не разрешает устанавливать такое дополнительное право). Согласованный сторонами такого соглашения запрет на передачу акций (долей) третьим лицам или конкурентам не может нарушать правила антимонопольного законодательства или вступать в противоречие с основными принципами правопорядка (например, запрет, установленный не на разумно короткий срок, а на десятилетия).¹³

Несмотря на предложения Концепции, вступившая в силу ст. 32-1 акционерного закона допускает, что условием акционерного соглашения может быть определение порядка голосования на общем собрании акционеров. Кроме того, акционерным соглашением может определяться порядок образования единоличного исполнительного органа и досрочного прекращения его полномочий в случае возникновения «тупиковой ситуации».

Нормы законов о реорганизации и ликвидации АО носят публично-правовой характер и направлены на обеспечение интересов не только самих акционеров, но, в первую очередь, – кредиторов АО, поэтому акционерным соглашением могут быть предусмотрены действия, связанные с реорганизацией и ликвидацией АО, лишь в той мере, в какой они не нарушают нормы законов о реорганизации и ликвидации.

6. Последствия нарушения акционерного соглашения.

Последствием нарушения акционерного соглашения может быть только гражданско-правовая договорная ответственность в виде возмещения убытков и (или) взыскания неустойки. П. 7 ст. 32-1 акционерного закона предусматривает право сторон акционерного соглашения требовать не только возмещения причиненных нарушением соглашения убытков, взыскания неустойки (штрафа, пени), но и *выплаты компенсации* (твердой де-

¹³ Концепция развития законодательства о юридических лицах // http://privlaw.ru/concep_YUR.

нежной суммы или суммы, подлежащей определению в порядке, указанном в акционерном соглашении). Такую компенсацию можно рассматривать как *заранее определенные убытки*, что характерно для стран англо-американской правовой семьи.

Заранее определенными убытками называются убытки, сумма компенсации которых исчисляется в соответствии с положениями договора, устанавливающими либо фиксированный размер, либо порядок («формулу») его исчисления. Соответствующие условия, особенно когда одна из сторон договора находится в доминирующем положении, могут быть признаны недействительными, в частности, если из контекста договора ясно, что заранее определенные убытки не отвечают цели этого института, а именно: намерению сторон действительно заблаговременно установить размер компенсации на случай предполагаемых (вероятных) для конкретной договорной ситуации убытков. Такое намерение не должно быть мнимым или фиктивным.¹⁴

Указание в акционерном соглашении твердой денежной суммы в качестве компенсации или порядка, в котором данная сумма будет определяться, может привести, с одной стороны, к ущемлению прав акционеров – стороны такого соглашения, например, в том случае, когда определенный размер очевидно выше, чем любые возможные убытки, с другой стороны, может явиться формой злоупотребления правом акционеров.

Пункт 7 ст. 32-1 закона предусматривает право сторон акционерного соглашения требовать применения иных мер ответственности в связи с нарушением акционерного соглашения. Возникает вопрос: какие иные меры ответственности, кроме мер гражданско-правовой ответственности за неисполнение или ненадлежащее исполнение обязательств, вытекающих из акционерного соглашения, могут быть применены?

7. Способы обеспечения исполнения акционерного соглашения.

Акционерным соглашением могут предусматриваться *способы обеспечения исполнения обязательств*, вытекающих из акционерного соглашения. Закон не ограничивает выбор способов обеспечения исполнения данных обязательств, что может привести к ущемлению прав и интересов акционеров и явиться формой злоупотребления правом.

В частности, установление в акционерном соглашении значительной неустойки за его нарушение, совершенно не означает, что подобная не-

¹⁴ Бушев А. Ю., Макарова О. А., Попондопуло В. Ф. Коммерческое право зарубежных стран: Учеб. пособие. СПб., 2003. С. 170.

устойка будет взыскана противоположной стороной – российские суды в настоящее время весьма активно применяют ст. 333 ГК РФ, предоставляющую им право уменьшать неустойку, если она явно несоразмерна последствиям нарушения обязательства.

8. *Разрешение споров по акционерным соглашениям.*

Статья 32-1 акционерного закона предусматривает, что права сторон акционерного соглашения, основанные на этом соглашении, подлежат *судебной защите*. Вместе с тем, в акционерное соглашение возможно включение арбитражной оговорки и передача спора, возникающего из данного соглашения, на рассмотрение третейского суда.

Таким образом, институт акционерных соглашений является поистине революционным для АО и ООО. Время и судебно-арбитражная практика покажут, «приживется» ли данный институт в российском корпоративном праве или будет отторгнут.

Е. В. Слепченко*

УПРОЩЕННЫЙ ПОРЯДОК РАССМОТРЕНИЯ ГРАЖДАНСКИХ ДЕЛ

Ключевые слова: гражданский процесс, арбитражный процесс, упрощенный порядок, приказное производство, судебный приказ.

Аннотация: Исследование посвящено рассмотрению проблем упрощенного порядка рассмотрения судебных дел в гражданском и арбитражном процессах; исследуется институт судебного приказа.

Key words: civil procedure, arbitration procedure, summary proceeding, writ, mandamus.

Annotation: Summary proceeding in trial of civil cases.

The article is devoted to the investigation of the summary procedure in civil and arbitration cases according to the writ of fieri facias.

Современная судебная система развивается в направлении поиска упрощенных форм разрешения дел. Некоторые используемые в этом плане институты, например, заочное и приказное производство, известны давно. С возрастанием гражданского оборота возникает необходимость поиска новых упрощенных процедур, чтобы судебная система смогла «переварить» то количество дел, которое передается судам. Так было, например, в 20-е годы прошлого века, когда в период новой экономической политики количество дел, рассматриваемых в российских судах, возросло вдвое.¹

Упрощенные формы возбуждения и разрешения гражданских дел судами известны также зарубежному процессуальному праву. Например, во Франции применяются такие упрощенные судебные процедуры, как заявление секретарю суда, если цена иска незначительна; приказ совершить действие по исполнению договорного обязательства; приказ заплатить по бесспорному денежному обязательству; процедура разрешения неотложных вопросов, выражающаяся в немедленном применении по ходатайству одной из сторон мер, необходимых для защиты нарушенного права, и принятие временного судебного решения, предваряющего окончательное разрешение спора по существу в рамках обычной состязательной процедуры.²

* Кандидат юридических наук, доцент кафедры гражданского и международного частного права Ленинградского государственного университета им. А. С. Пушкина.

¹ См.: *Вершинин А. П.* Упрощение и ускорение советского гражданского процесса: опыт теории и практика (20-е годы) // Вестник ЛГУ. Серия 6. Право. 1988. Вып. 2. С. 60–65.

² Оптимизация гражданского правосудия России / Под ред. В. В. Яркова. М., 2007.

В России также успешно используются такие упрощенные формы рассмотрения дел при наличии относительно бесспорных письменных доказательств, как приказное производство и заочное производство в судах общей юрисдикции (введены с 1995 г.), упрощенное производство в арбитражных судах (введено с 1 сентября 2002 г.), упрощенные процедуры банкротства ликвидируемого должника и отсутствующего должника. Дальнейшее совершенствование упрощенных процедур возможно по ряду других направлений: развитие примирительных процедур, альтернативных форм разрешения споров и т. п.

Упрощение рассмотрения гражданских дел может выражаться, в частности, в упрощенном порядке их возбуждения, подготовки к судебному разбирательству, судебного разбирательства, установлении имущественного порога для пересмотра судебных решений в вышестоящих судебных инстанциях, и т. д.

Вводя упрощенный порядок рассмотрения гражданских дел, законодатель должен относиться с осторожностью к некоторым его проявлениям. Например, упрощение порядка возбуждения гражданских дел может привести к резкому возрастанию количества дел, передаваемых на разрешение суда, установление имущественного порога для пересмотра судебных решений – к необоснованному ограничению права на судебную защиту. Так, упрощенная процедура возбуждения дел о банкротстве по Федеральному закону от 8 января 1998 г. № 6-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)»³ привела к возбуждению значительного числа дел (до 147 тыс. в год). Изменение законодательства о банкротстве в конце 2002 г.,⁴ предусматривающее подтверждение денежного требования конкурсного кредитора решением суда, арбитражного суда, третейского суда, привело к уменьшению количества дел о банкротстве (до 14 тыс. в год).

В то же время роль и значение упрощенных судебных процедур трудно переоценить. Благодаря таким судебным процедурам обеспечивается быстрое и эффективное осуществление правосудия, обеспечивается доступность судебной защиты гражданских прав (в частности за счет снижения размера государственной пошлины), удешевляется процесс по сравнению с полноценным иском судопроизводством (суды разгружаются от тех дел,

С. 85.

³ СЗ РФ. 1998. № 2. Ст. 222.

⁴ См.: Федеральный закон от 26 октября 2002 г. № 127-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)» // СЗ РФ. 2002. № 43. Ст. 4190.

которые не нуждаются в детальной процедуре рассмотрения), устраняется ненужная волокита.

Правовая природа упрощенных производств, их единство и дифференциация и другие связанные с этим вопросы в гражданской процессуальной науке являются дискуссионными. Чтобы выразить свое отношение к указанным вопросам и сделать соответствующие предложения по совершенствованию гражданского процессуального законодательства, рассмотрим сначала особенности приказного производства в судах общей юрисдикции, а затем – упрощенного производства в арбитражном суде.

Аналоги приказного производства известны со времен римского права, где оно существовало в форме преторской защиты.⁵ Претор по просьбе заявителя давал распоряжение (интердикт) о немедленном прекращении каких-либо действий, нарушающих интересы последнего. Первоначально претор давал интердикты после расследования фактов, поэтому интердикт был безусловным и категорическим распоряжением. Но по мере увеличения количества дел претор стал давать интердикты без проверки фактов, в виде условного распоряжения, которое можно было оспорить. Если лицо, против которого выдан интердикт, не выходя от претора, оспаривало интердикт и требовало назначения судьи, это требование удовлетворялось. Судебное разбирательство могло привести или к подтверждению интердикта (и тогда он из условного приказа превращался в безусловный), или к оправданию ответчика.

В последующей истории упрощенные (сокращенные) процедуры судебного судопроизводства также были хорошо известны. В частности, это взыскания по векселям и другим бесспорным документам в средневековой Европе, бессудные грамоты, а затем и более развернутая система сокращенного производства в России (Псковская и Новгородская судные грамоты, Судебники 1497 и 1550 гг., Соборное уложение 1649 г., Устав гражданского судопроизводства 1864 г.).⁶

Упрощенное судопроизводство было известно и советскому гражданскому процессуальному праву. По ГПК РСФСР 1923 г., где впервые появился термин «судебный приказ», допускался особый порядок рассмотрения в виде выдачи судебных приказов для простейших дел (о взыскании денег, о передаче имущества), основанных на зафиксированных и не подлежащих

⁵ Новицкий И. Б. Римское частное право. М., 1994. С. 61.

⁶ Черемин М. А. Приказное производство в российском гражданском процессе. М., 2001. С. 14.

оспариванию документов (опротестованном векселе, мировой сделке и т. п.). Выдача судебных приказов производилась без вызова сторон и без публичного разбора дел единолично народным судьей, которому достаточно было предъявить подлинный документ. Поскольку на тот момент было известно только два вида гражданского судопроизводства: исковое и особое производство, – выдача судебных приказов по актам относилась к делам особого производства.⁷

В 1928 г. глава 24 «О выдаче судебных приказов по актам» была исключена из ГПК РСФСР, а институт судебных приказов был передан в компетенцию нотариата, где трансформировался в институт исполнительных надписей – нотариального действия, направленного на придание исполнительной силы долговым и платежным документам, существующий и поныне. Объяснялось все это тем, что материально-правовая природа требований (беспорных по существу), по которым выдавались судебные приказы, противоречила сущности советского судопроизводства, принципам осуществления правосудия, характеризующегося непрременной активной ролью суда.⁸ Для этого периода характерно признание советскими юристами общности юридической природы правовых институтов судебного приказа и исполнительной надписи.⁹

Институт судебного приказа начал свое возрождение с середины 80-х годов прошлого века, когда в судебную практику было введено упрощенное производство по взысканию алиментов на несовершеннолетних детей.¹⁰ В середине 90-х годов ГПК РСФСР был дополнен главой «Судебный приказ». Правила о судебном приказе не заменяли обычные виды гражданского судопроизводства (исковое и особое производство), а только дополняли их, давая возможность не проводить каждое гражданское дело по всем стадиям процесса, вне зависимости от фактических обстоятельств дела и его сложности. Внедрение данного института позволило в короткий срок разгрузить суды от исков, основанных на беспорных письменных доказательствах и не представляющих сложности для разрешения.¹¹

⁷ *Гойхбарг А. Г.* Курс гражданского процесса. М., 1928. С. 286.

⁸ *Ефимова Ю. В.* Виды гражданского судопроизводства. Саратов, 2008. С. 93.

⁹ Виды гражданского судопроизводства / Отв. ред. Е. А. Трещевой. Самара, 2006. С. 10.

¹⁰ См.: Указ Президиума Верховного Совета РСФСР от 20 февраля 1985 г. «О некотором изменении порядка взыскания алиментов на несовершеннолетних детей» // Ведомости Верховного Совета РСФСР. 1985. № 9. Ст. 305.

¹¹ *Ефимова Ю. В.* Виды гражданского судопроизводства. С. 95.

Глава «Судебный приказ» вошла в ГПК РСФСР в подраздел «Исковое производство», что вело к выводу о том, что дела, рассматриваемые в порядке искового производства, и дела, по которым выдается судебный приказ, имеют одну и ту же материально-правовую природу. В то же время ч. 2 ст. 125.8 ГПК РСФСР гласила, что если усматривалось наличие спора о праве, который невозможно разрешить на основании представленных документов, судья отказывает в выдаче судебного приказа.

Действительно, дела, разрешаемые в порядке искового производства, являются спорными, и исход дела не представляется очевидным, так как суду надлежит установить наличие или отсутствие обстоятельств, обосновывающих требования и возражения сторон, а обязанность доказывания лежит на каждой из сторон. В производстве же по выдаче судебного приказа обязанность обосновать свои требования возложена на кредитора, который должен представить суду бесспорные доказательства, которые делают очевидным разрешение дела судом. В известном смысле, более логичным было регулирование по ГПК РСФСР 1923 г., когда данная категория дел входила в состав дел особого производства.

На самом деле институт судебного приказа в рассматриваемый период регламентировал вовсе не вид гражданского судопроизводства, а лишь упрощенный процессуальный порядок рассмотрения известного рода дел, характеризуемых следующими признаками:

– требования, по которым выдавался судебный приказ, предусматривались процессуальным законом, как, впрочем, и форма, и содержание заявления о выдаче судебного приказа, основания к отказу в принятии заявления, порядок выдачи и отмены судебного приказа и т. д.

– судебный приказ как акт судебной власти характеризовался двойственной природой (являлся одновременно судебным актом и исполнительным документом) и выдавался только по бесспорным требованиям, подтвержденным документами. Судебный приказ не выдавался, если должник возражал против заявленного требования и возникал спор, который невозможно разрешить на основании представленных заявителем документов.

Таким образом, можно констатировать, что до принятия действующего ГПК РФ, приказное производство не квалифицировалось как самостоятельный вид гражданского судопроизводства, его правовая природа была аналогична природе того вида гражданского производства, по правилам которого рассматривались соответствующие гражданские дела. Особенность заключалась лишь в том, что по определенному перечню требований, пре-

дусмотренных процессуальным законом, устанавливалась упрощенная процессуальная процедура.

В действующем ГПК РФ положения о судебном приказе нашли закрепление в подразделе I «Приказное производство» раздела II ГПК РФ и по существу поставлены в один ряд с исковым производством и другими самостоятельными видами судопроизводства. Создается впечатление, что приказное производство также является самостоятельным видом гражданского судопроизводства. Так ли это? Для ответа на поставленный вопрос рассмотрим действующие правила приказного производства.

Приказное производство начинается по инициативе заинтересованного лица – кредитора (взыскателя). Заявление о выдаче судебного приказа подается в суд в соответствии с общими правилами подсудности, установленными ГПК РФ (ст. 123 ГПК РФ). Дела о выдаче судебного приказа относятся к подсудности мировых судей, рассматривающих их в качестве суда первой инстанции (ст. 23 ГПК РФ).¹² Заявление о вынесении судебного приказа оплачивается государственной пошлиной в размере 50 % ставки, установленной для исковых заявлений. Пониженный размер государственной пошлины стимулирует кредитора к обращению в суд в порядке именно приказного, а не искового производства. Заявление о выдаче судебного приказа должно соответствовать по форме и содержанию требованиям (реквизитам), предусмотренным ст. 124 ГПК РФ.

ГПК РФ не предусматривает процедуры возвращения заявления, а также возможности оставления заявления о вынесении судебного приказа без движения. При наличии оснований, предусмотренных ст. 125 ГПК РФ, судья в течение трех дней со дня поступления заявления в суд выносит определение об отказе в принятии заявления о вынесении судебного приказа. Указанное определение может быть обжаловано в вышестоящий суд, поскольку препятствует дальнейшему движению дела. Вынесенное определение не является препятствием для обращения в суд с исковым заявлением по тем же основаниям, предмету, к тому же должнику.

Судебный приказ выносится в течение пяти дней со дня поступления заявления о вынесении судебного приказа в суд. Судебный приказ вы-

¹² Практика показывает, что судебная защита путем выдачи судебного приказа является востребованной и эффективной. В порядке приказного производства рассматривается почти половина всех заявлений по гражданским делам, поступающим мировым судьям, что ежегодно составляет от одного до двух миллионов дел (Маслова Т. Н. Требования, по которым выдается судебный приказ: проблемы теории и практики // Актуальные проблемы российского права. Краснодар, 2008. Ч. 2. С. 48).

носится без судебного разбирательства и вызова сторон для заслушивания их объяснений. Суд не информирует должника об обращении взыскателя с заявлением о вынесении судебного приказа. Поэтому принцип состязательности в приказном производстве не проявляется так же ярко, как в исковом производстве, но и здесь он «реализуется в обращении в суд кредитора за выдачей приказа и возражениях должника против выдвигаемых кредитором требований»,¹³ если они последуют.

Требования к судебному приказу предусмотрены ст. 127 ГПК РФ. По мнению одних авторов, судебный приказ состоит из вводной, мотивировочной и резолютивной части,¹⁴ другие отрицают существование мотивировочной части в судебном приказе.¹⁵ Судебный приказ составляется на специальном бланке в двух экземплярах, которые подписываются судьей. Один экземпляр судебного приказа остается в производстве суда. Для должника изготавливается копия судебного приказа.

Судья извещает должника о вынесении судебного приказа, высылая ему копию судебного приказа. Должник в течение десяти дней со дня получения приказа имеет право представить возражения относительно его исполнения. День получения копии судебного приказа определяется тем днем, когда копия заказным письмом с уведомлением поступила по адресу, указанному взыскателем.

Судья должен отменить судебный приказ, если от должника в установленный срок поступят возражения относительно его исполнения, даже в том случае, если причины и мотивы возражения отсутствуют, не обоснованы или не имеют юридического значения. В определении об отмене судебного приказа судья разъясняет взыскателю, что заявленное требование им может быть предъявлено в порядке искового производства. Определение об отказе в отмене приказа не обжалуется в кассационном порядке, однако судебный приказ можно обжаловать в порядке надзора.

В том случае, если в течение десяти дней со дня получения должником копии судебного приказа от него не поступят возражения, второй экземпляр судебного приказа выдается взыскателю для предъявления к исполнению (п. 1 ст. 130 ГПК РФ). По просьбе взыскателя, выраженной в письменной форме, судебный приказ может быть направлен судом для ис-

¹³ Виды гражданского судопроизводства. С. 20.

¹⁴ Там же.

¹⁵ Гражданское процессуальное право: Учебник / Под ред. М. С. Шакарян. М., 2004. С. 303.

полнения судебному приставу-исполнителю.

Судебный приказ имеет силу исполнительного документа, поэтому исполнительный лист не выдается. Двойственная природа судебного приказа как судебного акта первой инстанции, которым дело разрешается по существу, и как исполнительного документа, взыскание по которому производится в порядке, установленном для исполнения судебных постановлений, отмечается и в литературе; судебный приказ определяется как «немотивированное постановление судьи первой инстанции, вынесенное по правилам приказного производства по заявлению кредитора о взыскании денежных сумм или об истребовании движимого имущества от должника, основанное на представленных кредитором письменных доказательствах и имеющее силу исполнительного документа, взыскание по которому производится... в порядке, установленном для исполнения судебных решений».¹⁶

Исходя из правил действующего законодательства, можно выделить следующие характерные признаки приказного производства:

– оно осуществляется в отношении бесспорных требований по поводу денежных средств или движимого имущества, предусмотренных ст. 122 ГПК РФ и удостоверенных письменными доказательствами (документами), обладающими высокой степенью достоверности. По мнению тех авторов, которые относят приказное производство к самостоятельному виду гражданского судопроизводства наряду с исковым и иными видами производства, это производство также обусловлено характером материально-правовых требований. На наш взгляд, все же не характер материально-правовых требований определяет особенности приказного производства, а исключительно воля законодателя. Известно, что требования, которые в настоящее время рассматриваются в порядке приказного производства (судебного производства), раньше находились в компетенции нотариальных органов, а до этого также рассматривались судом. Бесспорность этих требований определяется не их материально-правовой природой (в соответствии с ней они как раз могут быть спорными), а учитываемые процессуальным законом факты, например, отсутствие на момент выдачи судебного приказа возражений ответчика (которые, как известно, могут появиться после и послужить основанием для отмены судебного приказа);

¹⁶ Черемин М. А. Приказное производство в российском гражданском процессе. С. 91. О сходстве и различиях судебного приказа и судебного решения см. также: Решетняк В. И., Черных И. И. Заочное производство и судебный приказ в гражданском процессе. М., 1997. С. 50–51; Виды гражданского судопроизводства. С. 12.

– приказное производство является альтернативным искомому производству. Выбор процессуального производства, в котором дело подлежит разрешению (приказное или искомое), – право лица, которое обращается в суд за защитой своих прав. По существу, истец выбирает порядок рассмотрения его дела, материально-правовая природа которого от этого не меняется. При этом выбор упрощенной процессуальной формы ускоряет рассмотрение дела, но не дает абсолютных гарантий удовлетворения требований истца, поскольку могут последовать возражения ответчика и дело будет рассматриваться в традиционном искомом производстве;

– приказное производство является упрощенным судебным производством. Оно включает в себя следующие процессуальные действия: обращение кредитора в суд с заявлением о выдаче судебного приказа; вынесение судебного приказа; извещение должника о вынесении судебного приказа; отмена судебного приказа; выдача судебного приказа взыскателю. Приказное производство характеризуется отсутствием вызова сторон и заслушивания их объяснений, стадии судебного разбирательства, протоколирования процессуальных действий;

– перечень требований, по которым выдается судебный приказ, определен ст. 122 ГПК РФ и является исчерпывающим. Эти требования основаны на письменных материалах, например, требование, основанное на нотариально удостоверенной сделке. По всем иным требованиям споры не могут рассматриваться в приказном производстве.

Регламентация приказного производства в разделе II ГПК РФ, в котором нашли отражение отдельные виды гражданского судопроизводства, дала новый толчок дискуссии о природе приказного производства. Большинство процессуалистов считают приказное производство самостоятельным видом гражданского судопроизводства.¹⁷ Существует также мнение, что приказное производство является видом судопроизводства, в котором разрешается спор о праве между кредитором, обладающим бесспорными письменными доказательствами, и должником.¹⁸ В последнем случае, по существу, приказное производство отнесено к искомому производству, осуществляемому в осо-

¹⁷ См.: *Аргунов В. Н.* Судебный приказ и приказное производство // Законодательство. 1989. № 2. С. 12; *Решетняк В. И., Черных И. И.* Заочное производство и судебный приказ ... С. 63; *Гражданский процесс: Учебник / Под ред. М. К. Треушникова.* М., 2003. С. 31; *Ярков В. В.* Судебно-приказный порядок получения платежа по векселю // Бюллетень нотариальной практики. 2003. № 1. С. 11.

¹⁸ *Черемин М. А.* Приказное производство в российском гражданском процессе. Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 1999. С. 19.

бой процессуальной форме.

Ряд авторов рассматривает приказное производство в качестве упрощенной допроцессуальной правовой процедуры, документарного производства, осуществляемого судьей в целях ускоренной защиты права кредитора. Обосновывается вывод о том, что судебный приказ – не акт правосудия и имеет меньшую юридическую силу, нежели другие судебные акты, поскольку выносится в упрощенном порядке без судебного разбирательства.¹⁹

Ю. В. Ефимова полагает, что приказное производство – это не вид гражданского судопроизводства, а процессуальная процедура; в порядке этого производства не осуществляется правосудие, а требуется лишь подтверждение права взыскателя на основе бесспорных документов; это производство нацелено на исполнение требований взыскателя. Автор предлагает подраздел «Приказное производство» переместить из раздела II ГПК РФ, в котором регламентируются виды гражданского производства, в раздел VII ГПК РФ «Производство, связанное с исполнением судебных постановлений и постановлений иных органов».²⁰

Приведенные выше точки зрения на природу приказного производства, безусловно, не лишены оснований. Ярко выраженные особенности приказного производства не позволяют без оговорок отнести его к исковому производству или иному виду производства, и в то же время – определить его как самостоятельный вид гражданского судопроизводства, наряду с исковым и другими видами судопроизводства. Действительно, процессуальный порядок приказного производства содержит существенные отступления от общего порядка отправления правосудия по гражданским делам: отсутствует ярко выраженная стадия подготовки дела к судебному разбирательству, судебное заседание проводится без полноценного судебного разбирательства, не вызываются стороны, должник не извещается о поступлении заявления о вынесении судебного приказа, имеются другие особенности. Однако, на наш взгляд, указанные особенности приказного производства вовсе не свидетельствуют о том, что по соответствующим категориям дел не осуществляется правосудие, отсутствует процессуальная форма, имеет место какая-то иная процессуальная или даже допроцессуальная процедура.

Как нам представляется, приказное производство при всех его особенностях – это вид правосудия (судебной деятельности), осуществляемый в упрощенной гражданской процессуальной форме (вид процессуального

¹⁹ Гражданское процессуальное право: Учебник / Под ред. М. С. Шакарян. С. 298.

²⁰ Ефимова Ю. В. Виды гражданского судопроизводства. С. 109 – 110.

производства). Приказное производство можно определить как упрощенный порядок рассмотрения гражданских дел, указанных в ГПК РФ, безотносительно к их материально-правовой природе. Исходя из этого, приказное производство, не будучи самостоятельным видом гражданского судопроизводства (подобно исковому и другим видам производства), безусловно, является процессуальным производством, а, точнее сказать, упрощенным порядком рассмотрения определенных процессуальным законом гражданских дел. Судебный приказ при всей дискуссионности его природы, в отличие от исполнительной надписи нотариуса, является актом правосудия, поскольку он выдается судьей.

Сравнение положений ГПК РФ о приказном производстве, являющемся по существу упрощенным производством, с положениями АПК РФ о рассмотрении дел в порядке упрощенного производства (глава 29 АПК РФ), позволяет сделать вывод, что в АПК РФ точнее и последовательнее отражена природа рассматриваемого процессуального института.

Упрощенное производство в арбитражном суде является новым институтом процессуального права, предусмотренным главой 29 АПК РФ. Необходимость его введения была обусловлена соображениями процессуальной экономии, сокращения времени рассмотрения бесспорных или незначительных по размеру требования дел. В порядке упрощенного производства ежегодно рассматривается по несколько десятков тысяч дел. Абсолютное количество таких дел – это дела о взыскании сумм налоговых санкций. Дела упрощенного производства, возникающие из гражданских правоотношений, в практике арбитражных судов практически не встречаются.²¹

Нормы упрощенного производства по АПК РФ весьма схожи с нормами о приказном производстве по ГПК РФ. Но законодатель не посчитал возможным распространение правил приказного производства на арбитражный процесс. На наш взгляд, различия указанных процессуальных форм не всегда оправданы и не являются определяющими. Они могут быть нивелированы, в результате чего мог бы появиться единый (унифицированный) упрощенный порядок рассмотрения гражданских дел, включая дела, подведомственные в настоящее время арбитражным судам. Это позволило бы унифицировать процессуальное законодательство, связанное с рассматриваемым институтом, особенно в случае принятия единого Кодекса о граждан-

²¹ Мехедова В. В., Юдин А. В. Рассмотрение арбитражным судом дел в порядке упрощенного производства // Актуальные проблемы налогового права. Арбитражная судебная практика. Самара, 2004. С. 9.

ском судопроизводстве. Рассмотрим подробнее особенности упрощенного производства в сравнении с приказным производством.

В научной литературе указывают на следующие различия приказного производства и упрощенного производства в арбитражном суде:²²

– различие материально-правовой основы соответствующих дел. В гражданском процессе требование заявителя о выдаче судебного приказа может вытекать из любой сделки (абз. 2, 3 ст. 122 ГПК РФ), а в арбитражном процессе имеются ограничения по сумме и характеру сделки (требования основаны на документах), по позиции ответчика в отношении заявленного требования (он должен их признавать и не исполнять в добровольном порядке). Представляется, что указанные различия вовсе не свидетельствуют о разной материально-правовой основе указанных дел и при желании законодателя соответствующие правила могут быть унифицированы;

– отличие правовой природы судебных актов, выносимых в приказном и упрощенном производствах. Судебный приказ – это одновременно судебное постановление и исполнительный документ, выдаваемый без судебного разбирательства (ст. 121 ГПК РФ). Решение, принимаемое в порядке упрощенного производства, ничем не отличается от решений, выносимых в общеисковом порядке. На наш взгляд, это различие также не является неустранимым. Модернизация правил о таком архаичном институте, как судебный приказ, вполне могла бы привести к представлению о нем, как о полноценном судебном решении, и отделении от него признаков исполнительного документа. Это позволит четко развести понятия судебного акта и акта нотариуса (исполнительной надписи);

– в приказном производстве судебное заседание не проводится (ч. 2 ст. 126 ГПК РФ), а при рассмотрении дела в упрощенном порядке предусмотрено проведение судебного заседания (ч. 4 ст. 228 АПК РФ). Как нам представляется, данное различие вообще надуманное, так как в обоих случаях дела рассматриваются судом, а, следовательно, в судебном заседании, но без вызова сторон. В этом собственно и заключается одно из проявлений упрощенного порядка рассмотрения дел. Правила ГПК РФ в этой части следовало бы привести в соответствие с правилами АПК РФ, как более точно отражающими существо явления;

– в гражданском процессе судебный приказ выдается заявителю лишь по факту подачи заявления (ч. 1 ст. 226 ГПК РФ), а в арбитражном

²² Мехедова В. В., Юдин А. В. Рассмотрение арбитражным судом дел в порядке упрощенного производства. С. 9 – 11.

процессе суд ждет возражений ответчика. Полагаем, что эффект упрощения не исчезнет, если и в ГПК РФ предусмотреть время для выжидания возражений ответчика, у которого, как известно, все равно сохраняется право на обжалование выдачи судебного приказа. Судебному приказу, как уже отмечалось, необходимо придать качества полноценного судебного акта, а лучше переименовать в судебное решение, и тем самым отграничить от актов нотариуса;

– приказное производство более тяготеет к исполнительному производству (раздел VII ГПК РФ), а упрощенное производство недалеко «ушло» от искового порядка. На наш взгляд, как раз в этом и заключается проблема. Дуализм судебного приказа необходимо устранить.

Указывая на различия приказного производства и упрощенного производства, сами авторы делают, в конечном счете, однозначный вывод, что «по уровню процессуальных гарантий упрощенное производство арбитражного процесса во многом превосходит аналогичный институт гражданского процессуального права».²³ Но если это так, то не логично было бы придать такой же вес нормам о приказном производстве, а вернее отказаться от соответствующего названия, и сформулировать соответствующие правила об упрощенном порядке рассмотрения гражданских дел.

Еще одной особенностью приказного производства является то, что судебный приказ выдается строго по определенному кругу требований, указанных в ст. 122 ГПК РФ. Дела по иным требованиям не могут рассматриваться в порядке приказного производства. Перечисленные в ст. 122 ГПК РФ требования объединяет то, что они касаются лишь взыскания денежной задолженности или использования имущества, имеют бесспорный характер и основаны на письменных доказательствах, например, на нотариально удостоверенной сделке.

Многие авторы считают, что перечень дел приказного производства целесообразно расширить. Так, В. И. Решетняк предлагает предусмотреть вынесение судебного приказа при заявлении обоснованных требований, денежное выражение которых не превышает определенного предела.²⁴ М. А. Черемин, ссылаясь на уже существующую судебную практику, предлагает расширить перечень требований, по которым выносятся судебный

²³ Мехедова В. В., Юдин А. В. Рассмотрение арбитражным судом дел в порядке упрощенного производства. С. 11.

²⁴ Решетняк В. И. Судебный приказ в гражданском судопроизводстве // Российская юстиция. 1995. № 12. С. 23.

приказ, включив в него требования о взыскании выходного пособия и детского пособия.²⁵ Ю. В. Ефимова возражает против первого предложения, но поддерживает предложение о включении в перечень, установленный ст. 122 ГПК РФ, требований о взыскании выходного пособия и детского пособия, отмечая одновременно незаконность выдачи судебного приказа по указанным требованиям до включения их в ст. 122 ГПК РФ.²⁶

На наш взгляд, более правильным было бы избрать другой подход к решению вопроса об определении круга требований, по которым может выдаваться судебный приказ, подобно тому, как это сделано в АПК РФ (ст. 226–227 АПК РФ). В порядке упрощенного производства могут быть рассмотрены дела об имущественных требованиях, основанных на документах (аналог приказного производства по ГПК РФ); по искам, основанным на представленных истцом документах, устанавливающих имущественные обязательства ответчика, которые ответчиком признаются, но не выполняются (аналог особого производства по подтверждению субъективного права в целях его дальнейшего предъявления для принудительного исполнения); по искам к юридическим лицам на сумму до 20 000 рублей и по искам к индивидуальным предпринимателям на сумму до 2 000 рублей (аналог искового производства, поскольку спор о праве гражданском здесь не исключается); по другим требованиям при наличии условий, предусмотренных ст. 226 АПК РФ (требования истца носят бесспорный характер, признаются ответчиком или иск заявлен на незначительную сумму) (ст. 227 АПК РФ).

Аналогично правилам ст. 226–227 АПК РФ, в ст. 121 ГПК РФ также необходимо закрепить общие признаки приказного производства, а в ст. 122 ГПК РФ привести достаточно полный, но примерный перечень требований, по которым выдается судебный приказ. При этом ст. 122 ГПК РФ должна завершаться положением о том, что судебный приказ выдается и по другим требованиям при наличии условий (признаков), предусмотренных ст. 121 ГПК РФ.

Несмотря на все особенности рассмотрения дел в порядке упрощенного производства, в АПК РФ предусмотрено, что соответствующие дела рассматриваются арбитражным судом по общим правилам искового производства, с особенностями, предусмотренными в главе 29 АПК РФ. Аналогичного рода правило целесообразно закрепить в ГПК РФ применительно к

²⁵ Черемин М. А. Приказное производство в российском гражданском процессе. С. 29.

²⁶ Ефимова Ю. В. Виды гражданского судопроизводства. С. 111–112.

делам приказного производства.

В. В. Мехедова и А. В. Юдин рассматривают упрощенное производство в качестве самостоятельного вида арбитражного судопроизводства. Об этом, по мнению авторов, свидетельствует то, что «в основе упрощенного производства отсутствует спор о праве, индивидуализирующий исковое производство, либо он выражен в значительно меньшей степени. Здесь основной задачей арбитражного суда является санкционирование, властное подтверждение претензий истца, имеющих фактически бесспорный характер. Арбитражный суд своим решением снабжает представленные истцом документы исполнительной силой, позволяющей произвести взыскание с ответчика. Однако приказное производство в гражданском процессе обладает большим видовым своеобразием, чем упрощенное производство в арбитражном процессе».²⁷

На наш взгляд, такое утверждение спорно, так как вывод о видовом своеобразии производства следует делать исходя не только из процессуальных особенностей разрешения дел той или иной категории, но прежде всего из природы материальных правоотношений, из которых возникают эти дела. В основе упрощенного производства по арбитражному процессу, как впрочем, и в основе приказного производства, отсутствует явно выраженный спор о праве (соствязание сторон), но такой спор предполагается, поскольку он может последовать, если поступят возражения ответчика или он обжалует судебный акт. На эти обстоятельства обращают внимание многие авторы. Например, применительно к приказному производству Т. Н. Маслова отмечает, что «презюмируемая бесспорность требований, перечисленных в ст. 122 ГПК РФ, вовсе не означает, что юридические факты и отношения, из которых они вытекают, просты по содержанию и не нуждаются в тщательной проверке».²⁸

В отношении упрощенного производства в арбитражном процессе также отмечается, что «бесспорный характер требований истца не означает отсутствие спора о праве в заявленных истцом требованиях. Подавая исковое заявление, истец добивается от арбитражного суда защиты своего нарушенного или оспоренного права или охраняемого законом интереса, считая, что принадлежащее ему право или законный интерес находятся в состоянии спора. В то же время истец может располагать неопровержимыми доказа-

²⁷ Мехедова В. В., Юдин А. В. Рассмотрение арбитражным судом дел в порядке упрощенного производства. С. 11.

²⁸ Маслова Т. Н. Требования, по которым выдается судебный приказ ... С. 49.

тельствами, подтверждающими обоснованность заявленных им требований. В этой связи проведение упрощенного производства является целесообразным и обуславливается бесспорностью доказательств, на которых основываются требования истца».²⁹

Таким образом, на наш взгляд, рассматриваемые институты не являются самостоятельными видами судопроизводства, они представляют собой разновидности упрощенного порядка рассмотрения дел, относимых к исковому или иному виду судопроизводства. Об этом свидетельствует, в частности, то, что примерный перечень дел, рассматриваемых в порядке упрощенного производства, приводится в АПК РФ (ст. 226–227); дела эти возбуждаются на основании обычного искового заявления и рассматриваются по общим правилам искового производства (ч. 2 ст. 228 АПК РФ); при поступлении возражений ответчика арбитражным судом выносится определение о рассмотрении дела по общим правилам искового производства, т. е. с вызовом сторон спора (ч. 5 ст. 228 АПК РФ).

Нормы о приказном производстве, предусмотренные в ГПК РФ (подраздел I раздела II), и нормы об упрощенном производстве, предусмотренные АПК РФ (глава 29), являющиеся, по существу, правилами о рассмотрении гражданских дел в порядке упрощенного производства, на наш взгляд, можно было бы с успехом унифицировать в едином разделе «Рассмотрение дел в упрощенном порядке» Кодекса гражданского судопроизводства, подлежащем принятию взамен действующих ГПК РФ и АПК РФ. Вместо терминов «упрощенное производство» и «приказное производство» правильнее было бы использовать общий термин «упрощенный порядок рассмотрения дел».

²⁹ Комментарий к Арбитражному процессуальному кодексу Российской Федерации / Под ред. В. В. Яркова. М., 2003. С. 501 (автор главы – К. А. Чудиновских).

ИЗ ИСТОРИИ ПРАВА И ГОСУДАРСТВА

*Н. А. Придворов,**

*Е. А. Ларина ***

ГОРБАЧЕВСКИЕ РЕФОРМЫ И ЛИБЕРАЛЬНЫЕ ПРАВОВЫЕ ИДЕИ

Ключевые слова: *либеральные идеи, гласность, приватизация, принципы конституционной доктрины либерализма, либеральные конституционные ценности, альтернативные выборы, разделение властей, упразднение цензуры, естественные и неотъемлемые права человека, рынок и рыночная конкуренция, частная собственность, гражданское общество, правовое государство.*

Аннотация: *Исследование посвящено становлению стратегии развития государственности, заданной в период «перестройки», и определяющей особенности развития России в настоящее время; анализируются экономико-политические преобразования в связи с их правовым оформлением.*

Key words: *liberal ideas, publicity, alternative elections, market competition, private property, civil society.*

Annotation: *Gorbachyov's reforms and liberal legal ideas.*

There is a detailed analysis of the strategy of the modern statehood which has been begun at the "perestroika" period. The author stresses the legalization of economical and political reforms.

К концу XX столетия и началу перестройки в правовой доктрине СССР и Российской Федерации, в законодательстве и правоприменительной практике появились тенденции возрождения российской либеральной

* Доктор юридических наук, профессор кафедры гражданского права и процесса Института права Тамбовского государственного университета им. Г. Р. Державина.

** Аспирант Института права Тамбовского государственного университета им. Г. Р. Державина. E-mail: elena_larina_tmb@mail.ru

идеи, которые были сформированы в конце XIX – начале XX в. Наиболее ярко эти тенденции начали проявляться в конце XX в., все более ощутимыми стали перестроечные настроения, инициатором последних, а также перестройки юридической доктрины выступил М. С. Горбачев.

Известно, что после революции 1917 г. и завершения гражданской войны русский либерализм как идеология и общественно-политическое движение надолго прекратили существование. Были уничтожены сами условия для распространения либеральной идеологии, как в социально-экономическом смысле (частная собственность, более или менее зрелые рыночные отношения, конкуренция товаропроизводителей), так и в социально-политическом плане (гражданское общество и правовое государство). Вместе с тем в 80-е годы, на излете социализма, идеи либерализма возрождаются. Протoliberalные настроения стали одним из «побочных продуктов» советского варианта модернизации. Этому способствовали такие долговременные факторы, как индустриализация и урбанизация советского общества, связанное с этими процессами повышение образовательного уровня населения, формирование и расширение сферы частной жизни советского человека, индивидуализация общественного сознания и т. п.

Уже ко времени Апрельского пленума 1985 г. в высказываниях и поступках нового советского лидера – М. С. Горбачева – прослеживались отдельные признаки методологии перемен: «порядок», «договорная дисциплина» и др.¹ С 1986 г. в партийных документах появилась симптоматическая формула – «работать в условиях демократии», которую М. С. Горбачев представлял «как среду для превращения ее партией в орудие преобразования общества ... как общечеловеческую ценность...».²

Развитие либеральных идей привело к осознанию необходимости политического режима. Особую роль в укоренении и радикализации перемен сыграла гласность, т. е. ослабление цензуры и предоставление средствам массовой информации возможности высказываться все более свободно и по все более широкому кругу вопросов. Очень скоро гласность стала не только политикой руководства страны, но и процессом, способным к саморазвитию.³

Значительную роль в развитии модернизационных процессов внутри страны, в изменении мышления самого М. С. Горбачева сыграла его вне-

¹ Черняев А. С. Шесть лет с Горбачевым: По дневниковым записям. М., 1993. С. 43.

² Там же. С. 126.

³ Молчанов Д. В. Российский либерализм на рубеже XX–XXI вв.: Традиции и современность. М., 2004. С. 260.

шнеполитическая деятельность. В данном случае мы рассматриваем ее не с точки зрения степени соответствия долговременным национально-государственным интересам страны, а как фактор реформационного процесса. Можно констатировать, что само стремление руководства СССР к новым отношениям с Западом, процесс разоружения, задуманные как обеспечение внешних условий перестройки, стали превращаться в ее локомотив.⁴ Для того, чтобы иметь успех во внешней политике, приходилось рушить мифы и догмы конфронтационной идеологии и «теории». Это отражалось – через мышление самого Генерального секретаря и через перестроечную печать – на интеллектуальных настроениях общества.

Реформационная политика Горбачева прошла ряд этапов.

Первый из них (1985–1986 гг.) стал лишь попыткой использовать традиционные для советского социализма административные методы форсирования социально-экономического развития, наведения порядка и укрепления дисциплины.

Начало следующему этапу положил Пленум ЦК КПСС, состоявшийся в январе 1987 г., когда руководство страны, в целом оставаясь на позициях социализма, заявило о необходимости демократизации существующего строя, то есть соединения социализма и демократии. К концу 1990-х годов в идеологии горбачевской перестройки все более отчетливо проявляется либеральная компонента. Концепция соединения социализма и демократии развивается за счет включения в нее идей альтернативных выборов, разделения властей, прав человека, рыночной конкуренции, гражданского общества и правового государства.

Утверждение либеральных принципов в качестве ориентиров официальной политики было связано с решениями XIX партконференции (июнь–июль 1988 г.). Как утверждает Д. В. Молчанов, для создания действительно новой политической системы стране были нужны четыре ключевых элемента, а именно: парламент, партия, местное самоуправление и конституционный суд. «Горбачев начал упразднять тоталитаризм, создавать гражданское общество и правовое государство».⁵

XIX партконференция ознаменовала собой новый этап развития идей правового государства, теории прав человека, внесла коренные изменения в представления о государственном строе. Начало зреть осознание того, что

⁴ Там же. С. 261.

⁵ *Шахназаров Г.* Цена свободы: Реформация Горбачева глазами его помощника. М., 1993. С. 69 – 70.

ценности правового государства неразрывно заключаются в максимальном обеспечении прав и свобод человека, ответственности государства перед гражданином и гражданина перед государством, с возвышением авторитета права, правового закона и строгим его соблюдением государственными органами,⁶ общественными организациями, коллективами и гражданами, с эффективной работой правоохранительных органов. Коренная перестройка деятельности этих органов призвана была стать сердцевинной правовой реформы.⁷

Реформа политической системы предполагала перестройку и общественных организаций: профсоюзов, комсомола, кооперации, женских, ветеранских и другие организаций, которые, выражая интересы и чаяния различных слоев общества, способствуют формированию внутренней и внешней политики государства. Конференция осуждала всякую деятельность, направленную на подрыв устоев общества, разжигание национальной и расовой вражды, проповедь войны, насилия и аморальности.

Формирование правового государства связывалось с укреплением социальных прав трудящихся посредством хозяйственной реформы и ускорения социально-экономического развития страны. Важное значение для расширения политических прав и личных свобод граждан имело закрепление в законодательном порядке их осуществления. В их числе – права человека на участие в управлении, на выражение своего мнения по любому вопросу, свобода совести, личное достоинство гражданина, неприкосновенность его жилища, тайна переписки, телефонных переговоров. На XIX партконференции было закреплено, что права и свободы людей неразрывно связаны с их гражданскими обязанностями, с неукоснительным для всех уважением к закону, так как демократия несовместима ни со своеволием, ни с безответственностью.

Неотъемлемой частью становления в России правового государства признается правовая реформа, которая выражается в кардинальном пересмотре, кодификации и систематизации законодательства.⁸ Под углом зрения новых условий гуманизации и демократизации общественной жизни требовались существенные изменения в законодательстве о собственности, планировании, финансовых, налоговых и хозяйственных отношениях,

⁶ Придворов Н. А., Брыскина Г. С. Правовой режим органа государственной власти (теоретико-правовой аспект) // Ленинградский юридический журнал. 2007. № 3 (9). С. 5.

⁷ Коммунистическая партия Советского Союза в резолюциях и решениях съездов, конференций и пленумов ЦК (1898–1988). М., 1989. Т. 15. С. 632.

⁸ Там же. С. 652.

охране окружающей среды, внесение существенных изменений в нормы, регулирующие гражданский оборот, трудовые, жилищные, пенсионные и другие вопросы. Требовался радикальный пересмотр уголовного, административного, процессуального и исправительно-трудового законодательства. Первостепенного внимания требовали правовая защита личности, упрочение гарантий осуществления политических, экономических, социальных прав и свобод людей, повышение ответственности каждого гражданина перед своим трудовым коллективом,⁹ государством и обществом в целом.

Именно на XIX партконференции в целях обеспечения строгого соответствия законов и постановлений правительства требованиям Конституции СССР решено было учредить Комитет конституционного надзора, а также усилить работу по контролю за тем, чтобы в ведомственных нормативных актах точно соблюдались предписания законов, а число таких актов было бы резко сокращено. Однако начатая Горбачевым реформа судебной системы носила половинчатый характер, поскольку Комитет конституционного надзора был лишен реальных полномочий.¹⁰

В целом первый этап либерализации, начавшийся в 1985 г., имел политический характер, был подготовлен деградацией тоталитарного режима, инициирован сверху, осуществлялся крайне малочисленной прослойкой общества, под прикрытием высших государственных лиц, при растерянности номенклатурного класса.

Наиболее трудным для М. С. Горбачева оказалось принятие рынка и частной собственности. Как свидетельствует Г. Шахназаров, он «дозревал медленно. Вначале он и слышать не хотел о частной собственности, считал возможным создать рыночное хозяйство со свободно конкурирующими государственными предприятиями и кооперативами. Особенно он противился частной собственности на землю. С колоссальным трудом, после долгих споров, в политических документах, затем в законах появились формулы – сначала общественной и других форм собственности, в том числе частной».¹¹

Многие достижения горбачевской перестройки носили половинчатый характер и были обратимы. В сфере экономики не было последовательного приближения к рынку; в области политики ситуация характеризовалась неопределенностью («ни тоталитаризма, ни демократии»), что предопреде-

⁹ Козлов В. Н. XIX Всесоюзная конференция КПСС: перестройка партии // Партийные конференции: их место и роль в деятельности КПСС. Л., 1990. С. 141 – 150.

¹⁰ Шахназаров Г. Цена свободы. Реформация Горбачева глазами его помощника. С. 152.

¹¹ Там же. С. 191.

ляло угрозу и даже неизбежность обвала государственных институтов. Самым устойчивым процессом горбачевского времени была гласность. Именно она и привела к радикализации экономических и политических преобразований.¹²

Инициативы Горбачева в области внутренней и внешней политики дали мощный импульс раскрепощению общественной инициативы. Первоначальные либеральные умонастроения и действия проявили себя в рамках движения так называемых «неформалов». Проведение выборов на альтернативной основе способствовало превращению многих из этих неформальных объединений разной направленности в своеобразные предвыборные штабы по выдвижению кандидатов в депутаты, противопоставляющих себя представителям и назначенцам старой номенклатуры. С открытием 25 мая 1989 г. съезда народных депутатов СССР в стране появилась публичная политика как столкновение публичных интересов.¹³

26 марта 1989 г. под давлением либерально-демократических сил советского общества М. С. Горбачев и его окружение решились на проведение первых демократических выборов народных депутатов СССР. Уже избирательная кампания 1988/89 гг. ознаменовалась появлением «демократов», но как политическое движение они тогда еще не оформились.¹⁴ Создание же на I съезде Межрегиональной депутатской группы (МДГ), выступившей за признание частной собственности и политический плюрализм,¹⁵ знаменовало собой важную веху в становлении демократического движения, которое по сути выдвигаемых им лозунгов все более становилось либерально-демократическим. На первых порах участники движения называли себя демократами и о либерализме речи не велось.

Главной точкой соприкосновения либерально-демократических движений явилось их единение в борьбе за исполнение Конституции СССР, а затем за демократические изменения в ней, в первую очередь отмену ее ст. 6.¹⁶ Под их давлением М. С. Горбачев подписал Итоговый документ Венской встречи государств – участников Совещания по безопасности и сотрудничеству в Европе (15 января 1989 г.), Парижскую хартию 1990 г., признав тем самым мировые стандарты прав и свобод граждан. В связи с этим остро

¹² Эпоха Ельцина: Очерки политической истории. М., 2001. С. 54.

¹³ Там же. С. 65.

¹⁴ Там же. С. 61.

¹⁵ Там же. С. 67.

¹⁶ Конституция (Основной закон) Союза Советских Социалистических республик № 6365 – IX от 7 октября 1977 г. М., 1977.

встал вопрос о замене Конституции СССР 1977 г. новой, учитывающей произошедшие в стране политические и социально-экономические изменения. Однако времени на подготовку новой Конституции не оставалось. М. С. Горбачев вынужден был ограничиваться поправками и дополнениями к ней.

Согласимся с мнением В. В. Соргина, который пишет, что в восприятии и развитии российскими радикалами либеральной идеологии различимы только два этапа, разграниченные летом 1990 г. До этого времени понятие «либерализм» практически не использовалось, в целом радикалы не выходили за рамки теории «демократического социализма», – после они становятся «чистыми либералами».¹⁷

Содержание Конституции СССР после внесения в апреле 1990 г. поправок изменилось, но отнюдь не коренным образом. Были введены новая структура и схема деятельности Верховного Совета СССР. Выборы стали двухступенчатыми: население, а также «общественные организации», т. е. фактически партаппарат, должны были избирать народных депутатов в количестве 2250 чел. Один раз в год должен собираться Съезд народных депутатов СССР; народные депутаты поочередно сроком на один год становились депутатами Верховного Совета СССР т. е. съезд избирал Председателя Верховного совета.

Первоначально демократическое движение по-своему интерпретировало идею М. С. Горбачева об ускорении перемен, расширяя предлагаемую модель развития общества за счет включения в нее большего числа собственно либеральных ценностей. МДГ планировала осуществить кардинальные социально-экономические и политические преобразования в самые кратчайшие сроки. Движение под идеей «демократического социализма» приобрело в России и своего вождя в лице Б. Н. Ельцина. В борьбе за власть он умело использовал наиболее привлекательные элементы либерально-демократической и социалистической идеологии.

Весной 1990 г. Б. Н. Ельцин был избран председателем Верховного Совета РСФСР. Вскоре было создано подконтрольное ему правительство и принят Закон о государственном суверенитете России. Летом 1990 г. состоялся XXVIII съезд КПСС. Попытка демократов добиться ее раскола и образования на базе реформаторского крыла коммунистов партии демократического социализма не удалась. Тогда Ельцин и его сторонники заявили о выходе из КПСС.

¹⁷ Соргин В. В. Второе пришествие либерализма в Россию (Опыт историко-политологического анализа) // Отечественная история. 1997. № 1. С. 109.

Начался новый этап в развитии демократического движения: его участники открыто присягнули либерализму. Именно на 1990 г. приходится и создание ряда партий откровенно либеральной направленности. Наиболее выделяются среди них Демократическая партия России (ДПР) Н. И. Травкина, Республиканская партия, сложившаяся на основе «Демократической платформы в КПСС», Конституционно-демократическая и др. На базе им подобных в октябре 1990 г. оформилось более широкое общественно-политическое движение – «Демократическая Россия», объединившее около 70 партий и организаций 70 областей России.¹⁸

Весной 1992 г. началась работа над проектом «Программного заявления Совета Представителей Движения “Демократическая Россия”». Проект был подготовлен на основе положений заявления Санкт-Петербургской городской организации.¹⁹ Согласно проекту движение «Демократическая Россия» (ДР) является «выразителем интересов слоев населения, заинтересованных в стратегическом успехе радикальных реформ, формирующегося среднего класса».²⁰ Согласно мнению Д. В. Молчанова, который к числу основных приоритетов «ДемРоссии» относил следующие:

- становление и развитие гражданского общества, практическая реализация Всеобщей декларации прав человека, приоритет прав личности над иными правами, защита прав и свобод вне зависимости от места проживания, приоритет интересов личности перед интересами групп (классов);
- развитие и приоритет частной собственности, поддержка мер по приватизации;
- всесторонняя демонополизация в сферах экономики, информации, политики и культуры;
- проведение Учредительного Собрания и закрепление новой формы государственного устройства через принятие новой Конституции, обеспечивающий систему разделения властей, правовую реформу и реформу судебной власти;
- декоммунизация общества;
- устранение засилья партийной и хозяйственной номенклатуры в органах управления;²¹

¹⁸ Многопартийность в России: блоки и коалиции (Программные документы). М., 1992. С. 4.

¹⁹ Программное заявление Совета Представителей Движения «Демократическая Россия» (Проект) // Там же. С. 37.

²⁰ Там же. С. 9.

²¹ Там же. С. 10.

– вступление Российской Федерации в экономический и политический союз с теми государствами, которые в полной мере обеспечивают защиту и реализацию основных прав и свобод человека.²²

В социально-экономическом плане проект 1992 г. выдвигал аграрную реформу на первое место. Ее суть сводилась к «замене планово-убыточного колхозного и совхозного сельского хозяйства современным фермерским производством».²³ В социальной сфере проект требовал сохранения государственной системы гарантированного бесплатного образования в сочетании с не ограничиваемым со стороны государства развитием частных школ и вузов.²⁴ Именно в это время движение в поддержку демократического социализма превратилось в либеральное и антикоммунистическое движение. Главной причиной такой трансформации стало разочарование не только политиков-демократов, но и массового сознания в возможностях реформирования социализма и в реформаторских способностях самого инициатора перестройки. Совершившийся в ту пору разворот широкого общественного мнения в сторону западных, либеральных ценностей²⁵ был подготовлен «революцией потребностей», произошедшей в последние десятилетия существования СССР, а также инициированными самим Горбачевым политикой гласности и падением «железного занавеса» между СССР и Западом.

Пик влияния либерализма в России приходится на 1990–1991 гг. в связи с развалом государственно-правовой машины СССР. В эти годы проявляются такие его черты, как подражательство и умозрительность, недостаточный учет российской культурной и цивилизационной специфики, всего того, что в русской интеллектуальной традиции принято называть национальной почвой.²⁶ Вместе с тем либерализм в России конца 1980 – начала 1990-х г. г. был востребован самой жизнью, и его ответ на этот призыв неизбежно носил ситуационный характер. Трудно сказать, насколько сами новообращенные либеральные политики и публицисты той поры верили в возможность скорого и сравнительно безболезненного осуществления в России либерального идеала. Но логику их действий можно понять, если учитывать, что в это время в стране шла острая борьба за власть, в ходе которой все основные ее участники гарантировали народу, своим избирателям как минимум сохра-

²² Там же. С. 11.

²³ Там же. С. 30.

²⁴ Там же. С. 31.

²⁵ См.: Экономические и социальные перемены: мониторинг общественного мнения. Информационный бюллетень ВЦИОМ. 1993. № 6. С. 14.

²⁶ *Соргин В. В.* Второе пришествие либерализма в Россию. С. 111 – 114.

нение имевшихся социальных благ, которые с ускорением таяли на глазах у людей, разуверившихся в обновленном социализме.

Либералы соотносили свои действия с российской реальностью и национальными историческими традициями и тогда, когда нашли для себя вождя в лице Б. Ельцина. Возрождающийся российский либерализм на новом витке исторической спирали воспроизводил некоторые характерные черты умонастроения либералов начала XX века.

Реформаторская стратегия М. С. Горбачева включала в себя многие либеральные конституционные ценности: альтернативные выборы, разделение властей, упразднение цензуры, естественные и неотъемлемые права человека, рынок и рыночная конкуренция, гражданское общество и правовое государство и т. д. Однако попытки Горбачева спасти и реанимировать социализм на базе соединения с либерализмом, демократией и рынком провалились. Причины провала породили дискуссию, которая продолжается до сих пор. Однако главными являются две точки зрения: одна утверждает, что социализм вообще несовместим с либеральными конституционными ценностями, демократией и рынком; другая доказывает, что Горбачев использовал ошибочные методы такого соединения. Провал горбачевской перестройки породил в российском обществе быстро ставшее господствующим убеждение, что либерализм, демократия, конституция и рынок не могут быть привиты социализму, что их укоренение требует смены общественно-политического строя. Эти и подобные идеологические установки, равнозначные идеологической революции, были усвоены российским обществом. Ее вершиной стала мирная либерально-демократическая революция 1991 г., которая нанесла сокрушительный удар по СССР и социалистическому строю. Разрыв российских либералов с социалистическим идеалом созрел постепенно, окончательно же он произошел летом того же года.

Под влиянием либерально-демократических сил Верховный Совет РСФСР 22 ноября 1991 г. принял «Декларацию прав и свобод человека и гражданина». В преамбуле Декларации подчеркивалось, что она принята в целях конституционного утверждения прав и свобод гражданина, его чести и достоинства как высшей цели государства и общества. Была отмечена необходимость приведения законодательства РСФСР в соответствие с «общепризнанными международным сообществом стандартами прав и свобод человека».²⁷ Провозглашение Декларации сыграло важную роль в обеспече-

²⁷ См.: Всеобщая Декларация прав человека. Декларация прав и свобод человека и гражданина. М., 1993. С. 15 – 29.

нии конституционных прав и свобод граждан Российской Федерации. Другими словами, Декларация стала важным шагом в направлении к принятию демократической Конституции России.²⁸

После распада СССР в 1991 году новое правительство под председательством Егора Гайдара взяло курс на либерализацию – переход к рыночной экономике.²⁹ Начался новый этап.

Либерализация прежде всего коснулась цен, фиксация которых была отменена 1 января 1992 года, что в сочетании с другими факторами привело к гиперинфляции, в результате которой большинство населения потеряло все долгосрочные сбережения, замороженные в Сберегательном Банке России. Это так же уменьшило спрос на товары, что устранило их дефицит.

Однако центральной темой либеральных реформ стала приватизация, целью которой был переход государственной собственности в частные руки. Официально утверждалось, что главным собственником станет население, которое для этого получило приватизационные чеки (ваучеры). Фактически к моменту окончания чековой приватизации в середине 1994 г. на всероссийских чековых аукционах за ваучеры были куплены акции общим номиналом 285 млрд. руб.³⁰ или 1,75 млрд. долл. США (по курсу ЦБ РФ на дату начала приватизации 14 августа 1992 г.). Подавляющая часть собственности предприятий была передана в частные руки посредством денежной приватизации. При этом денежная приватизация наиболее крупных компаний на практике свелась к их продаже заранее намеченным владельцам за символическую цену.

Таким образом, экономические реформы ликвидировали товарный дефицит, обеспечили внутреннюю конвертируемость рубля, способствовали развитию рыночных отношений, в результате чего наметилось ослабление экономического спада.³¹ Тем не менее, по мнению ряда российских и западных специалистов, приватизация не достигла главной цели экономической составляющей либерализма – децентрализации экономики. По словам М. Фридмана, «Россия приватизировала, но так, что создала частные монополии – частные централизованные экономические рычаги управления, ко-

²⁸ *Ким Сын Рэ.* Конституционные идеи российского либерализма (история и современность). М., 1999. С. 108.

²⁹ См.: Экономика переходного периода. Очерки экономической политики посткоммунистической России (1991–1997) / Под ред. Е. Гайдара. М., 1998. Гл. 4.

³⁰ См.: *Бабич А. М.* Государственные и муниципальные финансы. М., 1999.

³¹ *Мау В.* Анти-Стиглиц (Российские экономические реформы в представлении их западных критиков) // Вопросы экономики. 1999. № 11. С. 12.

торые заменили государственные централизованные рычаги управления».³² С точки зрения либеральных критиков российской приватизации, ее главной проблемой была атмосфера беззакония, которая противоречит принципам политического либерализма.

Наряду с экономическими реформами проводились и политические преобразования. Активные усилия гражданского общества привели общество и государство к Конституции Российской Федерации 1993 г., которая наделила граждан России широкими политическими и гражданскими свободами. Ее принятие законодательно закрепило ряд основополагающих принципов конституционной доктрины либерализма: многопартийность, политический плюрализм, разделение властей. Вводится в действие новый Гражданский кодекс, соответствующий либеральным конституционным принципам. Регулярно проводятся свободные выборы, на которых соперничают политические партии и их лидеры. Политический спектр России в это время очень широк – от крайне левых до крайне правых. Конституционные завоевания либерально-демократической революции 1991 г. превратились из утопии в реальность, соответствующую закономерностям общественных взаимосвязей в буржуазном обществе. Конституционный порядок, несмотря на названные проблемы, сохраняет способность к позитивному либерально-демократическому развитию. Важнейшей составляющей реформирования стало возвращение к либеральным российским и западным ценностям в части конституционного расширения прав и возможностей большинства.

Однако по мнению ряда юристов,³³ конституционный порядок и имеет «врожденный порок», поскольку закрепляет за Президентом Российской Федерации чрезмерно обширные властные полномочия, а также затрудняет сменяемость исполнительной власти. Объясняется это тем, что действующая Конституция была принята вскоре после антиконституционного разгона Верховного Совета президентом Б. Н. Ельциным и последующего политического кризиса. Критики утверждают, что в сочетании с коррупцией внутри государственного аппарата, эти изъяны привели к тому, что сегодня нормы Конституции постоянно нарушаются.

³² См.: Аллен Р. К. Накопление капитала, мягкие бюджетные ограничения и советская индустриализация / Пер. Дм. Ниткина. Ванкувер: Университет Британской Колумбии, 1997. С. 19.

³³ Согласно данным Института социологии РАН, в 2006 г. ответственность за решение социальных задач на государство возлагало около 70 %, и только 5% россиян полагали, что люди сами должны решать свои проблемы (Новый взгляд. 1993. № 46). Согласно данным фонда «Общественное мнение», 67 % опрошенных в апреле 2007 г. считали, что граждане России не имеют возможности влиять на власть и на решения, принимаемые властями.

И. В. Михеева*

К ВОПРОСУ О СТАТУСЕ МИНИСТЕРСКОГО НОРМОТВОРЧЕСТВА В РОССИЙСКОЙ ИМПЕРИИ

Ключевые слова: история государства и права, Российская империя, министерства, нормотворчество, исполнительно-распорядительная деятельность, компетенция, административные распоряжения.

Аннотация: Работа посвящена вопросам формирования подзаконного нормотворчества в Российской империи в XIX веке. Акцент сделан на выделении конкретных видов министерских актов управления. Рассмотрено содержание их статуса: отделение от актов верховного управления, определение соотношения друг с другом по юридическим свойствам (нормативности), форме и содержанию, целям и пр.

Key words: ministries, rule-making activity, competence, administrative regulation.

Annotation: By the problem of the status of ministry rule-making in the Russian Empire.

The article is devoted to the problems of by-law making activity in the Russian Empire in XIX century. The accent is made on identification of particular forms of published ministerial executive rules. The status of these by-law forms is considered to be determined by the Tsar's will and the ministry authorities according to the juridical characteristics, goals etc.

Министерская реформа 1802–1811 гг. положила начало формированию и последующему обособлению исполнительной власти прежде всего от верховной – законодательной, а также от судебной властей. Изначально в компетенционный блок созданных министерств среди прочих входила функция по изданию актов управления.¹ Формы принятия управленческих решений министрами были самыми разнообразными. Между тем процесс выделения конкретных видов министерских актов управления, четкого оформления их

* Кандидат юридических наук, доцент кафедры конституционного и административного права Нижегородского филиала Государственного университета – Высшей школы экономики.

¹ Подробнее см.: Михеева И. В. 1) Конкретизация в нормотворчестве российских министерств (историко-правовой аспект) // Конкретизация законодательства как технико-юридический прием нормотворческой, интерпретационной, правоприменительной практики: Материалы Международного симпозиума (Геленджик, 27–28 сентября 2007 года) / Под ред. В. М. Баранова. Нижний Новгород, 2008. С. 828 – 838; 2) Российские министерства в XIX веке: опыт нормотворческой деятельности // Вестник Владимирского университета. 2009. № 1 (10). С. 191 – 198.

статуса в смысле отделения от актов верховного управления и определения соотносимости друг с другом по юридическим свойствам (нормативности), форме, содержанию, целям и пр. проходил медленно и трудно.

Вообще вопрос о системе нормативно-правовых актов и их соотношении в рамках этой системы до сегодняшнего дня остается сложным для исследования, поскольку в Российской империи исполнительная власть не была отделена от законодательной. Развитие дореволюционной доктрины, исследовавшей правотворческую деятельность Российского государства, шло в нескольких направлениях. Прежде, разграничивалась сама деятельность верховной власти по изданию собственно законодательных актов (законов) и актов верховной власти в порядке управления (указов) – таким образом, разделялись закон и Указ монарха.² С другой стороны, делалась попытка собственно законодательные акты отделить от актов, изданных «в порядке» исполнения закона подчиненными монарху органами – разделить закон и правительственные распоряжения.

Определяя статус принимаемых министром управленческих решений и их форм, можно оттолкнуться от функционального наполнения компетенционного блока российских министерств. По Учреждению министерств исполнительная власть состояла в том, чтобы при подчинении непосредственно верховной власти «понуждать все подчиненные места и лица к исполнению законов и учреждений» (§ 210).

Министрам настоятельно рекомендовалось без Высочайшего разрешения и без особого данного законом предписания издавать только те указания, которые будут обязательны для исполнения подчиненными им лицами и учреждениями. Сама суть министерской власти определялась как только исполнительная: «никакой закон, никакое новое учреждение или отмена прежнего, не могли быть устанавливаемы властью министра» (§208). Хотя сам М. М. Сперанский допускал возможность замены или дополнения закона распоряжением в случае, когда «меры исполнения закона» в законе не обозначены.³

Идея наделения министерств правотворческими полномочиями в целях конкретизации законодательных положений проводилась почти с самого начала их создания. И это было вполне оправданно. Функциональная деятельность министерств как органов центрального управления при этом носила двойственный характер. С одной стороны, деятельность министерств была деятельностью по исполнению закона, с другой – это распорядительная де-

² Коркунов Н. М. Указ и закон. СПб., 1894. С. 337.

³ Там же. С. 363.

тельность при доминанте правоустановления.

Министерства были созданы как единоначальные «учреждения». Управление каждым из них вверялось одному лицу «по непосредственному избранию Императорского величества» (§ 1 Учреждения Министерств). Они заведовали отдельными отраслями управления во всем государстве. В их обязанность входило ответственное эффективное управление. Поэтому министры не могли выступать лишь в качестве пассивных исполнителей Высочайшей воли, и вынуждены были принимать управленческие решения в той или иной форме для исполнения утвержденных высочайше норм, реализуя и правоустановительную функцию.⁴

В юридической литературе XIX – начале XX века при обозначении правоустановительной деятельности министерства часто употреблялись термины «указ» министра, и соответственно «указная власть» министров и т. п. Указы определялись как «некоторые акты верховной власти, как законодательного характера, так и «издаваемые в порядке верховного управления».

Устойчивому использованию и расширению т. н. указной власти министров способствовало право министров «входить с докладом к царю», а также объявлять «изустные Высочайшие повеления» Сенату. Дело в том, что на конец XIX века Высочайшие повеления передавались министрам иногда с одной только санкцией, по всеподданнейшему докладу, и исполнялись, не дожидаясь указа сената, только с сообщениями ему копий. Доклады министров, утвержденные императором, появились с учреждением министерств и носили нормативный характер. Они разделялись на личные всеподданнейшие доклады и на доклады в совете министров (в котором присутствует Государь Император). После получения Высочайшей резолюции и представления на Высочайшее утверждение доклад «исполнялся подлежащим министром»,⁵ будучи таким образом одной из форм утверждаемого высочайше «подзаконного» нормотворчества.

⁴ Интересно, что сегодня в системе федеральных органов исполнительной власти именно министерства наделены функцией по нормативному регулированию вверенной им сферы деятельности, отрасли государственного управления.

⁵ Доклад, Высочайше утвержденный // Энциклопедический словарь / Изд. Ф. А. Брокгауз, И. А. Эфрон. СПб, 1902. Примерами могут служить: Высочайше утвержденный доклад исправляющего должность министра народного просвещения «О возобновлении и прежнего здания Московского университета» от 26 января 1817 года; Всеподданнейший доклад министра народного просвещения об учреждении особой Комиссии по устройству архивов от 27 февраля 1873 г., а также Высочайше утвержденная докладная записка министра народного просвещения «Об учреждении Комиссии для издания актов, собранных Археографическою экспедициею» от 24 декабря 1834 г. // Охрана культурного наследия в документах XVII – XX вв.: Хрестоматия. М., 2000. Т. 1. С. 88, 144, 101.

Точнее определить свойство министерских предписаний считал необходимым М. М. Сперанский. В своем представлении в Государственный совет 29 августа 1834 года он предлагал разделить их «на два главные рода: I. Предписания пояснительные. Сюда принадлежат все предписания, коими циркулярно разрешаются возникшие или предупреждаются могущие возникнуть сомнения в смысле закона. II. Предписания распорядительные. Сюда принадлежат меры исполнения, когда они в самом законе не означены, или не вполне или в одних главных чертах означены».

Эти циркулярные предписания были наиболее распространенными нормативно-правовыми актами и назывались циркуляры. В русском праве они (циркуляры министров особенно) имели наиболее важное значение. Это было обусловлено, во-первых, несовершенством и неполнотой законодательства того времени вообще, а во-вторых, тем, что издание циркуляра «вовсе не получило законодательной нормировки». Циркуляры издавались в пояснение законов и являлись «безусловной потребностью администрации». Вследствие «неполноты законов», которая нередко приводила «к большим затруднениям», Государственный Совет признал «право административных властей, в особенности высших, определять в тех случаях, на которые нет отдельного предписания закона, подробности, ускользающие от законодателя».⁶ В точном соответствии с Учреждением министерств циркуляры должны были издаваться не министрами и не министерствами, а только Правительствующим Сенатом: «Дела исполнительные общие представляются на разрешение Правительствующего Сената..., когда предстоит нужда сделать общее (циркулярное) предписание в пояснение или подтверждение существующих правил».⁷ Но это требование закона на деле никогда не исполнялось, и отдельные министры постоянно издавали циркуляры в подтверждение, пояснение и даже развитие существующих законов.⁸

Справедливости ради следует заметить, что полномочия по созданию норм в развитие существующих правил предоставлялись конкретным министерствам. Так, Министерство просвещения имело в своем составе министра, товарищей министра, совет министра, департаменты, управления, отделы, части, комитеты, комиссии. И рассмотрению совета министра просвещения

⁶ Высочайше утвержденное 20 февр. 1873 г. мнение Государственного совета. Цит. по: Коркунов Н. М. Указ и закон. С. 407.

⁷ § 234 Общего наказа министерствам // Российское законодательство X–XX вв. Т. 6. Законодательство первой половины XIX века. М., 1988. С. 116.

⁸ Энциклопедический словарь / Изд. Брокгауз Ф. А., Эфрон И. А. СПб., 1903. Т. 75. Полупом. С. 218.

помимо общих прав и обязанностей подлежали: дела и предложения, требующие нового учреждения или важных перемен «в разных частях управления; случаи, требующие дополнения законов и учреждений, пояснения, отмены или исправления...».⁹ Также на Совет по железнодорожным делам Министерства путей сообщения возлагалось рассмотрение: «проектов новых законов по устройству, эксплуатации и хозяйству железных дорог (предварительное внесение этих проектов в государственный совет); предложения о дополнении, изменении и отмене законов по тем же предметам (предварительное внесение таких предложений на законодательное рассмотрение); правила и инструкции, издаваемые административным порядком в развитие действующих относительно железных дорог узаконений» и т. д.¹⁰ Такие «узаконения» принимались после предварительного рассмотрения на совете министра в каждом конкретном министерстве. Т. е. правила и инструкции также были распространены в нормоустановительной деятельности министерств.

Действительно, в России наряду с Высочайше утвержденными инструкциями, которые иногда включались в Свод Законов¹¹ и могли быть изменены или отменены только высочайшей властью, существовали и другие – принимаемые министрами. Эти инструкции издавались административной властью во исполнение или в дополнение и развитие закона, а также определяли порядок и процедуру действий должностных лиц. Кроме того инструкции, издаваемые в дополнение и развитие закона, устанавливали правила, обязательные для частных лиц. Обычно на издание инструкции как нормативного документа требовалось получение специального полномочия, которое действовало временно, определенный срок. Например, инструкция министра государственных имуществ от 22 февраля 1880 г. об употреблении взрывчатых веществ и его же инструкция, определяющая порядок производства горных работ.¹² Таким образом, издание инструкции министрами предполагало особое на то полномочие со стороны высшей власти и носило изначально временный характер.

Что касается правил, то в словаре Брокгауза и Эфрона правила как

⁹ Правящая Россия. Полный сборник сведений о правах и обязанностях административных учреждений и должностных лиц Российской империи от Государственного совета до сельского старосты. СПб., 1904. Ч. 1. С. 171.

¹⁰ Там же. С. 279.

¹¹ Высочайше утвержденная 9 апреля 1887 г. Инструкция товарищу министра внутренних дел, заведующему полицией, приложенная к ст. 319 Учреждения министерств // Свод Законов Российской империи. СПб., 1892. Т. 2.

¹² Энциклопедический словарь / Изд. Брокгауз Ф. А., Эфрон И. А.: URL: <http://enc.mail.ru/article/61029900>

таковые не рассматриваются. Зато дается определение временных правил как вида законодательного акта в Российской империи, регулировавшего вопросы государственной и общественной жизни до принятия закона. Они рассматривались в Кабинете министров, утверждались императором, иногда действовали многие годы (например, временные правила о печати вместо цензурных уставов в 1865–1917).¹³ Таким образом, можно сказать, что министрам передавались полномочия по изданию нормативных инструкций и правил в качестве временной меры, по особому полномочию (высочайшему поручению). Эти акты наряду с циркулярами были «в обиходе» министерского нормотворчества и являлись формой правоустановительной деятельности дореволюционных министров.

Несмотря на предоставляемые в различных правовых актах министерствам и министрам полномочия по созданию норм во исполнение и «изъяснение» существующих законов, при обсуждении 4 января 1827 года образования Государственного совета М. М. Сперанский обратил внимание Комитета министров на «необходимость точнее определить ... право министров изъяснять узаконения». Но это оказалось довольно проблематично. Комитет министров признал разницу между законом, учреждением и уставом и предложил положение, в соответствии с которым министр «не должен иметь права ни дополнять ни объяснять законов, ... а в учреждениях и уставах может дозволить объяснения, даже и дополнения» при определенных условиях: «1) чтобы сии объяснения и дополнения не были противны цели устава и учреждения; 2) чтобы случаи сего рода были предварительно рассматриваемы в министерском совете; 3) чтобы министры обо всех таких объяснениях и дополнениях ... упоминали ... в своих годовых отчетах». Правда, через несколько дней, на заседании 27 февраля, Комитет министров решил ограничить власть министров одним лишь правом объяснять учреждения и уставы; право дополнений же решено было предоставить Сенату.¹⁴

В продолжение позиции Комитета министров идет и точка зрения, изложенная в журнале Совета министров 30 октября 1858 г., где речь идет о содержании административных распоряжений, предметом которых является развитие и пояснение законов для их точного и успешного выполнения. В журнале указывалось, что министры должны «отделять правила, которые имеют быть предметом закона, от тех, кои могут относиться к кругу административных распоряжений». И разделив их, предлагали следовать разной процедуре

¹³ URL: <http://enc.mail.ru/article/1900400994> (Дата обращения 2 апреля 2009 г.)

¹⁴ Коржунов Н. М. Указ и закон. С. 322.

их принятия: административные распоряжения должны были бы идти через Комитет министров или другим указанным порядком, а об отмене или изменении закона надо было бы обращаться в Государственный совет или представлять Его Императорскому Величеству в законодательном порядке.¹⁵ Думается, что способ легализации нормативных установлений министерств как органов центральной власти, коррелирует с попыткой в дореволюционной доктрине выделить критерии закона, исходя из процедуры утверждения правового акта. Приведенные примеры говорят о том, что эти идеи постепенно легли в основание последующего отделения не только закона от подзаконного распоряжения, но и нормативного подзаконного акта от прочих ненормативных.

Вообще содержание министерских распоряжений охватывало различные отрасли государственного управления и чаще всего шло вослед императорским указам. Так, 30 мая 1826 года император Николай I объявил губернаторам именной указ «О доставлении описей достопамятных вещей, принадлежащих императорской фамилии и поступивших для хранения по разным казенным зданиям в государстве». В нем говорилось, что монарху «угодно иметь сведения о всех вообще вещах, принадлежащих императорской фамилии, какие только со времен императора Петра Великого, как достопамятные, поступили для хранения по разным казенным зданиям в государстве». Для этого предписывалось «учинить со стороны МВД надлежащие распоряжения, дабы по губерниям составлены были описи всем подобным вещам, ныне в казенном ведомстве хранящимся, означив в оных, в каких именно местах оные находятся, с которого времени и по какому повелению туда поступили»¹⁶. Во исполнение императорского указа управляющий Министерством внутренних дел В. Ланской обратился с циркуляром от 31 декабря 1826 года к губернаторам с просьбой немедленно собрать по губерниям точные сведения об упомянутых вещах и как можно быстрее доставить их описи в Министерство внутренних дел.¹⁷

В циркуляре конкретизировались необходимые для присылки сведения: 1) в каких городах есть остатки древних замков и крепостей или других

¹⁵ Там же. С. 332 – 333.

¹⁶ *Смолин В. Ф.* Краткий очерк истории законодательных мер по охране памятников старины в России // Известия Археологической Комиссии. Пг., 1917. Вып. 63. Ч. 2. С. 136.

¹⁷ Этот указ именуется по-разному. В одном случае: «О доставлении сведений об остатках древних зданий в городах и воспрещении разрушать оные» (*Смолин В. Ф.* Краткий очерк истории законодательных мер ... С. 136). В другом: «О доставлении сведений о памятниках архитектуры и о воспрещении разрушать их» (Охрана культурного наследия в документах XVII – XX вв.: Хрестоматия. Т. 1. С. 97; Охрана памятников истории и культуры в России. XVIII – начало XX в.: Сборник документов / Сост. Р. Е. Альшуллер и др. М., 1978. С. 39).

зданий древности и 2) в каком они находятся положении. Строжайше запрещалось разрушать такие здания, «с ответственностью в сем начальников городов и местных полиций». В этом же циркуляре указывалось, что нужно снять с таких зданий планы и фасады в том положении, в котором они находятся; отыскать в архивах губернских присутственных мест, в старых записях подробные сведения о всех упомянутых зданиях: «а) когда и кем строены или перестроены; б) по какому случаю или для какого намерения; в) если здания не полны, то сколько, когда и почему разрушено; г) из каких материалов строены; д) какие в них находятся достойные примечания вещи или части; е) в каком они теперь положении, в чьем ведении и, наконец, можно ли их поддержать починкою, не переменяя их древних планов и фасадов».¹⁸ При этом министр внутренних дел предписывал губернаторам вменить в обязанность губернским и городским архитекторам (где они были) или приглашенным другим знающим лицам, чтобы по мере открытия древних сооружений они аккуратно составляли их планы и фасады.

Затем во исполнение этого же императорского указа появился циркуляр МВД от 14 декабря 1827 года «О сохранении древних зданий по губерниям». В нем разъяснялись вопросы реставрации архитектурных и исторических памятников. Министр предупреждал губернаторов, что в случае, если они признают необходимым исправить древнее здание, сначала нужно присылать в МВД планы, фасады и сметы на эти исправления «с обстоятельным описанием повреждений или ветхостей или с изъяснением, для чего именно исправления нужны».¹⁹

После рассмотренных распоряжений в МВД были доставлены многочисленные описания и планы зданий, изданные затем в 1839 и 1841 годах в материалах для статистики Российской империи под редакцией А. Глаголева,²⁰ что говорит об эффективности распорядительной составляющей функционального содержания компетенции министерств. Данный пример иллюстрирует конкретизирующий характер административных предписаний, и делает очевидным исполнительно-распорядительный характер деятельности самих министерств.

Используемое понятие административных распоряжений было обоб-

¹⁸ РГИА. Ф. 789. Оп. 8. Д. 130. Л. 55.

¹⁹ Охрана памятников истории и культуры в России. XVIII – начало XX в. С. 39; ГАНУ. Ф. 3. Оп. 1. Д. 168. Л. 141.

²⁰ Глаголев А. Г. Краткое обозрение древних русских зданий и других отечественных памятников // Материалы для статистики Российской империи, изданные при статистическом отделении совета Министерства внутренних дел. СПб., 1839, 1841. Т. 1 – 2.

щающим, хотя сам термин «распоряжение» мог использоваться и в качестве обозначения формы административного акта.²¹ В словаре Эфрона и Брокгауза административные распоряжения определяются как акты, содержащие «нормы, которые, не будучи законами, являлись ... правилами, обязательными для всех». Министерство, распоряжаясь по всему государству, не только нуждалось в выдаче предписаний своим подчиненным органам, но и в издании правительственных, административных распоряжений, обязательных для всего населения. Министерство несло ответственность за содержание издаваемого акта. Порядок издания министром таких административных распоряжений в России предполагал прохождение через Правительствующий Сенат для обнародования в издаваемом с 1864 г. «Собрании узаконений и распоряжений правительства».²² Это был своего рода и нормоконтроль.

Итак, в Российской империи XIX – начала XX в. на фоне отсутствия формальных критериев разграничения закона от подзаконных нормативно-правовых актов все же четко выявляются два момента, определяющие статус министерского нормотворчества. 1) Деятельность министерств в дореволюционной России носила подзаконный характер, осуществлялась во исполнение Высочайшей воли, включала как исполнительскую, так и распорядительную составляющие. 2) Целый ряд издаваемых министрами административных распоряжений носил нормативный характер.

Государственная власть в лице центральных органов управления (министерств, прежде всего) наряду с верховным управлением активно участвовала в правоустановительной деятельности. Анализ практики государственного управления позволяет говорить о том, что правоустановительная функция российских министерств была объективно обусловлена и изначально содержалась в компетенционном блоке центральных органов управления, каковыми были министерства. Нормотворческая деятельность последних выдавала и определенный диапазон видов нормативно-правовых министерских установлений: высочайше утвержденные доклады министров, правила, инструкции, циркуляры, распоряжения. Думается, впоследствии именно они легли в основу оформления системы подзаконных актов и формальной легитимации подзаконной нормотворческой деятельности российских министерств.

²¹ Примерами могут служить распоряжения министра внутренних дел от 2 декабря 1852 г. – 5 марта 1853 г. «О свидетельствовании архивов» и 1873 г. «О доставлении в публичную библиотеку всего печатаемого, гравированного и литографируемого по два экземпляра» и др. (Охрана культурного наследия в документах XVII – XX вв.: Хрестоматия. Т. 1. С. 113 – 114; 150).

²² Энциклопедический словарь / Изд. Брокгауз Ф. А., Эфрон И. А. СПб., 1897. Т. 1. С. 179.

ИННОВАЦИИ В ПРАВОВОМ ОБРАЗОВАНИИ

*И. Ф. Ракитская**

О СОДЕРЖАНИИ МАГИСТРАТОРСКОГО КУРСА «СОВРЕМЕННЫЕ ПРОБЛЕМЫ ЮРИДИЧЕСКОЙ НАУКИ» СТАТЬЯ 1. ГОСУДАРСТВО

Ключевые слова: *магистерская программа, инновации, высшее образование, юридическое образование, проблемы юридической науки.*

Аннотация: *Курс направлен на формирование научных основ, а также системы современного понимания государственно-правовых явлений в мире в целом, в Российской Федерации в особенности. В программе анализируются эволюция, тенденции развития и основы футурологии, а также аналитики в области системосоздания демократических институтов в России. Программа носит направленный инновационный характер.*

Key words: *Master of Law course, innovation, legal education.*

Annotation: *On the content of the Master of Law course "Modern problems of legal science".*

The article is devoted to the problems of legal education in connection with the reforms in the higher school, especially in degree of Master of Law. The author has made a proposal for a new concept of the modern program in the theory of law.

Курс «Современные проблемы юридической науки» основан на инновационной методологии обучения, которая может быть определена как методология моносистемного, креативного мышления, общепризнанно полагающегося в качестве ведущей черты национального способа творческого самовоспроизводства. Данный тип мышления всегда лежал в основе русс-

* Кандидат юридических наук, доцент кафедры теории и истории государства и права юридического факультета Ленинградского государственного университета им. А. С. Пушкина. E-mail: lenjurmag@mail.ru

кого правового мышления, русской научной правовой школы.

Моносистемное (целостное) мышление и воспроизводимое на его основе практическое юридическое знание является знанием более высокого уровня, чем уровень рационализации и систематизации законодательного опыта, который ныне стал ведущим методом преподавания юридических дисциплин.

Метод позитивации, несомненно, важен – без него невозможно понять содержание регуляторных правовых инструментов в стране. Однако он эффективно работает преимущественно в условиях сложившейся политико-идеологической системы (пример тому – современные западные демократии). В условиях же России, в условиях создания самой системы: ценностно-идеологической, публичной (государственной), правовой, экономической и личностно-коммуникационной, наконец, просто человеческой, – методология позитивации (закрепления чего?) объективно не работает ни на одном из перечисленных уровней. Тем более не приходится говорить о макросистемном уровне – создаваемой цивилизационной правовой модели государственности, которая принципиально не может быть фундирована методом позитивации.

Современная государственно-правовая доктрина, теория государства и права в первую очередь, несмотря на естественноправовую и либеральную (либертарную) идеологию, на которой основана действующая Конституция РФ, по-прежнему системно воспроизводит сложившийся «классический» научный системно-коммуникационный понятийный аппарат. Однако идеологически такой понятийный аппарат, который опосредовал прежнюю (советскую) политико-идеологическую систему и цивилизацию как выстроенную на ней социальную и правовую жизнь, совершенно очевидно в ряде случаев ныне непригоден.

Принципы советской правовой и государственной системы, ее архитектура прямо противоположны (инверсионны) строящейся ныне системе. В самом деле – центром советской системы, точнее самой системой, являлось государство (публичная власть). В рамках этой системы не было места институту разделения властей внутри государства, не говоря уже о таких уровнях институциональных разделений, таких подсистем, как «государство и гражданское общество». Не существовало самого научного понятия «гражданское общество», следовательно, он не имело своего места в системе символов общественной жизни. Тем более не могло существовать четкого определения «институциональных гнезд» всех сегментов граждан-

ского общества. Нет в системе понятий в доктрине – нет в жизни. Не существовало, наконец, такой правовой ценности, внедренной в политическую и социальную жизнь, как правовая личность, гражданин (формализованный, дееспособный человек), ныне идеологически ставший вершиной (центром) всей пирамиды государственности, исистемы властного опосредования общественной жизни.

Инструмент такого властного опосредования – право – в советской цивилизационной системе понимался инверсионно ныне идеологически и конституционно закрепленному. Право человека сегодня рассматривается как сфера его свободы – сфера самостоятельного и независимого от власти выстраивания своей жизни, при обязанности власти создать для этого всю необходимую инфраструктуру (социальную, инжинирингово-регламентационную, а значит – целостную понятийную).

Это, в свою очередь, предполагает четкое институциональное разграничение сфер частно-правового и публично-правового при установке – публичное как обслуживающее, создающее условия для беспрепятственной реализации частного. Причем отнюдь не только и не столько на экономическом уровне, а на всех институциональных горизонтах и срезях общественной жизни в стране.

Работающей ныне должна стать идеологема публичной власти-менеджера, управляющего не человеком, обществом, а системой и ее инфраструктурным обеспечением. В противовес тому для прежней политико-правовой идеологии и теории человек и соответственно его права (свободы) напрямую являлись частями госсистемы, элементами «хозяйственной деятельности». Именно это ныне дает о себе знать в виде разросшейся, можно сказать, тотальной коррупции, поскольку чиновнику – носителю государственности до сих пор «удобнее» полагать себя «хозяйствующим субъектом».

Свершившееся ныне «переворачивание» пирамиды государственности «с головы на ноги» требует соответствующего органического знания, как «по уму» выстроить новую систему жизни. А это, в свою очередь, требует новой государственной и правовой доктрины, построенной на действующих конституционных идеологических и правовых ценностях. Это требует нового модуля, если хотите, парадигмы центрирования – собирания народа, страны через подлинные (аутентичные становящемуся новому) правовые, а не сугубо законодательные рычаги.

Аналогичный путь в свое время проходила и западная цивилизация

(путь выстраивания системы демократии как правовой демократии, путь плюрализации подсистем единой системы демократии через жесткое ее стягивание с помощью правовых рычагов). И этот путь был не менее драматичным, чем в современной России, или в странах бывшего соцлагеря. При одном принципиальном различии – Западная Европа состоялась как цивилизация благодаря тому, что ее «государственно-правовой модуль» всегда проводился в жизнь на основе идеологии индивидуального как «центра мира», идеологии и системного принципа правовой личности.

Россия же данного принципа не знала, как не знала его, строго говоря, и работающая государственно-правовая доктрина, теоретическое знание в целом. В смысле системного проведения ее на прикладном, социальном уровне, на уровне размерности социальной жизни. Ныне это дает о себе знать в виде эклектичности регламентационной нормативной системы, прямой подмены реального правового системосозидания случайностным, проблемным, коллизийным законодательствованием.

Одна из причин тому – «качество» существующей доктрины и сложившейся на ее основе догмы государства и догмы права, которые слабо опосредуют складывающуюся новую культуру общественной жизни. Что же касается политико-правовых ценностей, правовой культуры, в первую очередь, культуры представителей публичной власти, власти в целом и общества, которая должна базироваться на принципиальной иной гражданской философии как философии юридической, правовой личности – об этом не приходится говорить.

Российская правовая доктрина, например, в ценностном понятийном слое до сих пор проводит деление на «физические» и «юридические» лица, в то время как, строго научно рационально, физическое находится вне пределов современной пирамиды политико-правовой жизни, закреплённой в Конституции РФ. Что допустимо в языке закона, то не всегда приемлемо в праве как феномене личности, а не государства. В этом плане современная правовая теория (как концептуально замкнутое операциональное знание, система которого самодостаточна, т. е. дееспособна), по сути практически целиком пробельна.

Все противоречия и пробелы доктрины, соответственно, отражаются на учебном процессе, который ныне в очень малой степени располагает ценностными и эвристическими познавательными возможностями привить студентам личностные и, соответственно, профессиональные установки о «предметных» ценностях правовой формы, ее отличии от законодательной

формы, отличии права от закона, человеке как индивидуальном правосубъектном центре всей общественной системы.

Как, в самом деле, на практике можно отличить право от закона, если правовая система РФ до сих пор институционально базируется на единственном источнике юридического права – на законе. При признании разных источников права терминологически, но не в доктрине (как рациональной системе, «свернутой» в себе).

Действительно, при системном изложении материала, например, о системе права не находится институционального места для таких источников права (наличие которых ныне широко артикулируется), как прецедентное (судебное) право, договорное право, обычное (традиционно-религиозное) право. Нет в ней места и для публичного и частного права, которые (как концептуальные «завершенности»), как представляется, только и способны проложить институциональный «водораздел» между обществом и властью, создать реальную систему сдержек и противовесов между ними. В условиях угрожающего для общества как целого нарушения природных прав человека о естественном праве по-прежнему говорится философски-абстрактно, а не институционально и операционально-юридически.

Перестраивание государственно-правовых представлений в русле конституционной идеологии новой России, по существу, требуется на всех этапах доктринального юридического знания:

- о видах правовых норм, не сводимых исключительно к законодательным нормам;
- о понятии нормативности общественных отношений как пирамиды отношений, которая включает не только «бумажное» законотворчество, но и процесс правоисполнения на уровне публичной власти (государства);
- о понятии рационализации самой публичной власти, подлинного приведения ее деятельности к правовому основанию – к работе на общее благо (не по закону, а в политико-социальной реальности);
- о понятии правовой системы как институционализированной (рационализированной) реальной социальной жизни;
- о понятии системы права, не сводимой к системе законодательства;
- о рациональном понятии системы законодательства как ведущем сегменте системы права;
- о понятии механизма правового регулирования как сложной (живой) системе правового опосредования социальной жизни (а не только как

законодательных инструментах), где едва ли не ведущим компонентом является презумпция должного поведения и людей (частного), и системы (публично-правового). Только это может реально сформировать должный порядок общественной жизни в России. При понимании на данном уровне самой конституции не только как закона, но и в прямом политическом смысле как конституирующего начала, остова, стержня этой жизни.

Обучение студентов магистерского уровня такому уровню мышления (должному публично-правовому) – прямая задача учебного процесса; как и привитие подлинного, работающего правового мышления, естественно-правового мышления, на понятийном аппарате которого «сверстана» действующая Конституция РФ; профессиональной культуры, нормативно основанной на понимании права как, прежде всего, достоинства человека, гражданина, которое поддерживается правовой справедливостью, а не усмотрением чиновника.

Привить такую культуру мышления и профессионального образа действия можно только на основе демонстрации несинкретического, неэлектического типа знания, прежде всего знания макросистемного, с одной стороны, и личностно-ценностно акцентированного и «принятого» знания, с другой стороны. Как типа знания, из которого исторически «родились» и впоследствии отпочковались в отдельные отрасли знания все наличествующие типы современного знания: и философско-рационалистическое и натурфилософское, и собственно научное, и, конечно же, правовое, которое эволюционно самым непосредственным образом было связано с онтологическими (бытийственными), жизненными человеческими ценностями, со справедливостью, правдой.

Если выкристаллизовать собственно модуль макросистемного, точнее – моносистемного знания как знания более высокого системного уровня, чем это имеет место ныне, то оказывается, что его стержень (конститутивное, конституция) является результатом успеха всех правовых демократий европейского типа. Это и должно стать необходимо минимальным уровнем стратегического мышления и стратегического видения проблем государственно-правовой действительности студентов, обучающихся в магистратуре. При одновременном знании, как правильно совместить европейскую политико-правовую культуру, для нас по сути иноцивилизационную, и отечественную, как провести в жизнь собственные российские этно-национальные, цивилизационные и государственно-правовые ценности, сделать их равноправной частью глобальной мировой системы.

Базовая методологическая цель курса – изложение материала с точки зрения конституционно закрепленных реалий, status quo российской государственности как правовой социальной государственности. В противовес традиционному (ортодоксальному) рассмотрению правового государства как «концепции», существующей «в параллели» с принятым в отечественной доктрине (читай: советской доктрине) учением о государстве и праве. При понимании того, что современная конституционная «картина государственности» есть не продолжение, а решительный разрыв с прежней доктриной по факту.

Пропедевтическая цель курса:

– четкое закрепление (в «индивидуальном» сознании студента) ценностей идеологии, политической философии, принципов и институтов правовой государственности, которые эволюционно (но отнюдь не революционно, по «декрету элиты») находили закрепление в правовых системах стран мира, а теперь закрепляются (последовательно, с точки зрения их раскрывающегося во времени осознания социальной практикой) в правовой системе России;

– выявление тех системных аспектов западной теории правового государства («обкатываемых» в социальной практике другой цивилизации, становящихся размерностью ее жизни, ее системы демократии, ее системы прав и свобод), которые должны быть восприняты российской государственностью, правовой теорией на практике и которые способны обеспечить подлинную реализацию в социальной жизни принципов и норм действующей Конституции РФ;

– выявление актуальных – системосозидающих – проблем отечественной «философии» (идеологии) и догмы государства и права.

Практико-прикладная цель курса:

– выработка навыков стратегического мышления, стратегического видения и умения решать на практике сложные проблемы современной российской общественной жизни;

– выработка таких профессиональных идеологических и аналитических навыков, благодаря которым специалисты-юристы были бы способны стать новым содержательным ядром отечественной политической элиты, готовой к «правильному государственному действию»;

– выработка целостного (органического) представления о государственной и правовой системе и на этой основе навыков и искусства нормотворчества, государственного и правового строительства.

Содержание дисциплины

1. УСТАНОВОЧНЫЙ БЛОК: введение в уровень проблематики курса. Понятие научного (доктринального) знания как системного знания. Необходимость выработки новой работающей юридической доктрины, которая системно опосредует естественно-правовую идеологию, как условие эффективности демократических преобразований в России. Новые узловые проблемы государственного строительства, которые должна опосредовать теория государства. Новые узловые проблемы правового строительства, которые должна опосредовать теория права.

2. ОБЩЕНАУЧНЫЕ ПРОБЛЕМЫ СОВРЕМЕННОЙ ЮРИДИЧЕСКОЙ НАУКИ

2.1. Государство и право – объекты с исторически (идеологически меняющимся содержанием). Понятие государства и права как продуктов цивилизационной деятельности народов. Понятие исторической эволюции, эволюционной и революционной смены парадигмы мышления и соответственно изменения концептуальных представлений о роли и предназначении государства и права, самом их содержании. Смена общественного строя в России как объективный фактор, обуславливающий необходимость выработки новой доктрины об обществе, публичной власти, праве, правовом законе, других источниках права.

2.2. Предмет юридической науки и современные проблемы фундаментального доктринального знания. Понятие предмета науки как системы знаний о своем объекте: его сущности, содержании. Понятие системы знаний (предмета) как системы, которая выражает сущность объекта. Понятие «состава» системы – ее подсистем, внутрисистемных связей, механизма сопряжения «элементного состава». Роль целостного учения об объекте в обеспечении самодостаточности общественно-практической (дееспособности), эффективности как инструмента опосредования общественной практики. Понятие институциональной системы как системы научных категорий, при помощи которых описывается объект. Государство и право в России как объекты, требующие новой институциональной и предметной доктринальной базы. Государство (система публичной власти) и право (сбалансированная система его юридических источников) как объекты изучения в юридической науке.

Понятие идеологии, политической идеологии, государственной идеологии, правовой идеологии, естественно-правовой идеологии, консти-

туционной идеологии.

Понятие ценностей общественной жизни, их «номенклатуры», публично-правовых ценностей, частно-правовых ценностей, индивидуальных ценностей. Понятие системных ценностей, ценностей системы с точки зрения профессионального статуса юриста – правозащитник, юриста-ученого, юриста – государственного деятеля.

2.3. Методология современного юридического знания и проблема адекватных способов познания государственно-правовой действительности. Понятие метода (способа) изучения объекта (явления действительности), применяемого с целью создания о нем нового знания. Изменение способов изучения мира и его явлений как следствие изменения самого мира. Характеристика методологического арсенала советской правовой науки. Характеристика методологического арсенала западноевропейской науки в познании государства и права. Характеристика проблем современной отечественной методологии. Основные задачи по созданию системы способов фиксации качеств таких объектов с изменившимся содержанием, как государство и право.

Основные методы познания российской государственно-правовой действительности как инструменты обнаружения и фиксации в системе знаний качеств этой действительности.

Методы изучения права и методы изучения законодательства.

3. ДОКТРИНА ГОСУДАРСТВА И ГОСУДАРСТВЕННО-ПРАВОВОЕ СТРОИТЕЛЬСТВО В РФ.

3.1. Идеальный и политико-философский фундамент современной правовой государственности. Государство – социальная и политическая ценность и современный российский конституционный процесс. Уровни понимания термина «государство». Понятие традиции (идейной, ценностной, цивилизационной, политико-правовой, научно-догматической) в изучении государства. Задачи по формированию новой научной системы, которая институционализировала бы мировые традиции и практику правовой государственности. Западноевропейская традиция в построении доктрины правового государства (автохтонная) и проблема объема ее рецепции русской государственно-правовой традицией. Проблема преемственности и «размежеваний» с советской теорией государства.

Понятие сегментарной (плюральной) государственности как фундамент западной доктрины государства. Исторические модели сегментарной государственности. Понятие моноцентричной государственности, ее ис-

торические модели. Русская и советская юридическая наука о государстве как наука, развивавшая моноцентричную модель. Объективные сложности теории и практики правовой государственности в России как объективные сложности принципиально разных типов миропонимания и традиций государственности.

Понятие и многозначность толкования термина «государственность». Проблема политизации понимания института государственности – его «оценки» вместо доктринального обоснования его нового конституционного содержания. Задачи публичной власти, ее представителей, в деле ее институционализации в России. Конституционное понятие государственности. Публичная власть (государство в современном его конституционном понимании) как система, которая должна работать «на опережение», как главный фактор построения новой общественной системы. Роль публичной власти (государства) в условиях общественно-политической модернизации в России. Проблема профессионализма публичной власти как фактор дееспособности общества, интересы которого она призвана проводить в жизнь, государства как субъекта международного права.

Уровни понимания государства в доктрине правового государства. Понятие государства как системы публичной власти, структура этой системы (разделение властей). Структура системы правовой государственности: публичная власть (подсистема), гражданское общество (подсистема). Основные принципы обеспечения целостности системы правовой государственности. Понятие разделения властей между обществом и государством. Модели (типы) взаимосвязи подсистем «публичная власть» и «гражданское общество».

Понятие «народа» как «собранной» через единые ценности общности и объективное отсутствие в России необходимой «питательной почвы» (единого народа) для создания подлинной правовой государственности. Роль политических ценностей и политико-правовых традиций в становлении правовой государственности в РФ, их феноменологический и онтологический «образ».

3.2. Государство (система публичной власти) и другие общественно-политические явления и институты государственности. Понятие публично-правового начала как «стержня» государственности, как дееспособной системы опосредования общих интересов и общего блага (самодостаточности народа в разных его гражданских, политико-правовых и жизненных социальных срезах).

Понятие правового государства (продукта западной цивилизации) как пирамидальной системы, основанием которой является «правовое, системное общество» – «собранное» гражданское общество, а вершиной экономически эмансипированный индивид. Понятие советского типа государственности как пирамидальной системы, основанием которой являлся «народ» как неструктурированное целое, держащееся на идеологии, а вершиной являлась власть (государство). Основные линии инверсионности этих моделей. Системные задачи современной российской науки и государственной практики в надлежащем обосновании и построении русской цивилизационной модели правового государства.

Системные задачи публичной власти в созидании (институциональном и инструментальном) правовой государственности в РФ. Задача в данной области доктрины.

Институциональное разграничение публичной власти (государства) и гражданского общества, естественного (экономического) общества. Основные модули (рычаги), обеспечивающие целостность (суверенность) данных «образов», систем народа, понятие народа.

Государство и экономика – проблема допустимости принятия государственностью экономического диктата.

Государство и система самоуправления – допустимо ли бытующее понимание «системы народа» как «низового этажа» публичной власти. Советский цивилизационный «облик» народа как негодный инструмент в условиях нового цивилизационного строительства.

Государство и церковь: роль духовных ценностей в государственном строительстве. Религиозные конфессии как «структурный элемент» народа, его специфическое сообщество. Институт церкви в системе государственности. Церковь и проблема ее собственности.

3.3. Гражданское общество – правовое, системное (институционализированное) общество и государство: система сдержек и противовесов. Понятие гражданского общества как продукта западной политико-правовой идеологии. Понятие гражданского общества как системы взаимоотношений во всех областях жизнедеятельности (экономической, социальной, политической), жестко сцепленной «правовым каркасом». Понятие права как поверхности разделения гетерогенного (сегментированного, плюрального) массива (населения). Понятие права как инструмента в руках индивида, обеспечивающего порядок общественных отношений, цель которого – экономическая суверенность.

Становление европейской науки о государстве (публичной власти) и гражданском обществе. Этапы общественно-исторической эволюции (развития) гражданского общества в Западной Европе и уроки для России. Понятие сильной публичной власти как дееспособного государства – способного обеспечить правильные системные, внутрисистемные и мегасистемные связи и опосредования в обществе.

Система и структура гражданского общества – гетерогенная линейная система. Сравнительная характеристика модулей «собираемости» гетерогенной системы западного типа и российской цивилизационной системы как гомогенной (без поверхностей натяжения, т. е. без права как такой поверхности). Сложности правового мышления России как объективные сложности, как сложности системного уровня.

Гражданское общество и его европейский образ периода постмодерна – сетевое общество как воспроизводящее сетевую структуру западной модели бизнеса. Непригодность сетевого понятия гражданского общества (как поля для бизнеса) для России и других постсоветских стран. Рецепция данного «продукта» – «приглашение к себе» иноцивилизационного, приглашение к поглощению собственных ценностей, экономического и политического рынка и утрата равного (одинакового, однородного) собственным ценностям человека. Поражение власти на «данном участке» – не трудности роста, а преступное незнание, преступление против своего народа.

3.4. Современная правовая демократия – основные институты. Методология демократии. Уровни понимания демократии: а) система принципов и институтов организации жизни в государстве (современный облик – правовое государство); б) механизм обеспечения (поддержания) демократических принципов и институтов; в) демократия как личная ценность.

Основные институты демократии: верховенство правового закона; плюралистическая структура общества (плюрализм как принцип государственности на всех ее уровнях) с институциональным обеспечением права каждого элемента (ассоциации) гражданского общества на свое структурное место в системе; институционально закрепленная система сдержек и противовесов между обществом и государством; институционально разграниченные системы государственной и общественной власти (системы самоуправления); разделение власти внутри публичной власти (государства); система правосудия (суд) как система а) «сдерживания» внутри власти; б) как система обеспечения правовой справедливости в стране.

Проблема правосудия и его институционально правильного пони-

мания в современной России.

Механизм обеспечения демократических принципов и институтов – формальная (юридическая, правовая) демократия: понятие и задачи его формирования в РФ. Понятие реальной демократии (советский цивилизационный тип) и формальной (правовой) демократии европейского типа – два разных взгляда на социальную действительность в XX в.

Виды (типы) демократий в западном государствоведении. Понятие осевой и периферийной демократии и издержки демократии западного типа. «Новые образы» демократии: эталонная, устойчивая, суверенная, экономическая, политическая, конкурентная, сомнительная и т.д. Задачи по формированию русской цивилизационной модели правления народа.

3.5. ДОГМА ГОСУДАРСТВА. Государство в статике – как институциональная система. Понятие догмы (от греч.: «учение») как сложившейся системы научного знания об объекте и его связях с другими объектами – в первую очередь, с правом. Понятие современной догмы государства как устоявшейся системы институционального (рационального) знания о публичной власти – объекте с изменившимся политико-правовым, конституционным содержанием, предназначением и целями.

3.5.1. Сущность и основные признаки государства – проблема современного доктринального понимания. Дискреционность публичной власти и проблема коррупции в России (на системном уровне). Понятие сущности государства (публичной власти) как особого типа социальной власти.

Доктринальное понятие свойств публичной власти: суверенитет, авторитетность, легитимность. Типы легитимности. Тип легитимации публичной власти, свойственный России (цивилизационный, этно-культурный и духовный).

Аномалии в правильном (рациональном) системном позиционировании публичной власти – дискреционность (злоупотребление публично-правовым началом). Типы должностной дискреции: плюралистический (западный тип) и корпоративистский (российский тип). Понятие и система корпоративистского государства. Сращивание частного и публичного («приватизация» публичного) как системная причина «новой» коррупции в России. Основные направления системной борьбы с коррупцией – вытеснение корпоративного, непубличного (идущего «не в ногу с общим благом»), из публичного, построение реально работающей публично-правовой системы опосредования общественной жизни.

Понятие публичной власти как статичной системы. Понятие рацио-

нализации публичной власти как системы, которая системно проявлена вовне – в социальной среде, т. е. эффективна. Современный конституционный подход к проблеме рационализации публичной власти. Понятие системных уровней государства.

Понятие и способы обеспечения целостности государственного организма. Понятие единого универсального принципа самоподдержания государства, его пирамидальной системы и структуры по вертикали и горизонтали.

Вертикаль власти как принцип единообразного проведения публично-правового начала (общего блага) сверху вниз – в «толщу народной жизни». Проблема правильного толкования понятия вертикали власти в доктрине (недопустимость понятийной профанации) и политической практике (недопустимость использования в негодных политических целях).

Понятие государства «по горизонтали» – как «народной системы», экономического сообщества, гражданского сообщества, которое функционирует на основе универсального, историей человечества выработанного регулятора – права. Право как способ «собирания» плюральных сообществ.

Право-справедливость (инструмент обеспечения и поддержания общего блага) как цель, которая обусловила становление в процессе человеческой эволюции и самого государства.

Современное понятие государства (система публичной власти на службе у народа своей страны) как продукт цивилизации.

3.5.2. Форма государства: типология государства как сложной многоуровневой цивилизационной системы. Понятие типологии в государственно-правовой науке: выявление общих черт в исторически существовавших и существующих ныне типах, видах цивилизаций, разновидностях национальных форм государственности, отдельных государствах.

Цивилизационный и формационный подходы в типологии и проблема осмысления эволюции исторических форм государственности. Два вектора понимания эволюции: а) цикличное (спиралевидное), вертикальное и б) прямолинейное (прогрессистское), горизонтальное движение по шкале исторического времени. Русский тип (тип «а») естественноисторического эволюционирования (развития) и задачи отечественной доктрины в его аутентичном осмыслении. Понятие «вечного возврата» к прошлому.

Понятие цивилизации как культурного и духовного продукта народа данной страны. Понятие культурно-духовной синергии (сопряжения усилий) как способ обеспечения цивилизационной жизнеспособности. Роль

национальной элиты и политической элиты как ее части в обеспечении цивилизационной целостности своей страны.

Формационный подход как пример эволюционирования типа «б». Формационный подход как западный общественно-политический продукт: история как прямолинейное движение от менее развитого к более развитому; захват новых ареалов как миссионерство. просвещение «менее прогрессивных» народов.

Понятие и предмет профессиональной деятельности публичной власти в данной области: умелое сочетание процессов рецепции ценностей; интеграции в европейскую (европоцентристскую) «цивилизацию»; понимание собственного (российского) цивилизационного; обогащение национального действительно универсальными ценностями человечества. Профессионализм власти как знание и признание в качестве системообразующих собственных цивилизационных ценностей.

Понятие формы государства в отечественной догме (учении) государства – как научный прием уяснения типичного в системе государства, выявления «линий» типичного, который обуславливают общее и специфическое в системе, разных ее уровнях и сегментах.

Понятие сближения (конвергенции) и унификации формы государства (государственности) в современном государственном процессе. Понятие и роль современной демократии в процессах унификации «государственной инженерии».

3.5.3. Типология формы правления и проблема смешанной формы правления (как наиболее устойчивой) в России. Монархизм и республиканизм (монизм и плюрализм) как принципы организации публичной власти и общества. Эволюция данных принципов, их конвергенция в современном мире.

Идеология монархизма. Типы современных монархий. Европейские монархии (современные) как «специфично устроенные» демократии.

Идеология республиканизма. Типы современных республик и тенденции к «смещению» «чистых» типов: парламентской и президентской республик.

Система и структура организации государственности в президентской республике. Специфика российского президентского правления. Суперпрезидентские республики.

Смешанные республики и проблема смешанного (конвергентного) правления в РФ – тенденция развития конституционного процесса.

Проблемы власти: задачи по реализации конституционной модели в государственно-правовой практике (подведение материального под формальное).

3.5.4. Типология формы государственного устройства и проблема территориальной диверсификации публичной власти. Проблема российского федерализма. Унитаризм и федерализм (монизм и плюрализм) как основные принципы организации современной государственности.

Идеология унитаризма и ее принципы поддержания целостности государства. Система и структура унитарного государства: классический образец, современное унитарное государство. Понятие регионализма и региональной политики.

Идеология федерализма и ее принципы поддержания целостности государства. Система и структура федеративного государства – ее типологические модели. Виды современных федераций в западном государствоведении.

Специфика федерализации современных государств и нарастающая тенденция конвергенции унитаризма и федерализма.

Модель Российской федерации и проблемы ее оптимизации. Инварианты эволюционирования федеративного устройства в РФ. Профессиональные задачи публичной власти по оптимизации федеративной структуры в РФ. Проблема согласования территориальной структуры РФ с собственными цивилизационными особенностями и политико-идейными традициями, духовно-культурными традициями (сочетание административно-территориального и национально-территориального).

Идеология конфедерализма и ее принципы поддержания целостности конфедеративных образований. Логико-теоретическая модель конфедерации (ее система и структура) и процессы конфедерализации (распада и новых объединений) на государственной карте мира.

3.5.5. Межгосударственная интеграция: глобализация мира и проблема новых типов объединений государств. Россия в интеграционном процессе. Типологические черты современных межгосударственных объединений. Западно-европейская модель интеграции: внутрисистемная (осевая) модель (ЕС), работа системы ЕС во вне (ассимиляция иносистемных, утративших свою системность государственных конгломератов (страны восточного лагеря, «традиционные» восточные страны). Уровень профессионального знания в данной области.

Американская модель интеграции: внутрисистемная (осевая) мо-

дель (США как «центр» «подлинной демократии»), работа системы во вне (прямое силовое введение иносистемных государственных образований в поле своего системного интереса – поглощение, и политико-экономического интереса). Проблема американских стандартов демократии и «американизации» национальной государственности по стандартам отечественной государственно-правовой доктрины, догмы государства в выявлении биполярности, бинарной оппозиционности методологии западной доктрины и практики. Российская модель интеграции – тенденции развития. Принципы (модули) интеграции России по осям: Россия – Западная Европа (Евросоюз); Россия – Восточная Европа; Россия – Восток. Россия и США – восстановление (новое) мирового баланса в складывании многополярного мира. Ось Россия – США и ее роль в сохранении паритетности, поддержании монопринципа в условиях расплывающейся плюрализации государственных устройств. Сильная Россия как объективный вызов исторического времени.

Задачи России в процессе глобализации (внутрисистемные и во взаимодействии с другими системами (европейской, американской) и конгломерациями). Содержательная сторона данного процесса (не политическая, экономическая, «имперская») как собственная цивилизационная идентификация. Проблема современной цивилизации, ее ценностных оснований, задачи науки в их системной рационализации. Задачи публичной власти в данной области.

3.5.6. Типология политических режимов и проблемы обеспечения стандартов конституционных прав и свобод в РФ как «профессиональная проблема» публичной власти. Понятие политического режима как системно-организационного и правового режима поддержания конституционных прав и свобод в стране. Понятие «работающего» политического режима (системно обеспеченного и поддерживаемого публичной властью), объективные показатели эффективности государства в поддержании демократии (при возможной субъективной оценке результатов такой эффективности: в методологии осевой либо периферийной демократии).

Типологические характеристики политических режимов по критерию объема прав и свобод, реализованных, укоренившихся в государственном быте страны: эталонный демократический режим; либеральный, авторитарный, тоталитарный.

Характеристики (институциональная) демократического политического режима: американская модель; европейская модель; становящаяся российская цивилизационная модель – общее и особенное.

Проблема ценностей (духовных, социальных, политических, правовых) в демократическом государственном строительстве РФ как «область» профессионального приложения усилий публичной власти, как ее прямая профессиональная задача (предмет деятельности). Задачи доктрины в создании системного государственного знания, аутентичного собственным онтологическим основам.

Проблемы системного поддержания конституционных прав и свобод в РФ как проблемы, требующие знания «органических» традиций собственной страны.

3.6. ГОСУДАРСТВО (ПУБЛИЧНАЯ ВЛАСТЬ) В ДИНАМИКЕ: проблема дееспособности, эффективности, политической и правовой ответственности. Понятие дееспособности публичной власти. Понятие эффективного государства. Понятие политической ответственности государства. Понятие правовой ответственности государства и проблема приоритета права народа на ответственную власть перед властью как институтом, не имеющим юридической ответственности перед народом по закону.

Понятие политической ответственности публичной власти (перед обществом и дееспособность самого общества для работы «политического правоотношения «общество–власть»). Понятие правовой ответственности как ответственности по «естественному праву» народа, а не только по юридическому закону. Проблема правового закона и право народа на достойную, соответствующую его (народа) «содержанию», профессиональную, с подлинным государственным мышлением государственную власть.

Дееспособность, эффективность и ответственность народа – «второго лица» двуликого Януса демократической государственности. Принципы работы противовеса «общество–власть» в устойчивой демократической системе. «Опережающая», главенствующая роль публичной власти в формировании, устройении демократической инфраструктуры при осуществлении реформ (российская ситуация).

Проблема политико-конституционного толкования общественной системы РФ: Конституция как общественный договор народа и публичной власти (его первичность, обуславливающая «объективное вменение» применительно к власти). Конституция как действующий закон, регламентирующий, стабилизирующий общественно-политическую систему.

3.6.1. Доктринальное понятие функций публичной власти, их типология. Понятие функции (лат.: «исполнение», «осуществление») – внешнее проявление свойств объекта (публичной власти) в данной системе отно-

шений (общественной системе). Функция как объективация потенциала общества, политической системы. Функция как объективация публичной власти.

Понятие функции публичной власти в идеологии и доктрине правового государства и проблема выполнения российским государством своих функций – социальной (поддержание целостности, высоких стандартов жизни общества); функции насилия (устранение аномалий, девиаций, отклонений от должного порядка общественных, правовых отношений).

Типология функций государства на системно-структурном уровне, критерии типологии. Задачи российской демократии, реформы и функции государства как системы публичной власти, не имеющей самоцели.

Задачи публичной власти по оптимизации своего функционального предназначения, целей, задач в демократическом государственном строительстве в РФ.

3.6.2. Механизм государства – А) многоуровневая институциональная система публичной власти в действии; Б) система опосредования жизнедеятельности общества. Усложнение механизма современной российской государственности и проблема эффективности публичной власти. Понятие системы (от греч. – «целое», «составленное из частей», «соединение») как множества элементов, находящихся в связях друг с другом, которые образуют определенную целостность, единство.

А) Механизм публичной власти как системы, способной к самоподдержанию и правильному (системой обусловленному) действию. Механизм как целое, структура механизма. Понятие механизма государства и понятие структуры государственных органов: подмена в советской доктрине понятия механизма понятием структуры – прошлое, мешающее настоящему.

Понятие механизма государства в советской доктрине. Понятие механизма государства в современной конституционной идеологии.

Понятие механизма публичной власти (ветви власти в синергетическом единстве, способные к выполнению своей «естественной функции» – работы на общество) в идеологии современной правовой государственности. Задачи доктрины в институционализации нового типа (модуля) функционализма власти.

Понятие механизма гражданского общества (ассоциации – синергизированные, обеспечивающие единство, самодостаточность, т. е. дееспособность данного правового общества) как подсистемы механизма государства.

Понятие «механизм народа» (идейно-ценностно, политико-идеологически, цивилизационно «собранное единство» – способное выстроить все «технологические» подсистемы, сегменты, срезы своей общественной жизнедеятельности, в том числе и систему публичной власти). Система «народ–власть» и тенденции рационального государственного строительства в РФ.

Б) Эффективная публичная власть (государство) и проблема обеспечения, опосредования жизнедеятельности общества на макросистемном уровне. Понятие макросистемности (экономической, политической, правовой, этно-цивилизационной) в государственной стратегии. Современный российский «экономический образ» общественной жизни, подмена экономическим фактором многоуровневой и ценностно обусловленной системы общественной жизни как свидетельство неэффективности института публичной власти.

Искусство стратегического государственного мышления и проблема овладения властью «своим предметом».

Механизм государственности как многоуровневая система (по горизонтали и вертикали), состояние которой является индикатором профессионализма власти.

3.7. Доктрина правового государства как идеологический продукт Запада – проблема уровня ее рецепции в государственном строительстве РФ. Правовая (по «системотехнике») государственность как облик современного государства в европейском мире. Специфика проявления правовой системотехники европейского типа в других цивилизационных системах. Восточный вариант правового государства (исламского типа).

Исторические типы государственных моделей, идеологически построенные на основе естественноприродных принципов справедливости (права справедливости) и исторический выбор России.

Знание (аутентичное) западной политико-правовой идеологии, содержания и принципов работы системы правового государства – проблема не «личного интеллектуального интереса», а прямая обязанность публичной власти.

Принципы построения пирамиды правовой государственности западноевропейского типа, способ ее центрирования. Роль публичной власти (государства) в идеологии правовой государственности.

Цивилизационная специфика построения «русской системы» государственности. Основные линии ее инверсионности европейской сис-

теме. «Русская модернизация» по западному (особенно американскому) системному образцу как насильственная кардинальная ломка исторически устоявшегося «общественного ритма» национальной жизни. Современная модернизация в России как осуществляемая с рецепцией не только идеологического (правильного) посыла, но и системно-структурного принципа, который предполагает рецепцию культуры, ценностей жизни и мышления западной цивилизации. Отторжение русским обществом генетически, цивилизационно чуждого ему культового продукта (культура – система культов, ценность которых признается всеми), и профессиональные задачи публичной власти в данной области.

Проблема преодоления расколотости и многомысленности (запутанности мышления) в современной России как проблема недостатка профессионализма политической элиты в трансляции необходимых для становления целостного народа, общества ценностей.

ОБЗОРЫ И РЕЦЕНЗИИ

Г. Ф. Гараева*

**РЕЦЕНЗИЯ НА МОНОГРАФИЮ:
СМИРНОВА М. Г. СОЦИАЛЬНЫЕ ПРИТЯЗАНИЯ
И СУБЪЕКТИВНОЕ ПРАВО.
СПБ.: ИЗДАТЕЛЬСКИЙ ДОМ «КНИЖНЫЙ МИР», 2008. 136 С.**

Ключевые слова: теория права, субъективное право, социальные притязания, правообразование, институционализация социальных норм.

Аннотация: В рецензии рассматривается исследование, посвященное проблемам процесса правообразования в современном обществе; рассматриваются проблемы формирования социальных притязаний, их бытование в форме социальных норм, с последующей институционализацией, юридическим закреплением.

Key words: social pretensions, legal interests, subject law.

Annotation: Review on: Smirnova M.G. *Social pretensions and subject law*. St.-Petersburg: Book World, 2008. 136 p.

The review is devoted to a detailed analysis the work describing the correlation of social pretensions and legal interests. The author defines that M.G. Smirnova has determined the content of social pretensions in the structure of the subjective law.

Проблема социальных притязаний – одна из тех, которая не теряет своей актуальности по мере поступательного развития человеческого общества. Дальнейшая социальная дифференциация, появление новых социальных групп, социальная и пространственная мобильность, изменение образа жизни людей, новые экономические и политические тенденции и т. д. приводят к тому, что социальные притязания наполняются новым содержанием, новыми формами выражения, новыми приоритетами.

* Доктор философских наук, профессор, заместитель директора по научной работе Северо-Кавказского филиала Российской академии правосудия (г. Краснодар).

Социальные притязания – сложный и многогранный социальный феномен, который исследуется психологами, философами, социологами, политологами, историками, правоведами и т. д. Но несмотря на то, что социальные притязания неразрывно связаны с сущностью права и формами его выражения, в юридической литературе эта тема до сих пор не находила своего глубокого и системного выражения.

Монография М. Г. Смирновой «Социальные притязания и субъективное право» представляет собой первое научное исследование социальных притязаний сквозь призму правового подхода, отличающееся новизной, теоретической и практической актуальностью. Интерес к теме социальных притязаний автор объясняет тем, что социальные притязания непосредственно связаны с познанием сущности права, механизмом правотворчества, правосознанием. Действительно, социальные притязания фокусируют многие вопросы, которые затем находят или порой не находят свое отражение в праве. Трудно не согласиться с автором относительно следующего основополагающего тезиса: «Право появляется и существует там и тогда, где и когда человек ощущает себя способным реально претендовать на что-то, требовать чего-то. Социальные притязания – это основа права, которая затем облекается законом государства в ту или иную форму» (стр. 6). Попытка рассмотрения права, прежде всего, через призму интересов индивидов, социальных групп способствует, по нашему мнению, действительной гуманизации правовой сферы, учету реальных тенденций развития при правовом регулировании общественных отношений.

Первая глава монографии «Социальные притязания и право» содержит важные теоретические рассуждения и выводы, которые существенно дополняют и уточняют имеющийся терминологический ряд по данной проблематике. Социальное притязание определяется автором как «требование, которое предъявляют индивиды, социальные группы, иные общности (социальные субъекты) к структурным элементам общества и государства об осуществлении практических действий, способствующих реализации собственных социальных интересов, а также их институционализации» (стр. 13). В этом определении закреплены существенные признаки социальных притязаний, в основе которых лежит социальный интерес. Но, на наш взгляд, в данном определении следует указать на социально приемлемую форму этих притязаний. В таком случае, будет отражено объективное требование соответствия социального содержания притязаний социальной форме их выражения. Это тем более важно, что автор монографии рассматривает

в качестве необходимой составляющей социального притязания активные внешние действия по выражению требований притязателей.

Важное практическое значение имеют критерии институционализации социальных притязаний, предложенные автором. Они позволяют упорядочить и рационализировать отношения в социуме по вопросу реализации социальных притязаний. В качестве критериев институционализации социальных притязаний автор предложил учитывать следующие факторы:

- соответствие социальных притязаний историческим традициям, культуре, социально-экономической и политической ситуации, а также ожиданиям населения;

- обеспечение единства общества;

- общезначимость отношений, получающих отражение в норме права в результате законодательного закрепления социальных притязаний;

- соблюдение формального равенства субъектов отношений, которые закреплены в норме права;

- прямую заинтересованность общества в законодательном закреплении социальных притязаний, а также возможность внешнего контроля для отношений, получающих отражение в норме;

- непротиворечивость социальных притязаний нормам общечеловеческой морали;

- реальную исполнимость социальных притязаний.

Иными словами, как верно подчеркивает автор монографии, социальные притязания получают свою институционализацию в праве, когда они «разумны, социально оправданны и отвечают общественным представлениям» (стр. 45).

Все названные требования, безусловно, необходимо учитывать как самим притязателям, так и законодателю. Но вместе с тем возникает вопрос о механизме достижения консенсуса интересов общества и субъектов социальных притязаний. Ведь, например, представление о реалистичности выполнения требований, связанных с социальными притязаниями, может быть разным у законодателя и субъекта притязаний. Также неоднозначно может оцениваться субъектами притязаний и законодателем соответствие социальных притязаний сложившимся традициям. Это хорошо видно на примере нашей страны, население которой исторически было идейно расколото и по сей день в обществе сосуществуют субъекты социальных притязаний, руководствующиеся противоположными идейными установками.

Это делает актуальным вопрос о целенаправленном формировании

социальных притязаний у населения путем воздействия на факторы, порождающие конкретные социальные притязания. Ведь, несмотря на разнообразие социальных притязаний, механизм их формирования единообразен. В первой главе монографии автором достаточно подробно исследованы факторы, определяющие формирование социальных притязаний. При этом в работе достаточно подробно исследованы как общие социальные условия (макросреда), так и специфические (микросреда), являющиеся факторами формирования социальных притязаний. Четкое представление об этих факторах говорит о реальном историческом механизме формирования социальных притязаний, а также о том, что социальные притязания могут быть прогнозируемы и управляемы. Следовательно, институционализация социальных притязаний не может рассматриваться как стихийный процесс, а представляется как процесс, который законодатель может предвидеть и способствовать ему. Ведь институционализация социальных притязаний посредством правовых норм должна способствовать социальной сплоченности общества и не должна вступать в противоречие с общественными нравами. В этой связи ценной рекомендацией представляется предложение автора о необходимости проведения социологических исследований перед принятием новых, особенно кодифицированных законов, с тем, чтобы учитывать социальные притязания разных групп населения, с учетом пола, возраста, семейного положения и т. д.

Вторая глава монографии «Взаимодействие социальных притязаний и субъективного права» посвящена анализу сущности и структуры субъективного права и воплощению социальных притязаний в субъективном праве. Это весьма важный поворот в исследовании социальных притязаний, так как посредством субъективного права субъекты социальных притязаний обретают правовую свободу, которая позволяет достигать поставленных социальных целей.

В работе большое внимание уделяется обзору имеющихся точек зрения на субъективное право с позиции конструктивной критики. В результате проведенного анализа автор монографии предлагает следующее определение: «Субъективное право – это закрепленная за управомоченным в целях удовлетворения его интересов особая юридическая возможность действовать определенным образом (мера возможного поведения), пользоваться социальным благом, требовать соответствующего поведения от обязанных лиц, а также обращаться в случае необходимости за защитой субъективного права» (стр. 81). В этом определении автор стремится от-

разить как формальные, так и материальные моменты, а также юридическую природу и социальное назначение субъективного права. И это, на наш взгляд, М. Г. Смирновой вполне удастся. К тому же в данном определении раскрывается многообразие возможностей, которые заключает в себе субъективное право, закрепляются его существенные признаки, отличающие от объективного права.

Но субъективное право – это всегда право на пользование конкретными благами в обществе, право на обладание материальной или духовной ценностью. Все это говорит о неразрывной связи социальных притязаний и субъективного права. Автор очень убедительно показывает конечную цель выдвижения социальных притязаний – их воплощение в субъективном праве посредством закрепления в объективном праве. Эта цель порождается объективной спецификой социальных отношений, складывающихся в обществе.

Также представляется верным вывод автора о том, что объективно обусловленные социальные притязания стимулируют деятельность людей, являются движущей силой этой деятельности и способствуют развитию и совершенствованию субъективного права. Тем самым законодательство страны получает социальные ориентиры, которые препятствуют появлению мертворожденных норм.

В целом, полученные выводы вносят неоспоримый вклад в развитие правовой теории и практики, служат импульсом для дальнейших исследований сущности социальных притязаний и субъективного права, эффективному реформированию правовой системы. Еще раз подчеркнем, что монография М. Г. Смирновой «Социальные притязания и субъективное право», по нашему мнению, является заметным событием в юридической науке. Это подтверждает, во-первых, обращенность к актуальной, но малоизученной теме, во-вторых, авторское видение решения поставленного вопроса, и, в-третьих, логичность и последовательность изложения материала и авторской позиции.

АСПИРАНТСКИЙ ВЕСТНИК

А. В. Бухалов*

ПОНЯТИЕ И ПРИЗНАКИ ИНДИВИДУАЛЬНОЙ ДОГОВОРНОЙ НОРМЫ

Ключевые слова: *источники права, частное право, договор, нетипичные источники права, индивидуальная договорная норма.*

Аннотация: *В статье рассматриваются вопросы урегулирования отношений в сфере частного права; анализируются нетипичные источники права; исследуются проблемы формирования индивидуальной договорной нормы, раскрывается ее содержание.*

Key words: *private contract, untypical law sources, conventional rule.*

Annotation: *Concept and characteristics of the individual conventional rule. The role, sense and characteristics of the untypical sources of law, especially the individual conventional rule in the private contract law, are analyzed in this article.*

Интерес к договору как источнику частного права и общеправовой конструкции с неизбежностью ставит вопрос о правовой природе норм, содержащихся в договоре (в том числе и индивидуальном, частном), а также их отличительных признаках.¹ Однако пока он слабо разработан в юриди-

* Аспирант юридического факультета Ленинградского государственного университета имени А. С. Пушкина.

¹ См., например: *Каширина Т. В.* Происхождение государства и права: Современные трактовки и новые подходы. М., 1999. С. 65; *Марченко М. Н.* Частно-правовой договор в механизме правового регулирования // Вестник Московского университета. Сер. 11. Право. 2004. № 2. С. 3–16; *Шуткина И. С.* Локальное нормотворчество коммерческих организаций // Хозяйство и право. 2002. № 3. С. 11; *Сапун В. А.* Типичные и нетипичные источники публичного и частного права // Публичное, корпоративное, личное права: Проблемы конфликтности и перспективы консенсуальности. СПб., 2005. С. 29–30; *Бухалов А. В.* Договор как нетипичный источник частного права (к постановке проблемы) // Ленинградский юридический журнал. 2007. № 2. С. 182.

ческой литературе.

Различные исследователи именуют данный юридический феномен по-разному. В юридической литературе существует несколько вариантов обозначения таких норм – индивидуальные, корпоративные, локальные. В частности, Т. В. Кашанина вводит понятие «корпоративное нормотворчество», понимая под ним «осуществляемую коллективом организации (коллективом работников, коллективом акционеров) самостоятельную деятельность по созданию корпоративных норм».² Автор подобные нормы называет корпоративными и понимает под ними «правила поведения, вырабатываемые организациями и распространяющиеся на их коллективы».³

Развивая свою мысль, исследователь приводит в качестве примера и так называемые договорные нормы, которые содержатся в различных договорах.⁴ Подчеркивается, что договоры имеют нормативный характер, поскольку в результате их заключения вырабатываются правила поведения, которые касаются участников соответствующего договорного отношения (хотя правовой характер таких норм наводит на мысль о договорном правоотношении). В случае наличия спора о праве, возникающем из договора, суд, рассматривающий дело, будет исходить из условий договора. Это свидетельствует о нормативно-правовом характере договоров и предполагает за договорными нормам нормативно-правовую основу.

Наиболее полное представление о локальных нормах разработано в трудовом праве, где они рассматриваются как результат локального нормотворчества. В. К. Самигуллин под локальной нормой понимает «правила, которые устанавливаются и действуют в рамках отдельных предприятий, организаций, учреждений, а также их структурных подразделений...».⁵ С. И. Архипов поддерживает данную точку зрения и указывает, что «...эти нормы, как и всякие другие нормы права, принимаются неоднократно, адресованы персонально неопределенным субъектам, подкрепляются силой государственного принуждения».⁶ Последняя конкретизация вызывает наибольший интерес, поскольку здесь делается акцент на правовом характере локальных норм. Таким образом, в целом мнения исследователей по

² Кашанина Т. В. Хозяйственные товарищества и общества: правовое регулирование внутрифирменной деятельности. М., 1995. С. 35.

³ Каташина Т. В. Происхождение государства и права... С. 36.

⁴ Там же. С. 68.

⁵ Самигуллин В. К. Локальные нормы и их виды // Правоведение. 1976. № 2. С. 28.

⁶ Архипов С. П. Понятие и юридическая природа локальных норм права // Правоведение. 1987. № 1. С. 54.

вопросу о понятии локальной нормы совпадают. Однако нельзя с полной уверенностью утверждать, что частный договор должен содержать в себе корпоративные или локальные нормы. Обратимся сначала к признакам этих норм.

Т. В. Кашанина выделяет следующие общие признаки корпоративных норм:⁷ 1) они регулируют не отдельный случай или конкретные общие отношения, а типичные ситуации, или вид отношений, имеющих место в корпорации; 2) имеют общий характер, т. е. рассчитаны не на одного или нескольких человек, а сразу на многих лиц, поименно указанных; 3) они не персонифицированы или в них отсутствуют указания на конкретного адресата, один из главных признаков данного вида норм.

Предложенные Т. В. Кашаниной признаки конкретизируются другими исследователями. Так, по мнению Р. И. Кондратьева, корпоративная норма, во-первых, как бы синтезирует волю государства и организации, во-вторых, принимается на предприятии и действует в его пределах, в-третьих, ее принимают исходя из специфики данного предприятия.⁸

Теперь проанализируем признаки локальной нормы права. В. К. Самигуллин отмечает следующие признаки локальных норм: действие на территории предприятия; гарантирование их принудительной силой; происхождение от государства; отсутствие поэтому той степени общности, которые свойственны нормам общегосударственным.⁹

Л. И. Антонова выделяет такие признаки локальных норм: они принимаются на предприятии и действуют в его пределах; субъектом их принятия являются администрации или трудовые коллективы; имеют дополнительный характер по отношению к нормам общегосударственным; их предмет составляют трудовые или организационно-управленческие отношения.¹⁰ В целом похожие признаки локальных правовых норм выделяет С. И. Архипов. По его мнению, локальные нормы устанавливаются в отдельных самостоятельных организациях; их действие по кругу лиц ограничено работниками данной организации; создаются посредством индивидуального нормотворчества, они санкционируются государством; основанием их обя-

⁷ Кашанина Т. В. Индивидуальное регулирование в правовой сфере. М., 1996. С. 124.

⁸ Кондратьев Р. И. Локальные нормы трудового права и материальное стимулирование. Львов, 1973. С. 40.

⁹ Самигуллин В. К. Локальные нормы и их виды. С. 30.

¹⁰ Антонова Л. И. Локальное нормотворчество в советском трудовом праве // Правоведение. 1976. № 5. С. 47.

зательности является право организации на «автономное» регулирование данных отношений и их санкционирование государством.¹¹

О чем свидетельствуют приведенные признаки? Во-первых, и локальные, и корпоративные нормы так или иначе связаны с государством и его законом, во-вторых, они выполняют аналогичную с законодательными нормами функцию, хотя и имеют другую сферу действия, и в третьих, и те и другие схожи по своей юридической природе. В свою очередь, их природа аналогична природе норм, содержащихся в договорах. Однако, природа таких норм требует серьезной научной разработки с точки зрения новых институтов общественных отношений в России, прежде всего договорных норм.

Регулирование общественных отношений и преобразование их в правоотношения осуществляется с помощью определенного механизма и при надлежащем наборе правовых средств. В свою очередь, механизм правового регулирования представляет собой совокупность средств, воздействующих на общественные отношения, поведение людей с целью их упорядочения. Мы согласны с мнением В. К. Бабаева, согласно которому механизм правового регулирования включает в себя следующие элементы: норма права, юридические факты, правоотношение, правоприменительные акты, юридически значимое поведение субъектов.¹²

Исходным элементом механизма правового регулирования является юридическая норма. Современная теория предполагает существование юридической нормы до того, как механизм правового регулирования будет приведен в действие.

Мнения ученых по поводу понятия и признаков нормы права в принципе совпадают. В частности, Л. И. Спиридонов понимает под нормой права – «общеобязательное правило поведения, являющееся мерой свободы и ответственности формально равных субъектов общественных отношений и обеспечивающееся принудительной силой государственной власти».¹³ При этом в качестве основных, характеризующих норму права признаков автор выделяет: 1) общий характер юридической нормы, выражающийся в том, что это правило поведения выражает веление общества, 2) то, что юридическая норма формально-определенное правило поведения, устанавливаю-

¹¹ Архипов С. П. Понятие и юридическая природа локальных норм права... С. 57.

¹² См., напр.: Бабаев В. К. Теория государства и права: Учебное пособие. М., 2009. С. 78.

¹³ Спиридонов Л. И. Теория государства и права: Учебное пособие. М., 1997. С. 89.

щее конкретные права и обязанности участников правоотношения; 3) такое правило поведения, которое выражает общественное требование, направленное на бесконфликтные отношения между субъектами.¹⁴

Однако рассмотрения признаков классической правовой нормы явно не достаточно для познания внутренней природы данного явления. Необходимо обратиться к содержанию классической правовой нормы.

Содержание нормы многоаспектно:

1) это – логическое суждение, в котором утверждается или отрицается что-либо о предметах или явлениях объективной действительности;

2) это – форма общественного отношения. Общественное отношение можно обозначить понятием социальной ситуации, под которой в литературе понимается локализованный в пространстве и во времени фрагмент социальной жизни, характеризующийся качественной определенностью своего содержания и относительно стабильным составом участников.

3) это явление волевого порядка, которое заключается в стремлении государства урегулировать общественные отношения.

«Если рассматривать юридическую норму с точки зрения сущего и должного, то веление будет средством достижения должного. Оно олицетворяет собой обязательность, властность, возможность государственного принуждения в случае неисполнения, либо ненадлежащего исполнения нормы».¹⁵

На этой основе определим понятие и признаки норм, содержащихся в договорах, в том числе и частно-правовых. Договорная норма права выполняет аналогичную с классическими правовыми нормами функцию – регулирование общественных отношений. Как и правовые нормы, договорные нормы – одна из разновидностей социальных норм. Понятие «договорная норма» представляется нам гораздо более подходящим, чем локальная и корпоративная, ввиду того, что понятие «локальная норма» встречается в трудовом праве как некое обязательное для представителей трудового коллектива правило поведения, содержащееся в коллективном договоре или соглашении и являющееся «продуктом» социального партнерства. Корпоративная же норма представляет собой «правило, которое разрабатывается органами управления корпорацией и адресуется ее членам».¹⁶ Таким образом, корпоративная норма есть обязательное правило поведения, которое

¹⁴ Там же. С. 91.

¹⁵ Сырых В. М. Теория государства и права. М., 2002. С. 107.

¹⁶ Кашанина Т. В. Корпоративное право: Учебное пособие. М., 1998. С. 127.

действует в рамках определенной организации и закрепляет основные направления и способы осуществления данной организацией уставных целей, управление организацией, некоторые технические и производственные вопросы и т. д.

Как и локальная, корпоративная норма преследует одну цель – регулирование общественных отношений в рамках корпорации (организации) или трудового коллектива; они обладают примерно одинаковыми признаками. Не вдаваясь в дискуссию, можно высказать предположение, что «договорная норма» получает внешнее выражение именно в договоре, поэтому в дальнейшем мы будем говорить именно о договорной норме.

Договорная норма, в отличие от законодательной нормы, направлена на регулирование индивидуальных общественных отношений. Учитывая ее особый характер, можно говорить о том, что она регулирует именно договорные отношения. Следовательно, можно говорить не просто о договорной норме, а об индивидуальной договорной норме, подчеркивая тем самым ее специфику.

Следующая особенность индивидуальной договорной нормы в том, что она основывается на действующих в государстве правовых нормах и не противоречит им.

Основываясь на классических правовых нормах, она приобретает качество правовой, именно в силу того, что она действует во исполнение законодательных норм, как бы «доурегулируя» отношения, закрепленные нормами закона. Немаловажной является проблема обязательности индивидуальных договорных норм, в частности проблема их санкций, в особенности с учетом диспозитивности договорных отношений. Санкция предусматривает ответственность, которая реализуется государством, а договор находится вне прямой государственной регламентации. Однако нельзя с полной уверенностью утверждать, что в индивидуальной норме отсутствует санкция. Так, в договоре может быть предусмотрена ответственность за нарушение условий договора, которая, однако, не должна противоречить действующему законодательству, например, ужесточать ответственность сторон за нарушение условий договора.

Таким образом, индивидуальная договорная норма основывается на законодательных нормах права. Однако не стоит полагать, что индивидуальная норма является своеобразным «мостиком» между ними и индивидуальными отношениями. Подобное утверждение лишало бы смысла сами индивидуальные (локальные) отношения и неоправданно принижало

либо полностью исключало бы значение индивидуальной нормы. Последняя имеет самостоятельное значение, регулирует важный срез социальных отношений, в своем абстрактно-типизированном виде восходит к нормам, прямо исходящим от законодателя. Индивидуальная норма распространяется на ограниченный круг лиц и регулирует «казуальные» отношения. Подобный признак индивидуальных договорных норм является не только их яркой особенностью, но и своеобразной отличительной чертой, разграничивающей казуальные и абстрактные нормы.

Индивидуальная договорная норма рассчитана только на тех субъектов, которые являются участниками конкретного общественного отношения, которое под действием такой нормы становится правоотношением. Число таких субъектов может быть ограничено либо рамками договора, либо рамками конкретной организации (корпоративные нормы). Сошлемся на Трудовой кодекс (ст. 40 ТК) определяющий коллективный договор (соглашение) как нормативный правовой акт, а следовательно, подтверждающий правовой характер норм такого документа. Применительно к корпоративным нормам Т. В. Кашанина пишет: «Отличие корпоративных норм от норм, издаваемых государством в том, что они имеют точную количественную определенность».¹⁷ Они, как и нормы «типичные», не персонифицированы.

Что касается «важности» общественных отношений, которые урегулированы соответствующими индивидуальными договорными нормами, то не стоит забывать, что индивидуальные договорные, локальные, корпоративные отношения, безусловно, представляют определенную значимость для государства и общества. В качестве примера можно привести частноправовые отношения, возникающие между, например, субъектами предпринимательской деятельности. Формирование частного права осуществляется снизу, самими его участниками. Поэтому урегулированность таких отношений «снизу», например при заключении частного договора, способствует повышению качества самих частных договоров, снижению количества спорных ситуаций в предпринимательской деятельности, а следовательно, будет оказывать благоприятное влияние на экономику. Важно также напомнить, что индивидуальная договорная норма (как и корпоративная) может регулировать типичные ситуации, на основе которых можно говорить о возникновении индивидуальных отношений: например договорных, корпоративных, социального партнерства и т. д.

¹⁷ Кашанина Т. В. Корпоративное право. С. 127.

Раскрывая данный признак индивидуальной договорной нормы, необходимо затронуть вопрос о выдвинутой Т. В. Кашаниной «теории нормативности». Автор указывает на наличие трех уровней нормативности: общегосударственный (на уровне государства), локальный (на уровне коллективных субъектов права), индивидуального саморегулирования (на уровне индивидов). «Одним из видов последнего (индивидуального саморегулирования) выступает договорное (координационное) регулирование, в результате которого формируются “микронормы”».¹⁸ Последние, по ее мнению, «представляют собой правила поведения, рассчитанные на определенных людей, либо дополняющие, конкретизирующие отдельные элементы общегосударственных норм».¹⁹ Таким образом, правовой характер присущ нормам и на индивидуальном уровне, что, в свою очередь, наделяет индивидуальные нормы некоторыми свойствами законодательных правовых норм. Исследователь выдвинула интересную конструкцию «частей права», которые являются элементами структуры права. Первая часть структуры права представлена правами человека и принципами права, которые в структуре права составляют правовую основу. Вторая часть – это нормы, принятые на референдуме, и нормы, изданные государственными органами. Их объединяет то, что они регулируют вопросы широкого круга лиц и поэтому должны выражать публичные интересы. Наконец, третья часть структуры права – корпоративные и договорные нормы, при помощи которых выражаются лишь отдельные, единичные, частные интересы субъектов права (граждан и организаций, как правило), строящих отношения на началах равенства и координации. В этих нормах заложена собственная воля субъектов права, распространяются они только на данных лиц.²⁰ Следовательно, ограниченная сфера правового регулирования индивидуальных договорных норм не является препятствием для подтверждения их нормативно-правового характера.

Индивидуальная договорная норма, как и законодательная норма, обладает таким признаком, как формальная определенность, которая обеспечивается за счет форм (источников) права, т. е. внешнего выражения права. Применительно к внешнему выражению индивидуальной нормы необходимо отметить, что существует определенная группа нормативных документов, содержащих в себе такие индивидуальные договорные, локаль-

¹⁸ Кашанина Т. В. Хозяйственные товарищества и общества... С. 37.

¹⁹ Там же. С. 38.

²⁰ Там же. С. 40.

ные, корпоративные правовые нормы. В частности, в трудовом праве – это коллективный договор (соглашение). Для таких «индивидуальных» источников права характерен ряд признаков: 1) они закрепляют индивидуальные правовые нормы; 2) действуют в рамках какой-либо организации, либо в отношении ограниченного круга лиц; 3) формируются в процессе индивидуального нормотворчества как бы «снизу», самими участниками индивидуальных отношений; 4) признаются государством. Последний признак, на наш взгляд, требует пояснения. Дело в том, что подобные (индивидуальные) источники права только тогда являются таковыми, когда разнообразные индивидуальные нормы, формами закрепления которых выступают данные источники, не противоречат принципам права и классическим правовым нормам, содержащимся в нормативно-правовых актах, обладающих более высокой юридической силой. Соответственно, государство санкционирует, одобряет (или, по крайней мере, не запрещает) действие подобных форм права и содержащихся в них индивидуальных правовых норм. В противном случае они утрачивают легальный характер.

Неоспоримым признаком индивидуальных договорных норм является то, что они формируются в результате индивидуального нормотворчества самими участниками договорных отношений. Разумеется, такая «свобода нормотворчества» должна быть санкционирована государством. В частности, участники договорных отношений могут определять в договоре условия по своему усмотрению, не ставящие одну из сторон в заранее невыгодное положение, либо не нарушающие вышестоящие нормы права. В трудовом праве участники коллективных переговоров могут по взаимному согласию определять условия коллективного договора, лишь бы это не ухудшало положение работников по сравнению с действующим трудовым законодательством и т. д.

Таким образом, перечисленные признаки индивидуальных договорных норм, на наш взгляд, являются наиболее полно раскрывающими данную разновидность правовых норм. Разумеется, это не исключает наличие иных квалифицирующих признаков, но они менее значимы.

На основании изложенного сформулируем определение понятия индивидуальной договорной нормы. Это содержащееся в договоре обязательное, формально определенное, не противоречащее законодательным нормам правило поведения, создаваемое участниками индивидуального договорного отношения и направленное на его урегулирование.

Индивидуальной договорной норме как правовому явлению прису-

щи признаки, которые позволяют выделить его в ряду аналогичных явлений: индивидуальная договорная норма направлена на регулирование индивидуальных общественных отношений, возникающих из договора; имеет подзаконный характер; эти нормы действуют в отношении ограниченного круга лиц (участников договора) и регулируют конкретные общественные отношения; формально определены, т. е. закрепляются в определенных документальных формах; формируются в результате индивидуального нормотворчества.

И. М. Шапиро*

ЮРИДИЧЕСКОЕ РАВЕНСТВО, ОГРАНИЧЕНИЯ, ЛЬГОТЫ И ПРИВИЛЕГИИ В ПРАВОВОМ РЕГУЛИРОВАНИИ

Ключевые слова: правовые принципы, юридическое равенство, справедливость, льготы, привилегии, правовые ограничения, правовая политика, правовые средства.

Аннотация: В работе дается характеристика юридического равенства как правового принципа; раскрывается значение правовых средств, направленных на поддержку социально «слабых» субъектов права – ограничения, льготы, привилегии.

Key words: principle of law, equality, restriction, fringe benefits, privilege.

Annotation: Juridical equality, restrictions, fringe benefits in legal regulation. The article is devoted to the characteristics of juridical equality as the principle of law which is connected with the legal means and the social – legal categories such as restrictions, fringe benefits, privileges.

Российское законодательство, признавая принципы международного права, устанавливает и защищает одинаковые права, свободы, законные интересы и обязанности для максимально возможного числа субъектов права. В этом заключается принцип юридического равенства.

Понятие равенства как правовой категории прошло длительный путь становления и развития. В античный период существовало представление об общем законе космоса, балансе общества и окружающей среды.¹ Поэтому равенство рассматривалось как способ восстановления нарушенного порядка, установленного свыше. Несколько позднее христианские мыслители закрепили представление о равенстве тезисом «все люди равны перед Богом». Апостол Павел, обращаясь к богатым людям, имеющим в своем подчинении слуг, наказывает им не обращаться с ними чрезмерно строго, напоминает, что и над теми, и над другими «есть на небесах Господь, у Которого нет лицепрятия».² Аристотель, Марк Аврелий, Фома Аквинский отстаивали необходимость достижения «общего блага», подчеркивали, что

* Адвокат Астраханского филиала Межтерриториальной специализированной коллегии адвокатов «Санкт-Петербург».

¹ Шпренгер Г. Взаимодействие: соображения по поводу антропологического понимания масштабов справедливости // Государство и право. 2004. № 5. С. 18.

² Послание к ефесянам. 6:9.

благо «равно справедливо для всех».³

В Новое время была закреплена равная ценность всех индивидов с точки зрения права. Так принцип юридического равенства окончательно сформировался в праве.

Следует заметить, что равенство рассматривалось и закреплялось в праве в качестве способа достижения справедливости. Еще в период Возрождения появился художественный «образ справедливости» – женщина с завязанными глазами, в руках у которой меч и весы (Фемида). Это символ неподвзятости, равенства людей перед законом и судом.

Современная правовая наука отстаивает принцип юридического равенства в праве. П. И. Новгородцев утверждает, что право основывается на определенном равенстве, оно немислимо без элементов равенства, хотя бы в скромном их проявлении.⁴

Некоторые ученые различают категории «правовое» и «юридическое» равенство. Правовое равенство относят к сложившейся в обществе социальной реальности, а юридическое – к содержанию нормативно-правовых актов.⁵

Важно понимать, что юридическое равенство – категория, которая носит формальный характер и не предполагает абсолютного равенства всех членов общества, так называемой «уровнировки». Оно лишь дает всем одну основу, одинаковую правоспособность, равные возможности по приобретению и осуществлению предоставленных всем прав и свобод.⁶ Фактически же субъект реализует не всегда и далеко не все возможности, и поэтому в конечном счете статус разных людей оказывается неравным.

Абсолютное равенство недостижимо и, как считают многие ученые-правоведы, даже не нужно. «Стремление к достижению равенства ведет к уничтожению того, на чем и основано право, а именно на формально-юридическом равенстве».⁷

С целью достижения справедливости законодатель нередко устанавливает

³ Чернобель Г. Т. Право как мера социального блага // Журнал российского права. 2006. № 6. С. 92.

⁴ Мартышин О. В. Метафизические концепции права // Государство и право. 2006. № 2. С. 70.

⁵ Тилежинский Е. В. Равенство как правовая категория: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Нижний Новгород, 2006.

⁶ Нерсесянц В. С. Философия права. М., 1998. С. 20.

⁷ Козлихин И. Ю. У истоков правового государства: идея господства законов, а не людей // Вестник Санкт-Петербургского университета. 1993. № 1. С. 75.

лишает исключения из этого правила в виде ограничений и привилегий. Эти исключения призваны наилучшим образом удовлетворять интересы общества.

Ограничение толкуется как грань, предел, рубеж, удержание в известных рамках, границах; правило, ограничивающее какие-либо права, действия; стеснение определенными условиями и т. п.⁸

Согласно концепции Ф. Селзника, справедливость в обществе достигается путем установления, прежде всего, не равенства, а ограничений; для организации порядка власть использует ограничивающую справедливость.⁹

История свидетельствует о том, что еще в условиях первобытно-общинного строя система правового регулирования была направлена, в первую очередь, на ограничения. Появление норм «табу» (запретов, рамок поведения) объяснялось необходимостью сдерживания биологических инстинктов людей.¹⁰ Далее общество всегда стремилось закрепить существующее положение «и те его ограничения, которые даны обычаем и традицией»,¹¹ в качестве закона.

Другим исключением из принципа равенства является установление законодательством льгот и привилегий.

Льгота – это предоставление каких-либо преимуществ или частичное освобождение от выполнения обязанностей, или облегчение условий их выполнения.¹²

Привилегии являются одной из разновидностей правовых льгот.

В любом обществе, где присутствует власть, возникает необходимость юридически «выделить» лиц, осуществляющих властные полномочия в интересах общества.¹³ Для качественного исполнения ими служебных обязанностей необходимо установление преимуществ, именуемых привилегиями.

⁸ См.: *Даль В.* Толковый словарь живого великорусского языка. СПб., 1881. С. 647–648; *Словарь синонимов русского языка.* М., 1986. С. 305; *Ожегов С. И.* Словарь русского языка. М., 1988. С. 357.

⁹ *Хайруллин В. И.* Что такое «коммунитарная справедливость» // *Государство и право.* 2007. № 9. С. 93.

¹⁰ *История первобытного общества. Общие вопросы. Проблемы антропосоциогенеза.* М., 1983. С. 244, 316.

¹¹ *Маркс К., Энгельс Ф.* Соч. 2-е изд. М., 1962. Т. 25. Ч. 2. С. 356.

¹² *Малько А. В.* Стимулы и ограничения в праве. М., 2003. С. 66.

¹³ Там же. С. 69.

Привилегия – это максимальные преимущества властных органов и должностных лиц, характеризующие их социальный и индивидуальный статус.

С. В. Мирошник отмечает, что привилегии являются важным правовым стимулом для эффективности труда государственных служащих. Однако в их основе всегда должны лежать принципы законности и справедливости.¹⁴

Отличие льгот от привилегий состоит в том, что первые распространяются на большой круг лиц и имеют широкую сферу применения, а последние являются специфическими льготами, исключениями из исключений. Их различие заключается также в том, что льготы направлены на облегчение положения различных «слабых» субъектов, а привилегии – на поддержку политической элиты, «сильных».

Привилегий не должно быть много, иначе они потеряют свое значение, станут правилом, а не исключением, самим собой разумеющимся, а не стимулом. Нарушение разумных пропорций приводит к дестабилизации системы, поэтому его нельзя допускать.¹⁵

В настоящее время юридическое равенство считается одним из первостепенных принципов права. Оно стоит в одном ряду со справедливостью, законностью и другими важнейшими общеправовыми принципами.¹⁶

Международное право содержит множество норм, закрепляющих принцип юридического равенства. Например, Конвенция СНГ признает равенство всех лиц перед законом и судом, в ней часто используются такие обобщающие слова, как «все», «каждый», «никто» и т. п.¹⁷ Конвенция против пыток подчеркивает равенство и неотъемлемость прав «всех членов человеческой семьи».¹⁸

Российское понимание равенства, как и зарубежное, претерпело изменения во времени. В советское время общественное мнение полагало, что равенство – это когда нет ни богатых, ни бедных. Широко известен

¹⁴ *Мирошник С. В.* Правовые стимулы в российском законодательстве: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Ростов н/Д, 1997. С. 16.

¹⁵ *Фомин А. А.* Юридическая безопасность – особая разновидность социальной безопасности: понятие и общая характеристика // Государство и право. 2006. № 2. С. 78.

¹⁶ *Хайруллин В. И.* Что такое «коммунитарная справедливость». С. 94.

¹⁷ См. ст. 7 – 8 Конвенции Содружества независимых государств о правах и основных свободах человека от 26.05.1995 г.

¹⁸ Преамбула Конвенции против пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания. Заключена 10.12.1984 г.

коммунистический постулат: «От каждого по возможностям, каждому – по потребностям».¹⁹ То есть предполагалось равенство фактическое. Теперь современники, согласно проведенным исследованиям, считают, что равенство выражается в равных правах, равенстве перед законом, в отсутствии дискриминации по признакам пола, расы, национальности, религиозных убеждений и т. п.²⁰

А. Ф. Черданцев называет юридическое равенство общеправовым принципом, присущим российской правовой системе.²¹ И это справедливое мнение. Действующая Конституция Российской Федерации закрепляет всеобщее равенство перед законом и судом. Более того, со стороны государства гарантируется его осуществление, а также установлен запрет любых форм дискриминации по социальным признакам: полу, расе, национальности, вероисповеданию, имущественному или должностному положению, происхождению и по иным обстоятельствам. В ч. 3 ст. 19 Конституции РФ особо оговаривается равенство мужчины и женщины в правах и возможностях их реализации.

Принцип равенства граждан перед законом и судом предполагает осуществление правосудия в соответствии с единым, одинаковым для всех законодательством. При этом имеется в виду законодательство не только материальное, но и процессуальное. Любой гражданин, любое юридическое лицо вправе защищать свои права в суде без каких-либо ограничений в порядке, установленном законом. Кроме того, каждое физическое и юридическое лицо обязано соблюдать закон, и никто не может быть освобожден от этой обязанности, даже судом.

Однако в ряде статей установлены ограничения равенства. Так, согласно ст. 22, 23, 27 Конституции РФ, каждый человек имеет право на свободу и неприкосновенность, личную и семейную тайну, тайну переписки и телефонных переговоров, свободу передвижения. Однако в предусмотренном законом порядке конкретное лицо может быть ограничено в своих правах. Например, подозреваемый или обвиняемый в совершении преступления может быть задержан (ст. 91–92 УПК РФ), заключен под стражу (ст. 108 УПК РФ), ограничен в свободе передвижения подпиской о невыезде (ст.

¹⁹ <http://www.dnsps.ru/fresh/conjuncture/2061.html>

²⁰ *Здравомыслова О. М.* Представления о справедливости и равенстве в правовой опыт населения (по материалам российско-французских исследований) // Мир России. 2004. № 3. С. 79.

²¹ Цит. по: *Кожевников С. Н., Кузнецов А. П.* Общеправовые и отраслевые принципы: сравнительный анализ // Юрист. 2000. № 4. С. 65.

102 УПК РФ) или домашним арестом (ст. 107 УПК РФ).

В основе избирательного законодательства также лежит принцип юридического равенства. Закон закрепляет равное избирательное право и право на участие в референдуме: граждане РФ участвуют в выборах и референдумах на равных основаниях, каждый имеет только один голос, все изъявляют свою волю лично, непосредственно, все голосуют тайно, т. е. без указания в бюллетене своих персональных данных (фамилии, имени, отчества).²² Однако и здесь есть исключения. Например, не имеют права участвовать в референдуме, избирать и быть избранными граждане, признанные судом недееспособными или отбывающие уголовное наказание по приговору суда в местах лишения свободы. Также лишены пассивного избирательного права (не имеют права быть избранными) российские граждане, имеющее гражданство иностранного государства.

Кодекс об административных правонарушениях предусматривает принцип равенства перед законом, говоря, что лица, совершившие административные правонарушения, подлежат административной ответственности независимо от пола, расы, места жительства, убеждений и других обстоятельств.²³

Уголовный кодекс также прямо закрепляет принцип равенства граждан перед законом, уточняя, что все лица, совершившие преступление, подлежат уголовной ответственности независимо от пола, расы, национальности, языка, происхождения, имущественного и должностного положения, места жительства, отношения к религии, убеждений, принадлежности к общественным объединениям и других обстоятельств.²⁴ В других нормах слово «равенство» не употребляется, но его можно вывести из их содержания: наказания за преступления, предусмотренные статьями Особенной части Уголовного кодекса РФ, назначаются без дискриминации с учетом только тех обстоятельств, которые непосредственно оговорены законом. Например, всегда сначала выясняется возраст лица, совершившего преступление, для того, чтобы узнать, подлежит ли оно уголовной ответственности в соответствии со ст. 20 УК РФ.

Однако и здесь существуют исключения. Например, ч. 2 ст. 59 УК

²² Ст. 3–5 Федерального закона «Об основных гарантиях избирательных прав и права на участие в референдуме граждан Российской Федерации» от 12.06.2002 г. № 67-ФЗ.

²³ Ст. 1.4. Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях от 30.12.2001 г. № 195-ФЗ. М., 2007. С. 6.

²⁴ Ст. 4 Уголовного кодекса РФ от 13.06.1996 г. № 63-ФЗ. М., 2007. С. 5.

РФ установлено, что смертная казнь женщинам не назначается. Это явное неравенство прав женщин и мужчин, но оно допускается законодателем.

Принцип юридического равенства прямо закреплен Гражданским кодексом РФ, который признает равенство участников регулируемых им отношений.²⁵ Кроме того, данный принцип отражен во многих нормах гражданского законодательства. Например, ст. 227–228 ГК РФ устанавливают правила о находке: если лицо нашло какую-либо вещь, оно должно сообщить об этом ее владельцу или в правоохранительные органы; если собственник вещи не будет найден, то по истечении определенного срока нашедший приобретает право собственности на нее. Законодатель, используя термины «нашедший», «потерявший», «собственник вещи» и т. п., не проводит различий между мужчинами и женщинами, русскими и иностранцами, богатыми и бедными, детьми и взрослыми.

Российское гражданское право предусматривает возможность ограничения дееспособности гражданина, злоупотребляющего спиртными напитками или наркотическими веществами, если своим поведением он ставит свою семью в тяжелое материальное положение (ст. 30 ГК РФ). Таким образом, при наличии соответствующего решения суда объем прав такого гражданина будет значительно уменьшен по сравнению с другими гражданами, полностью дееспособными. Явно возникнет неравенство в объеме прав полностью дееспособного лица и лица, ограниченного в дееспособности. Но здесь нет никакой дискриминации по основаниям, указанным законом (по полу, расе, национальности и т. д.). Такая ситуация не является исключением из принципа юридического равенства.

Равенство людей перед судом подтверждается нормой о том, что суды не отдают предпочтения каким-либо органам, участникам процесса по признакам их государственной, общественной, политической, религиозной, национальной принадлежности.²⁶ Оно предполагает наделение лиц, участвующих в судопроизводстве, равными процессуальными правами. Это означает, что участники судебного процесса имеют равные возможности защищать свои интересы, а также равные обязанности и ответственность. В отношении любого участника заседания суд, в свою очередь, обязан соблюдать нормы действующего законодательства.

²⁵ Ч. 1 ст. 1 Гражданского кодекса РФ. Ч. 1. М., 2007. С. 4.

²⁶ Ст. 7 Закона «О судебной системе Российской Федерации» от 31.12.1996 г. № 1-ФКЗ. Сборник законов. М., 2007.

В гражданско-процессуальном законодательстве²⁷ закреплено, что правосудие по гражданским делам осуществляется на началах равенства перед законом и судом всех граждан независимо от пола, расы, национальности, языка, происхождения, имущественного и должностного положения, места жительства, отношения к религии и т. д. вне зависимости от того, какой суд будет рассматривать спор и какие материальные и процессуальные нормы будут применяться в конкретном деле. Однако анализ практики при решении семейных споров о том, с кем будет проживать ребенок, показывает, что суды зачастую отдают предпочтение женщинам-матерям.

В семейном законодательстве явным ограничением прав мужчины является невозможность предъявления им требования о расторжении брака в период беременности жены и в течение года после рождения ребенка, если на это нет ее согласия.²⁸ Данное правило, введенное законодателем, представляется оправданным, поскольку оно призвано способствовать ограждению беременной женщины или молодой матери от такого рода переживаний, негативного воздействия созданной ситуации и, в итоге, рождению и воспитанию здорового ребенка.

В трудовом законодательстве существует два вида особенностей правового регулирования труда женщин. Первый выделяет женщину как мать, настоящую (имеющую малолетнего ребенка) или будущую (беременную), и все особенности труда связываются с ее социальной ролью.²⁹ Таким образом, не наблюдается установление льгот в силу дискриминационных признаков – по полу. А второй отмечает женщину просто как женщину, т. е. выделяет ее пол, и в этом случае наблюдается исключение из принципа юридического равенства независимо от пола.³⁰

Ярким примером привилегий является установление особого порядка привлечения к уголовной ответственности некоторых категорий должностных лиц. Например, для привлечения к уголовной ответственности Президента РФ необходимо получить согласие Государственной Думы Федерального Собрания РФ на лишение его неприкосновенности. Если же такое согласие не будет получено, то уголовное преследование прекращается.³¹ Также закон устанавливает особый статус членов Совета Федерации

²⁷ Ст. 6 Гражданского процессуального кодекса РФ от 14.11.2002 г. № 138-ФЗ. М., 2007. С. 6.

²⁸ Ст. 17 Семейного кодекса РФ от 29.12.1995 г. № 223-ФЗ, М., 2007. С. 23.

²⁹ Ст. 70, 93, 96, 254, 258 Трудового кодекса РФ от 30.12.2001 г. № 197-ФЗ. С. 152.

³⁰ Там же.

³¹ П. 6 ч. 1 ст. 27 Уголовно-процессуального кодекса РФ от 18.12.2001 г. № 174-ФЗ.

и депутатов Государственной Думы РФ.³² Они обладают неприкосновенностью в период осуществления властных полномочий. В отношении них уголовное или административное дело может быть возбуждено только с согласия Генерального прокурора РФ. А уже законченное дело может быть передано в суд лишь с согласия соответственно Совета Федерации или Государственной Думы РФ.

Данные особенности объясняются важной социальной ролью, которую играют высшие должностные лица нашего государства, судьи и некоторые иные лица. Установление дополнительных прав необходимо для обеспечения надлежащего исполнения возложенных на них полномочий. Закрепленные законом правила не дают им никаких преимуществ при осуществлении правосудия. Они не приобретают дополнительных привилегий перед законом и судом в связи со своим служебным статусом. И в связи с этим юристы говорят о том, что данный порядок ни коим образом не противоречит принципу юридического равенства.³³

Некоторые ученые, правда, утверждают, что указанные привилегии излишни, и их необходимо отменить ради торжества «подлинного равенства» всех перед законом.³⁴

Кроме того, существуют также нормы, согласно которым, если участником судопроизводства является лицо, не владеющее русским языком, ему разъясняется и обеспечивается право выступать в суде на родном языке и бесплатно пользоваться услугами переводчика.³⁵ Конечно здесь учитывается язык, которым владеет данный человек. Можно рассматривать такие нормы, как исключения из принципа юридического равенства. Но следует понимать, что эта мера, предпринятая законодателем, весьма разумна, иначе быть и не должно.

Итак, юридическое равенство характеризуется не только закреплением соответствующих прав и свобод на законодательном уровне, но также

М., 2007. С. 34.

³² Ст. 19 Федерального закона «О статусе члена Совета Федерации и статусе депутата Государственной Думы Федерального Собрания Российской Федерации» от 08.05.1994 г. № 3-ФЗ. М., 2007. С. 18.

³³ *Кожевников С. Н., Кузнецов А. П.* Общеправовые и отраслевые принципы: сравнительный анализ. С. 68.

³⁴ *Здравомыслов Б. В.* Понятие, предмет, задачи, принципы уголовного права // Уголовное право России. Общая часть: Учебник. М., 1996. С. 18.

³⁵ Ч. 2 ст. 18 Уголовно-процессуального кодекса РФ от 18.12.2001 г. № 174-ФЗ. М., С. 14; Ч. 2 ст. 9. Гражданского процессуального кодекса РФ от 14.11.2002 г. № 138-ФЗ.

наличием государственных гарантий для их реализации и определенных механизмов их защиты.

Юридическое равенство не означает равенства фактического. Фактическое равенство субъектов права всегда недостижимо и, более того, не соответствует интересам общества.

В любой правовой системе существуют ограничения, льготы и привилегии для наилучшего обеспечения справедливости в праве. При этом не всегда имеют место исключения из принципа юридического равенства, ведь оно носит формальный характер. Следует различать установление особых прав и свобод для отдельных категорий субъектов права в силу дискриминационных признаков, установленных международными нормами и Конституцией РФ (т. е. исключения из правила), и в силу иных оснований, указанных в нормах (не являющиеся исключениями признаки, установленные законодательством, которые учитываются в указанных ситуациях).

Ограничения, льготы и привилегии являются позитивными средствами правового регулирования общественных отношений. Они помогают наилучшим образом обеспечить потребности общества и защитить его интересы. Однако необходимо соблюдать соразмерность между правилом и исключениями: ограничений, льгот и привилегий не должно быть слишком много. В противном случае можно будет говорить о том, что равенства не существует, даже юридического.

Таким образом, принцип юридического равенства не исключает возможности установления разных правовых статусов для некоторых категорий лиц, если это служит интересам общества. И поэтому российским законодательством допускаются разные подходы к определению правоспособности различных субъектов права.

А. В. Колобов*

СОЦИАЛЬНО-ПРАВОВАЯ ЗАЩИТА БЕЖЕНЦЕВ И ВЫНУЖДЕННЫХ ПЕРЕСЕЛЕНЦЕВ

Ключевые слова: беженцы, вынужденные переселенцы, вынужденные мигранты, социальная защита, правовая защита, социально-правовая защита.

Аннотация: Беженцы и вынужденные переселенцы являются самой незащищенной категорией населения. Под беженцами обычно понимаются иностранные граждане, вынужденные переселенцы, в основном граждане России. Правовая база РФ, касающаяся вынужденных мигрантов в основном регламентирует правовой статус вынужденных мигрантов, вместе с тем практически не регулирует вопросы социально-правовой защиты. Необходимо дополнение российского законодательства правовыми актами, которые бы в полной мере регулировали вопросы социально-правовой защиты вынужденной миграции.

Key words: social policy, legal protection, refugees, forced immigrants.

Annotation: Social-legal protection of refugees and forced immigrants.

The article is devoted to the problems of legal regulation for different kinds of protecting the most unfriended stratum of people - refugees and forced immigrants. The author suggests to improve the modern legislation in order to protect social rights of immigrants.

В настоящее время формируется законодательство, регламентирующее сложные и многоуровневые вопросы социальной защиты различных категорий населения (например, приняты федеральные законы о занятости населения, о статусе военнослужащих, о ветеранах, о беженцах, о вынужденных переселенцах). Нормы социального законодательства чрезвычайно многообразны. Отношения в сфере социальной защиты населения – это разновидность общественных отношений, поэтому на их правовое регулирование распространяются те же основные принципы, которые используются при регулировании общественных отношений в целом. Особенность этого регулирования состоит в том, что оно ведется по двум тесно связанным между собой направлениям:

первое – правовое регулирование организации социальной защиты;
второе – правовое регулирование социальной защиты.¹

Вынужденная миграция как одно из явлений, характеризующих сов-

* Аспирант Санкт-Петербургского гуманитарного университета профсоюзов.

¹ Лепихов М. И. Право и социальная защита населения в России. М., 2000. С. 15.

ременные мировые миграционные потоки, приобрела глобальный характер. На Россию приходится значительная часть вынужденных мигрантов, лиц – беженцев, получивших временное или политическое убежище, вынужденных переселенцев. Эта категория людей пополняет самые обездоленные и уязвимые слои населения. Вместе с тем отнесение к беженцам наших соотечественников, прибывших в Российскую Федерацию из государств – бывших республик СССР, не соответствует целям, которые преследуют международные акты по вопросам защиты прав беженцев.

Распад СССР, с одной стороны, привел к образованию новых государств, а с другой – вынудил многих неграждан (лиц без гражданства) из-за экономических и других соображений переселяться и в дальнейшем проживать в иноэтническом окружении, в границах других государств и адаптироваться к новым природным, экономическим, социальным условиям. В результате 25 млн. русских, считавших себя гражданами единого государства, имевших одинаковые права и свободно перемещавшихся в его пределах, оказались оторванными от основной массы своего этноса и помимо своей воли «в одночасье» превратились в иностранцев.² Принятые во вновь образованных суверенных и независимых государствах законы о гражданстве, государственном языке, миграции, как правило, ущемляют права и интересы населения нетитульных национальностей этих государств.

Для указанных лиц должна действовать упрощенная процедура приобретения российского гражданства с одновременным предоставлением гарантий скорейшей социальной помощи и бытового обустройства данной категории репатриантов, а также направленность государственной политики на скорейшую интеграцию и социальную адаптацию беженцев и вынужденных переселенцев. Причем данная процедура нуждается в жесточайшем контроле со стороны компетентных государственных органов, поскольку упрощенный порядок приобретения гражданства, который был определен в поправках 2006 г. к п. 2 ст. 14 Федерального закона о гражданстве РФ практически не работает, судами отмечаются многочисленные жалобы на нарушение требований данного закона.³

В Российской Федерации признание лица беженцем осуществляется в порядке, определяемом Федеральным законом «О беженцах» (с изме-

² См.: Покушева Н. В. Социальная адаптация беженцев и вынужденных переселенцев в современном российском обществе: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Улан-Удэ, 2007.

³ См.: Обобщение судебной практики рассмотрения дел, связанных с применением законодательства о беженцах и вынужденных переселенцах // Бюллетень Верховного суда РФ. 2000. № 4.

нениями и дополнениями), а признание лица вынужденным переселенцем осуществляется в порядке, определяемом Федеральным законом «О вынужденных переселенцах» (с изменениями и дополнениями).

Поскольку миграция носит международный характер, изолированная разработка национальной стратегии в области защиты беженцев и вынужденных переселенцев вряд ли позволит добиться желаемых результатов. Обязательным условием эффективного управления и регулирования защиты вынужденной миграции является межгосударственное сотрудничество с целью проведения сбалансированной миграционной политики.

Защита беженцев и оказание им материальной помощи – это взаимосвязанные действия. Наиболее эффективную юридическую помощь государство может предоставить лишь в условиях, когда удовлетворены основные потребности человека в жилье, продуктах питания, воде, санитарном и медицинском обслуживании.

Жизненная ситуация вынужденных мигрантов сложная. Много проблем: материальных, социальных, личностных. Вместе с местом жительства они меняют специальность, социальный статус, материально-бытовые условия, круг общения, теряют имущество. Остро встают бытовые вопросы: жилье и прописка, трудоустройство, материальное и финансовое обеспечение, устройство детей. Одним словом, меняется стиль жизни. Меняется внутрисемейная ситуация, происходит изменение ролей: полная социальная изоляция женщин, отсутствие для них возможностей профессиональной самореализации, налаживание новых социальных связей. Многие приезжают жить к родственникам, возникает дискомфорт и напряженность.

Появление в регионе беженцев – один из факторов, усиливающих социальную и межнациональную напряженность. К приезду беженцев негативно относятся 20 % населения.⁴ Массовые вынужденные людские перемещения, устремленные в Россию, порождают множество проблем, связанных и с социальной адаптацией. Адаптация беженцев и вынужденных переселенцев, перешедших из одной социальной среды в другую, пусть не всегда в иноэтничную, но новую и во многом непривычную для них социокультурную среду, проходит болезненно, требует большого времени и у многих переселенцев вообще не завершается.

Россия, испытывая все последствия международного финансово-экономического кризиса, выразившегося в резком спаде темпов экономичес-

⁴ См.: Фролова Н. Миграция: судьбы людей и судьба государства // Волга. Астрахань, 2002. № 20.

кого роста, социальной дезадаптации большей части коренного населения, усилении дезинтеграционных процессов, росте преступности, оказалась во многом не готовой к выработке адекватной переходному периоду миграционной политики, способной в полной мере защитить интересы вынужденных мигрантов.

Избыточное количество прибывших лиц в один регион не позволит государству в полной мере осуществить функции по социальной защите беженцев и переселенцев и создаст предпосылки к возникновению социальной напряженности, и даже к межнациональному конфликту на новом месте со старожильческим населением. Миграция непосредственно влияет на социально-экономическое положение регионов и является доминирующим фактором при формировании рынка труда и жилья.

Очевидно, что проблемы социально-правовой защиты беженцев наиболее актуальные, и решение данной проблемы целесообразно проводить через процедуру квотирования приема беженцев Российской Федерацией, поскольку прибытие неограниченного числа указанной категории граждан может нанести непоправимый ущерб экономике государства, особенно в период глобального финансово-экономического кризиса.

Некоторые авторы считают, что система квотирования нарушает взятые Российской Федерацией обязательства.⁵ Однако система квотирования никоим образом не может подорвать авторитет Российской Федерации как демократического и социального государства, квотирование – это не отказ от взятых на себя обязательств, это просто контроль, который государство осуществляет в своих интересах за прибывающими на его территорию иностранцами. Из 191 государства-члена ООН не менее 20 учредили ежегодные квоты на переселение, в их число входят Австралия, Канада, Дания, Финляндия, Новая Зеландия, Норвегия, Швеция, Нидерланды, США и др.⁶ Квотирование поможет рассчитать государству свои «силы» в приеме конкретного количества беженцев и оказания им адресной помощи. Какой смысл в неконтролируемом приеме беженцев на территорию Российской Федерации, если государство в такой ситуации не сможет оказать эффективную социально-правовую защиту и адресную помощь, а финансовые средства будут расплываться среди неконтролируемых и ничем не ограниченных потоков беженцев. Правильно будет создать систему квотирования беженцев из рас-

⁵ Андриченко Л. В. «О концепции развития миграционного законодательства Российской Федерации» // Журнал российского права. 2003. № 4.

⁶ См.: Беженцы и УВКБ ООН // Защита беженцев. 2008. № 9. С. 6.

чета на прием определенного количества человек в год, заранее просчитав и включив статью расхода в бюджет на очередной финансовый год с учетом проведения необходимых мероприятий по осуществлению социально-правовой защиты и беженцам, и лицам, вынужденно перемещенным внутри страны.

Вообще, если говорить о вынужденном мигранте как об объекте социально-правовой защиты, то необходимо иметь в виду, что одним из признаков вынужденного мигранта является то, что он лишен защиты или ему в ней отказано на прежнем месте жительства (стране проживания), в таком случае он вынужден покинуть прежнее место жительства и переселиться на новое, где нуждается в защите его личных прав и свобод, которые распространяются и на членов его семьи.

В основе международной защиты прав беженцев стоит принцип *non-refoulement* (*фр.* принцип «запрещение высылки»). Организацией Объединенных наций признан этот основополагающий принцип, согласно которому ни один беженец, представивший веские доказательства против возвращения в страну происхождения, не может быть принужден к этому.⁷

Отсюда следует, что имеющиеся международно-правовые акты в целом защищают положение беженца, однако нельзя того же сказать о законодательстве Российской Федерации в отношении лиц, вынужденно переместившихся внутри своей собственной страны. Повседневная деятельность государства по защите социально не защищенных слоев населения неизбежно должна осуществляться с учетом потребностей беженцев и вынужденных переселенцев.

Функция защиты содержит как прямые, так и косвенные меры: меры прямой защиты предполагают защиту имеющихся у вынужденного мигранта основных прав человека, например, запрет дискриминации, свободу и личную безопасность, косвенно это меры, направленные на информационно-пропагандистские мероприятия, как, например, освещение в СМИ, выпуск специальной литературы, которая поможет вынужденному мигранту быстрее адаптироваться в новой для него среде проживания, так как подавляющее большинство вынужденных мигрантов оказывается в крайне тяжелом положении, испытывают огромные лишения и нуждаются как в материальной, гуманитарной, так и правовой помощи.

В данной ситуации совершенно не важно, о ком идет речь, о граж-

⁷ См.: О статусе беженцев: Конвенция от 28 июля 1951 г. Женева // Международное право: Сборник документов. М., 1997. С. 538 – 542.

данине государства вынужденно переселившемся в другой регион, либо об иностранце, просящем убежища на территории другого государства, либо уже получившем статус беженца, так как с точки зрения основных прав человека нет различия между гражданином и иностранцем.

Некоторые положения Пакта 1966 г.⁸ о правах человека свидетельствуют о наличии норм, выходящих за рамки чисто договорной системы. Пункт 1 статьи 2 Пакта обязывает государство уважать и обеспечивать провозглашенные в нем права вне зависимости от расы, цвета кожи, пола, языка, религии, политических или иных убеждений, национального или социального происхождения, имущественного положения, рождения или иного обстоятельства. Эти права принадлежат без различия, как гражданам, так и иностранцам, будь-то мигрант, посетитель, беженец или лицо, ищущее убежище. Обязательства уважать и защищать права человека лежат на государстве, независимо от ратификации соглашений или договоров, это не зависит и от наличия в стране специального нормативного акта по защите прав беженцев и вынужденных переселенцев. Беженцы в принципе должны получать предусмотренную защиту, независимо от того, допущены они в страну временно, на неопределенный срок или же на постоянной основе.

Еще одна категория вынужденных мигрантов, которая нуждается в социально-правовой помощи – это члены семьи беженцев и вынужденных переселенцев, особенно женщины и дети. Многие семьи вынужденных мигрантов оказываются в тяжелых социально-экономических условиях. Особенно же при этом страдают женщины и дети. Для многих из них затруднен доступ к услугам в области здравоохранения и образования. Женщины испытывают все те же проблемы, с которыми приходится сталкиваться и остальным беженцам, и задача государства обеспечить их защиту, устанавливаемую законодательством. Кроме того, женщины и девушки, оказавшись в положении беженок, имеют особые потребности в социально-правовой защите. Они нуждаются в защите от увечий, от сексуального и физического насилия, от эксплуатации, а также в защите от дискриминации по признаку пола при распределении продуктов и услуг. Потребность в защите женщины могут испытывать на всех этапах своего пребывания в качестве беженок. Защита беженок требует тщательного планирования и применения норм здравого смысла. Это является обязательным условием для разработки специальных программ и определения приоритетов в защите женщин. Женщины-бежен-

⁸ См.: Международный пакт о гражданских и политических правах от 16 декабря 1966 г. // Бюллетень Верховного Суда РФ. 1994. № 12.

ки, оказавшиеся вне традиционной системы социальной защиты (государственной, семейной, общественной), находятся в более опасном положении, чем те, которые живут в составе семьи или с дружественными им людьми.

Одним из критических моментов в защите беженков является заблаговременное или как можно более раннее принятие во внимание аспектов защиты, имеющих отношение к женщинам. В случаях, когда обеспечение этих аспектов проводится постфактум, вероятность ущемления прав женщин или разных форм насилия в их отношении резко возрастает.

Дети и подростки – беженцы, по статистике УВКБ ООН, составляют половину всех беженцев в мире. Дети в наибольшей степени страдают в результате событий, приводящих к появлению беженцев, вследствие своей несамостоятельности, уязвимости и возрастных потребностей. Важно, что Конвенция о правах ребенка не только вводит универсальные права для детей, но и устанавливает тесные взаимосвязи между правами детей, их благополучием, их семьями и сообществами. В Конвенции также отмечается, что ребенок имеет право на медицинскую помощь, соответствующую наивысшим стандартам, которая может быть реально обеспечена. Все это в полной мере относится и к детям вынужденных мигрантов.

Решение вопросов вынужденной миграции в России существенно осложняется недостаточным уровнем юридической проработанности проблемы. Это, в частности, проявляется в недостаточной правовой базе для идентификации лиц, покинувших места постоянного проживания, определения их нового места пребывания и жительства. Затруднительной оказывается не только практическая работа по оказанию помощи гражданам со стороны органов государственной власти, но и организация и проведение даже такой задачи, как регистрация и учет прибывающих.⁹

Складывающаяся миграционная ситуация требует новых подходов, с тем чтобы миграционные процессы в Российской Федерации стали фактором, способствующим позитивному развитию российского общества, исходили из потребностей экономики, интересов национальной безопасности, охраны общественного порядка и здоровья населения, при строгом соблюдении международных обязательств Российской Федерации.

Проблема заключается также в том, что новое федеральное законодательство не учло миграционную ситуацию, сложившуюся уже к началу 2001 года. Оно не содержит переходных положений, призванных урегулиру-

⁹ См.: *Роцин Ю. В., Ягодин С. Б.* Особенности социально-правового положения мигрантов в Российской Федерации. М., 2003.

вать положение иностранцев и лиц без гражданства, уже въехавших в Российскую Федерацию на действовавших в тот период законных основаниях, и постоянно проживающих на ее территории до сих пор. В связи с этим нельзя не согласиться с неудовлетворительной оценкой миграционной ситуации, данной в Концепции регулирования миграционных процессов в Российской Федерации.¹⁰

Россия стоит перед наисложнейшей проблемой: с одной стороны – острая нехватка необходимых для удовлетворительного решения проблемы беженцев и переселенцев финансовых средств, а с другой – отсутствие эффективных рецептов урегулирования множащихся межэтнических конфликтов по периметру российских границ, способов приостановки миграции населения.¹¹

Требуют принципиального уточнения положения федерального законодательства, касающиеся защиты российских граждан, вынужденно оставивших место жительства и переехавших в связи с этим в другой субъект Российской Федерации. Внутренне перемещенные лица (вынужденные переселенцы) покидают свои дома по тем же причинам, что и беженцы, однако они остаются в пределах своего государства и поэтому подчиняются законам своей страны, хотя часто оказываются в более сложной ситуации, чем беженцы, которых защищает международное законодательство. Вынужденные переселенцы могут попасть в безвыходное положение из-за продолжающегося в их стране внутреннего конфликта. Не существует каких-либо конкретных международных инструментов, касающихся лиц, перемещенных внутри страны, а соглашения общего характера, такие как Женевские Конвенции, очень часто трудно применимы к их обстоятельствам.

Компетентные органы власти несут главную обязанность и ответственность за создание условий, а также за предоставление средств, которые позволяют перемещенным внутри страны лицам добровольно, в безопасных условиях и с достоинством вернуться в свои дома или места постоянного проживания, либо добровольно переселиться в какую-либо другую часть страны. Такие органы власти прилагают усилия для облегчения реинтеграции вернувшихся или переселившихся внутренне перемещенных лиц.

Несмотря на то, что у УВКБ ООН нет права на осуществление ра-

¹⁰ См.: О Концепции регулирования миграционных процессов в Российской Федерации Распоряжение Правительства РФ от 01 марта 2003 № 256-р // Собрание законодательства РФ. 2003. № 10. Ст. 923.

¹¹ См.: Елагин В., Николаев А. Российские беженцы. Проблемы и реалии // Международная жизнь. 2003. № 2. С. 102.

боты с внутренне переселенными лицами (вынужденными переселенцами), он помогает нескольким миллионам лиц, пострадавших в результате различных кризисов, и ко всем ним (приблизительно 25 миллионам перемещенным лицам в мире)¹² необходимо применить подходы, получившие признание на международном уровне.

На практике внутреннее перемещение часто бывает вызвано гражданским конфликтом, когда под вопросом сама власть центрального или местного правительства и столь же сомнительны его способность или желание предоставлять защиту и помощь своим гражданам, даже если они были вынуждены спасаться бегством по таким же или похожим причинам, что и беженцы. Зачастую они не имеют доступа к системам защиты и помощи, которая оказывается беженцам.¹³ С юридической точки зрения они остаются под «защитой» своего правительства, хотя это правительство могло быть причиной их бегства или продемонстрировало неспособность спасти своих граждан от мародеров повстанцев или насилия.

В резолюциях ООН последних лет (№ 3454 от 2004 г., № 31/35 от 2005 г., № 34/60 от 2006 г., № 40/118 от 2007 г.) употребляется термин «перемещенные лица», когда речь идет о помощи беженцам, репатриантам и перемещенным лицам. В данной ситуации видится целесообразным со стороны УВКБ ООН осуществлять контроль, а при необходимости и защиту лиц, вынужденно переселившихся внутри страны.

Таким образом, миграционные процессы, в частности процессы вынужденной миграции, требуют глубокого научного осмысления и выработки действенных научно обоснованных мер со стороны общества и государства, блокирующих негативные тенденции в их развитии и обеспечивающих оптимальную защиту вынужденной миграции. Необходимо развитие и совершенствование как внутреннего законодательства, так и неукоснительное соблюдение международного.

В целях осуществления эффективной правовой и социальной защиты беженцев и вынужденных переселенцев для государства видится необходимым не только издавать законы, но и контролировать их исполнение всеми органами власти, постоянно проверять действенность и эффективность уже принятых нормативных актов. Защита должна быть целевой и адресно-направленной. Только в этом случае можно говорить о ее состоятельности.

¹² См.: Помощь внутренне перемещенным лицам // Беженцы. М., 2005. № 141.

¹³ См.: *Лахарева Н. В.* Беженцы в современном мире и в России // Управление миграционными процессами: Учебное пособие. М., 2003.

С. С. Шишкин*

ОБ УЧАСТИИ ЮРИДИЧЕСКОГО ЛИЦА В СОВРЕМЕННОМ РОССИЙСКОМ УГОЛОВНОМ ПРОЦЕССЕ

Ключевые слова: предприятие, учреждение, организация, уголовный процесс, имущественный вред, деловая репутация, представитель юридического лица, потерпевший, гражданский истец, гражданский ответчик, юридическое лицо.

Аннотация: В статье рассматриваются вопросы участия юридического лица в уголовном процессе; значительное внимание уделено представительству интересов юридического лица; исследуются проблемы признания юридического лица потерпевшим, гражданским истцом и гражданским ответчиком в уголовном процессе.

Key words: juridical person, criminal procedure, property damage, victim, claimant, defendant.

Annotation: Participation of a juridical person in the modern criminal proceeding.

The main idea of the article is the problem of the juridical person participation in the criminal procedure in Russia. There are some features of any juridical person, who would be the victim or the claimant or the defendant in judicial procedure. The author has made a proposal to find out the possibility of widening the range of rights for the representative on the side of the juridical person.

В условиях происходящих перемен в жизни Российской Федерации намечается рост числа предприятий, учреждений и организаций различных форм собственности.

Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации¹ (далее – УПК РФ, закон) использует термин юридическое лицо (статья 42 УПК РФ) и предполагает его активное участие на всех стадиях уголовного процесса. При этом уголовно-процессуальный кодекс не раскрывает понятие юридического лица, в связи с чем следует обратиться к другой отрасли права.

Законодательное определение юридического лица дано в статье 48 Гражданского Кодекса Российской Федерации.² Юридическим лицом признается организация, которая имеет в собственности, хозяйственном веде-

* Соискатель кафедры уголовного процесса и правоохранительной деятельности Удмуртского государственного университета. E-mail: ShishkinSergey@mail.ru

¹ Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации от 18.12.2001 г. № 174-ФЗ // Ведомости Федерального Собрания РФ. 2002. № 1. Ст. 1.

² Гражданский кодекс Российской Федерации от 30.11.2004 г. №51-ФЗ // Собрание законодательства РФ. 1994. № 32. Ст. 3301.

нии или оперативном управлении обособленное имущество и отвечает по своим обязательствам этим имуществом, может от своего имени приобретать и осуществлять имущественные и личные неимущественные права, нести обязанности, быть истцом и ответчиком в суде.

Юридическими лицами могут быть коммерческие организации, которые преследуют извлечение прибыли в качестве основной цели своей деятельности, и некоммерческие организации, не имеющие цели извлечения прибыли и не распределяющие полученную прибыль между участниками. Юридические лица, являющиеся коммерческими организациями, могут создаваться в форме хозяйственных товариществ и обществ, производственных кооперативов, государственных и муниципальных унитарных предприятий. Что касается юридических лиц, являющихся некоммерческими организациями, они могут создаваться в форме потребительских кооперативов, общественных или религиозных организаций (объединений), финансируемых собственником учреждений, благотворительных и иных фондов, а также в других формах, предусмотренных законом. При этом юридическое лицо должно иметь внутреннюю организационную структуру, а именно систему органов управления.

Фактически юридические лица осуществляют свою деятельность не только на основании нормативно-правовых актов, но и учредительных документов, в которых должны быть определены: наименование юридического лица, место его нахождения, порядок управления деятельностью юридического лица, а также другие сведения, предусмотренные законом для юридических лиц соответствующего вида. В ходе осуществления предпринимательской деятельности юридическое лицо ставит себе цель извлечения прибыли и увеличения имущества.

В современном уголовно-процессуальном кодексе РФ определено, что юридическое лицо принимает активное участие в уголовном судопроизводстве.

Уголовное судопроизводство представляет собой этапы закономерно расположенных и находящихся во взаимной связи частей производства по уголовному делу. Из Уголовно-процессуального кодекса РФ видно, что законодатель делит процесс на досудебное производство (часть вторая УПК РФ), судебное производство (часть третья УПК РФ) и исполнение приговора (раздел XIV УПК РФ). В свою очередь, досудебное производство состоит из стадии возбуждения уголовного дела и стадии предварительного расследования.

Появление стадии судебного производства обусловлено поступлением в суд от правоохранительных органов уголовного дела с обвинительным заключением или обвинительным актом, где суд осуществляет подготовку уголовного дела к рассмотрению и судебное разбирательство по существу. При этом наряду с обычным судебным разбирательством существует и особый порядок судебного разбирательства (раздел X УПК РФ), который имеет место в случае принятия судебного решения при согласии обвиняемого с предъявленным ему обвинением (статьи 314 – 317 УПК РФ), при рассмотрении уголовного дела у мирового судьи (статьи 321, 322 УПК РФ), и когда производство в суде проходит с участием присяжных заседателей (статьи 324 – 353 УПК РФ).

Отношения, регулируемые нормами уголовно-процессуального права, складывающиеся в связи с производством по уголовному делу, предполагают наделение участвующих в нем лиц соответствующими процессуальными правами и обязанностями. В соответствии с частью 1 статьи 42 УПК РФ потерпевшим является юридическое лицо в случае причинения преступлением вреда его имуществу и деловой репутации. Решение о признании потерпевшим оформляется постановлением дознавателя, следователя или суда.

Частью 1 статьи 44 УПК РФ предусмотрено, что гражданским истцом является юридическое лицо, предъявившее требование о возмещении имущественного вреда, при наличии оснований полагать, что данный вред причинен ему непосредственно преступлением. Решение о признании гражданским истцом оформляется определением суда или постановлением судьи, следователя, дознавателя.

Согласно части 1 статьи 54 УПК РФ в качестве гражданского ответчика может быть привлечено юридическое лицо, которое в соответствии с Гражданским кодексом Российской Федерации несет ответственность за вред, причиненный преступлением. О привлечении юридического лица в качестве гражданского ответчика дознаватель, следователь или судья выносит постановление, а суд – определение. Таким образом, закон наделяет юридическое лицо процессуальным статусом в зависимости от того, в каком качестве оно принимает участие в уголовном процессе, а также значительным объемом как процессуальных прав, так и процессуальных обязанностей. При этом приобретение соответствующего статуса происходит с момента вынесения об этом юридического документа должностным лицом государственного органа (дознавателем, следователем, прокурором,

судьей – постановления, либо судом – определения).

Совершение преступления порождает определенные жизненные отношения, когда государство в лице уполномоченных органов обязано осуществить определенные действия по защите прав и интересов лиц, пострадавших от преступных деяний. Юридическое лицо может быть признано потерпевшим в случае причинения преступлением вреда его имуществу и деловой репутации.

Подозреваемому, обвиняемому обеспечивается реальная возможность знать о своих правах, а также получить копию постановления о возбуждении против него уголовного дела. Однако неясно, почему отсутствует аналогичная процедура в отношении юридического лица в случае причинения вреда его имуществу и деловой репутации. Не требуется никаких теоретических построений, чтобы признать целесообразность и справедливость нормы, в соответствии с которой лицо должно признаваться потерпевшим уже с момента возбуждения уголовного дела, если в постановлении содержится указание на причинение ему того либо иного вреда.³

Имущественный вред возникает тогда, когда лицо (физическое или юридическое) несет убытки материального характера, в нашем случае убытки ввиду уничтожения, хищения или повреждения имущества, а также неполучение причитающегося имущества (упущенная выгода), уменьшение или неполучение прибыли, убытки в результате совершения преступления относительно арендованного имущества.

Из статьи 42 УПК РФ мы видим, что потерпевшим может быть признано юридическое лицо, в случае причинения его имуществу, а не имуществу кого-то другого. В свою очередь, юридические лица зачастую не приобретают имущество в собственность, а берут его в аренду. Учитывая, что потерпевшим в уголовном процессе признается собственник, а ответственность по утрате имущества перед арендодателем несет арендатор, полагаем, что в законе следует определить и регламентировать положение юридического лица, когда последний не является собственником имущества.

Деловая репутация является разновидностью нематериальных благ и охраняется законом. В отличие от чести, достоинства лица, защита деловой репутации – категория, присущая чисто рыночным отношениям. Устойчивая, стабильная деловая репутация основана обычно на исключительно добросовестном отношении лица к своим профессиональным, служебным,

³ Гриненко А. В. Потерпевший должен иметь не меньше процессуальных прав, чем обвиняемый // Российская юстиция. М., 2002. № 9. С. 51.

договорным и т. п. обязательствам. Помимо высокого престижа лица на рынке, деловая репутация обеспечивает ему немалые имущественные выгоды.

Пленум Верховного Суда Российской Федерации в пункте 2 постановления «Некоторые вопросы применения законодательства о компенсации морального вреда» № 10 указал, что под моральным вредом понимаются физические и нравственные страдания, причиненные действиями (бездействием), посягающими на принадлежащие гражданину от рождения или в силу закона нематериальные блага, в том числе деловую репутацию.⁴ В статье 42 УПК РФ законодатель определил, что потерпевший – это физическое лицо, которому причинен физический, имущественный, моральный вред, а юридическое лицо является потерпевшим в случае причинения преступлением вреда его деловой репутации. Умаление деловой репутации юридического лица, неопределенность в планировании его дальнейшей деятельности, препятствия в управлении им, неудобства и беспокойства, причиненные членам его руководства, влекут или могут повлечь, в свою очередь, возникновение материальных убытков. Таким образом, при установлении, оценке и анализе причиненного преступлением вреда деловой репутации юридического лица, признанному потерпевшим по уголовному делу, при разрешении возникающих вопросов во многом следует прибегать к институту, посвященному компенсации морального вреда.

Потерпевшее лицо, получившее ущерб от преступления, имеет право его компенсировать в установленном законом порядке. В случае признания лица гражданским истцом, предъявившим требование о возмещении имущественного вреда, при наличии оснований полагать, что данный вред причинен ему непосредственно преступлением, в уголовно-процессуальных отношениях появляются гражданско-правовые, так как способом защиты нарушенных преступлением прав потерпевшего является гражданский иск.

Важные положения содержатся в статье 230 УПК РФ, которая посвящена мерам по обеспечению гражданского иска и возможной конфискации имущества. В гражданском иске юридическое лицо, потерпевшее по уголовному делу, должно точно определить сумму имущественного вреда, причиненного преступлением. Рассмотрение гражданского иска юридического лица в уголовном процессе имеет позитивные стороны для гражданского

⁴ Постановление Пленума Верховного Суда РФ «Некоторые вопросы применения законодательства о компенсации морального вреда» от 20.12.2004г. №10 // Бюллетень Верховного Суда РФ. 1995. № 3. С. 9–11.

истца. Отрицательное влияние на доступ к правосудию оказывают высокие государственные пошлины в судах по гражданским делам. То, что в уголовном судопроизводстве лицо освобождается от уплаты государственной пошлины по гражданскому иску и тем самым получает ничем не обремененный доступ к правосудию (часть 2 статьи 44 УПК РФ), является его безусловным преимуществом. Судья по ходатайству потерпевшего, гражданского истца или их представителей либо прокурора вправе вынести постановление о принятии мер по обеспечению возмещения вреда, причиненного преступлением. Данные положения являются для гражданского истца в уголовном процессе гарантом возмещения ущерба от преступных действий. Кроме того, гражданский истец – юридическое лицо, через представителя имеет право на активное участие в уголовном процессе в этом статусе. Так, лицо имеет право собирать и представлять письменные документы и предметы для приобщения их к уголовному делу в качестве доказательств. К таковым, согласно статье 81 УПК РФ, относятся предметы, которые служили орудиями преступления или сохранили на себе следы преступления, предметы, на которые были направлены преступные действия, деньги, ценности и иное имущество, полученные в результате совершения преступления, иные предметы и документы, которые могут служить средствами для обнаружения преступления и установления обстоятельств уголовного дела.

УПК РФ не содержит форму обращения гражданского истца к дознавателю и следователю с имеющимися у него в распоряжении доказательствами.⁵

Юридическое лицо, помимо процессуального положения потерпевшего и гражданского истца, может быть признано гражданским ответчиком. Об этом должностное лицо государственного органа (дознаватель, следователь, прокурор) выносит постановление. Юридическое лицо гражданским ответчиком становится тогда, когда несет ответственность за вред, причиненный преступлением (статья 1079 ГК РФ).

Согласно статье 1068 ГК РФ юридическое лицо должно возместить вред, причиненный его работником при исполнении трудовых обязанностей. Например, в случае если гражданину, состоящему в трудовых отношениях с организацией, в результате работы на неисправном станке и при этом не ознакомленным с регламентом технической эксплуатации, будет причи-

⁵ *Быков В. М., Прасковьян Д. А.* Правовое положение гражданского истца и его участие в доказывании на стадии предварительного расследования // Закон и право. 2004. № 12. С. 16.

нен вред здоровью или имущественный вред, уголовную ответственность понесет должностное лицо, допустившее его на данный участок работы (начальник участка, цеха, отдела, бригадир и т. д.). При этом в уголовном деле организация, где работают потерпевший и лицо, привлекаемое к уголовной ответственности, будет признана гражданским ответчиком.

По результатам рассмотрения дела, с юридического лица, которое не возместило вред добровольно потерпевшей стороне, может быть взыскан ущерб на основании обвинительного приговора, то есть изъятие денежных средств или иного имущества организации, что является для предприятия убытком.

Важным процессуальным условием реализации права на судебную защиту (статья 46 Конституции РФ), а также гарантией доступа к правосудию является предоставление потерпевшему права на получение юридической помощи. Российское уголовно-процессуальное законодательство прямо указывает, что права потерпевшего юридического лица (часть 9 статья 42 УПК РФ) осуществляет его представитель. После вынесения постановления о признании юридического лица гражданским истцом и гражданским ответчиком он наделяется процессуальными обязанностями и правами и действует также через представителя. Представительство по толковому словарю В. И. Даля означает замещение одного лица другим.⁶ Представители наделены возможностью совершения процессуальных действий. Участвуя путем их выполнения в производстве по делу и используя все законные средства защиты интересов представляемых, представители помогают обеспечить строгое соблюдение уголовного и уголовно-процессуального закона.

В. Д. Адаменко указывает, что значение процессуального представительства также в том, что оно служит способом оказания технической помощи, представляемым в составлении и оформлении различных документов: заявлений, ходатайств, жалоб и других процессуальных актов от имени последних. Представитель, оформляя любой процессуальный акт, выполняет техническую функцию защиты прав и интересов представляемого.⁷

Потерпевший по делу, гражданский истец и гражданский ответчик – юридическое лицо, участвует в деле в лице представителя, каковым на всех этапах производства по уголовному делу может быть признан адвокат,

⁶ *Даль В. И.* Толковый словарь русского языка. Современная версия. М., 2004. С. 522.

⁷ *Адаменко В. Д.* Советское уголовно-процессуальное представительство. Томск, 1978. С. 12–13.

а также иные лица, правомочные в соответствии с Гражданским кодексом РФ представлять его интересы. В соответствии со статьей 2 ФЗ «Об адвокатуре и адвокатской деятельности» от 31 мая 2002 г., адвокатом является лицо, получившее в установленном данным Федеральным законом порядке статус адвоката и право осуществлять адвокатскую деятельность.

Статьей 53 ГК РФ предусмотрено, что юридическое лицо приобретает права и принимает на себя обязанности через свои органы. Зачастую в рамках уголовного процесса участие принимают штатные квалифицированные юристы организаций, имеющие юридическое образование, на основании выданной им руководством доверенности. Общие вопросы представительства интересов юридического лица иными лицами регламентированы положениями статьи 182 ГК РФ.

Процессуальное значение представительства выражается в том, что оно, прежде всего, является способом реализации процессуальных прав и обязанностей участников, защиты их процессуальных интересов. Граждане, организации, учреждения, предприятия участвуют в уголовном судопроизводстве в целях защиты своих интересов, для чего наделяются процессуальными правами. Представители помогают участникам процесса осуществлять права, содействуя установлению благоприятных для представляемых обстоятельств, и обосновать законность требований. В письме к В. В. Адоратскому В. И. Ленин писал: «...вся помощь, которую Вы сможете оказать просителям, должна состоять в юридической им помощи, т. е. научить их (и помочь им) воевать за свое право по всем правилам законной в РСФСР войны за права».⁸ Оказание гражданам, организациям предприятиям и учреждениям помощи по реализации процессуальных прав является средством защиты интересов участников процесса. Из этого следует, что значение представительства в том, что оно способствует осуществлению задач уголовного судопроизводства.

Начало уголовно-процессуальной деятельности в ряде случаев зависит от волеизъявления руководства юридического лица. Так, статья 23 УПК РФ регламентирует особый порядок уголовного преследования за преступления, указанные в главе 23 Уголовного кодекса РФ. Указанной статьей предусмотрено, что в случае совершения деяния, в результате которых причиняется вред интересам исключительно коммерческой или иной организации, не являющейся государственным или муниципальным предприятием,

⁸ Ленин В. И. Полн. собр. соч. Т. 53. С. 149.

и при этом не причинено вреда интересам других организаций, а также интересам граждан, общества или государства, уголовное дело возбуждается по заявлению руководителя данной организации или с его согласия. Проблема, которая обращает на себя внимание, связана с тем обстоятельством, что, фактически относя данную категорию уголовных дел к делам публичного обвинения, законодатель, тем не менее, связывает начало уголовного судопроизводства с волеизъявлением соответствующих должностных лиц.⁹ По нашему мнению, отсутствие заявления от лица, пострадавшего от преступления, и его нежелание участвовать в уголовном преследовании не освобождает правоохранительные органы от обязанности возбуждать и расследовать уголовные дела о преступлениях, относящихся к категории публичных, «и не свидетельствует об отсутствии состава преступления».¹⁰

В случае, когда преступления совершаются самими руководителями или лицами, выполняющими управленческие функции, полагаем нецелесообразным предоставлять им право обращения или согласовывать вопрос об обращении с заявлением в правоохранительные органы о возбуждении уголовного дела. Но, учитывая согласие руководителя организации как условие, на привлечение к уголовной ответственности лица, совершившего преступления, предусмотренные статьями 201 – 204 УК РФ, при его отсутствии уголовные дела на практике прекращаются «в порядке пункта 5 части 1 статьи 24 УПК РФ за отсутствием заявления потерпевшего».¹¹ Полагаем, права Н. Л. Емелькина, которая предлагает внести изменения в УПК РФ, отдав право согласования возбуждения уголовного дела общему собранию акционеров.¹²

Участие юридического лица возможно и в качестве залогодателя. В соответствии со статьей 106 УПК РФ в качестве меры пресечения в отношении подозреваемого обвиняемого может быть избран залог. Частью 4 этой же статьи предусмотрено, что в случае невыполнения или нарушения подозреваемым, обвиняемым обязательств, связанных с внесенным за него залогом, залог обращается в доход государства по судебному реше-

⁹ Орлова А. А. Уголовное преследование по заявлению коммерческой или иной организации // Российский следователь. 2003. №10. С. 8.

¹⁰ Шнитенков А. В. Уголовное преследование за преступления, предусмотренные гл. 23 УК РФ // Законность. 2008. № 8. С. 39.

¹¹ Там же. С. 39.

¹² Емелькина Н. Л. Предмет доказывания и привлечения в качестве обвиняемого по делам о преступлениях против интересов службы в коммерческих и иных организациях. Дис. ... канд. юрид. наук. М., 2003. С. 132–133.

нию, выносимому в соответствии со статьей 118 УПК РФ. Залог состоит во внесении подозреваемым или обвиняемым либо другим физическим или юридическим лицом на депозитный счет органа, избравшего данную меру пресечения, денег, ценных бумаг или ценностей в целях обеспечения явки к следователю, дознавателю или в суд подозреваемого, обвиняемого и предупреждения совершения им новых преступлений. Но здесь возникают неблагоприятные последствия для организации, в случае если подозреваемый (обвиняемый) нарушил взятые на себя обязательства, не явившись по вызову к дознавателю, следователю, прокурору или в суд. В результате такого нарушения к подозреваемому (обвиняемому) может быть применена ответственность, а юридическое лицо может быть лишено тех денежных средств, которые оно внесло в качестве залога на депозитный счет правоохранительного органа.

Юридическому лицу может быть причинен вред не только незаконными действиями лиц, совершающими преступления, но и в результате неправомερных действий (бездействий) и решений суда, прокурора, следователя, дознавателя, органа дознания и их должностных лиц. В статье 53 Конституции РФ прямо сказано, что «каждый имеет право на возмещение государством вреда, причиненного незаконными действиями (или бездействием) органов государственной власти или их должностных лиц». При этом следует сказать, что юридическому лицу вред согласно статье 133 УПК РФ ввиду незаконного и необоснованного уголовного преследования не может быть причинен, так как юридическое лицо не является субъектом преступления. В данном случае мы имеем в виду вред, наступивший в результате незаконного применения мер процессуального принуждения со стороны государственных органов и их должностных лиц.

Отдельные следственные действия, проводимые с участием организаций, фактически блокируют ее финансово-хозяйственную деятельность. Незаконный обыск, арест банковских счетов, выемка документов и имущества является ограничением прав собственника имущества, выражающимся в том, что арестованное, изъятое имущество не может быть продано, подарено, обменено, уничтожено, сдано внаем или заложено, и невозможностью распоряжением денежными средствами, находящимися на счете в банке. Данные положения о возмещении вреда юридическим лицам детально не отрегулированы. Так, например, согласно части 1 статьи 133 УПК РФ право на реабилитацию включает в себя право на возмещение имущественного вреда, устранение последствий морального вреда и восстановление в тру-

довых, пенсионных, жилищных и иных правах. Вред, причиненный гражданину в результате уголовного преследования, возмещается государством в полном объеме независимо от вины органа дознания, дознавателя, следователя, прокурора и суда.

В соответствии со статьей 139 УПК РФ вред, причиненный юридическим лицам незаконными действиями (бездействием) и решениями суда, прокурора, следователя, дознавателя, органа дознания, возмещается государством в полном объеме в порядке и сроки, которые установлены в главе 18 «Реабилитация» УПК РФ. Таким образом, к сожалению, из статьи 139 УПК РФ не видно, что возмещение вреда происходит независимо от вины должностных лиц государственных органов, а содержится лишь ссылка на порядок возмещения вреда, установленный для реабилитированных граждан.

В заключение необходимо сказать следующее. Учитывая активное участие юридического лица в уголовном процессе и возросшую роль юридических лиц в жизни общества с момента перехода страны к рыночным отношениям, все чаще юридические лица становятся участниками уголовно-процессуальных отношений. В этой связи введение понятия юридического лица должно содержаться в уголовно-процессуальном законодательстве, при этом процессуальные права и обязанности должны быть детально регламентированы.

Т. Л. Роганова*

СОВЕРШЕНСТВОВАНИЕ УГОЛОВНО-ПРОЦЕССУАЛЬНОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ ДОЗНАНИЯ

Ключевые слова: уголовно-процессуальное право, дознание, процессуальные функции, орган дознания, неотложные следственные действия.

Аннотация: В работе рассмотрены проблемы правового регулирования дознания как формы предварительного расследования. Проведен анализ нормативных актов, регламентирующих деятельность должностных лиц, реализующих процессуальные функции органа дознания. Представлена система неотложных следственных действий, а также условия их проведения.

Key words: criminal procedure, inquiry, investigative actions.

Annotation: Perfection of criminal procedure activity in an inquiry.

The problems of legal regulation of the inquiry as the real form of any preliminary investigation have been considered in the article. There is an analysis of those legal normative acts which must regulate not only the system of urgent investigative actions but the conditions for their realization in the criminal procedure activity.

Правом производства дознания наделены дознаватели (п. 7 ст. 5, ст. 41, ч. 3 ст. 151 УПК РФ), следователи (ч. 4 ст. 150, п. 7 ч. 2 ст. 151 УПК РФ), органы дознания (п. 24 ст. 5, п. 3 ст. 149 УПК РФ), начальники подразделений дознания (ч. 2 ст. 40-1 УПК РФ). В соответствии с законом дознаватель – это должностное лицо органа дознания, правомочное либо уполномоченное начальником органа дознания осуществлять предварительное расследование в форме дознания, а также иные полномочия, предусмотренные законом (п. 7 ст. 5 УПК РФ). Должность дознавателя предусмотрена в органах дознания: органов внутренних дел, пограничных органах Федеральной службы безопасности, органах службы судебных приставов Министерства юстиции на уровне субъектов Российской Федерации, таможенных органах, органах государственного пожарного надзора федеральной противопожарной службы и органах по контролю за оборотом наркотических средств и психотропных веществ (ч. 3 ст. 151 УПК РФ).

Начальник органа дознания или его заместитель (например, в органах внутренних дел – начальник криминальной милиции или милиции

* Научный сотрудник центра организации научных исследований университета Государственной пожарной службы МЧС России.

общественной безопасности) вправе поручить расследование в форме дознания не только штатному дознавателю, но и любому должностному лицу органа дознания (например, участковому уполномоченному милиции, оперуполномоченному подразделения криминальной милиции). Такое поручение может возлагаться:

а) на постоянной основе и оформлено в виде приказа о назначении на должность дознавателя или предусмотрено должностной инструкцией;

б) на временной основе в виде разового поручения (например, о расследовании в форме дознания конкретного преступления) и оформляться резолюцией или письменным распоряжением.

Таким образом, сотрудник милиции может приобрести процессуальный статус дознавателя.

Процессуальные функции органа дознания реализуют и иные должностные лица служб и подразделений органов внутренних дел:

а) участковый уполномоченный милиции (п. 9.1, 10.1, 10.2 Инструкции по организации деятельности участкового уполномоченного милиции, утвержденной Приказом МВД РФ № 900 от 16.09.2002 г.);

б) сотрудники подразделений по делам несовершеннолетних (п. 2.4. Инструкции по организации работы подразделений по делам несовершеннолетних органов внутренних дел, утвержденной Приказом МВД РФ № 569 от 26 мая 2000 г. и ст. 21 Федерального закона от 24.06.1999 г. № 120-ФЗ «Об основах системы профилактики безнадзорности и правонарушений несовершеннолетних» с изменениями, внесенными Федеральным законом от 13.01.2001 г. № 1);

в) сотрудник ГИБДД ГУВД, УВД субъекта РФ (в соответствии с Наставлением по работе дорожно-патрульной службы Государственной инспекции безопасности дорожного движения МВД РФ № 297 от 20.04.1999 г. в редакции Приказа МВД РФ № 209 от 28.03.2005 г., в функции ДПС ГИБДД МВД РФ входят: проведение в соответствии с законодательством РФ проверки сообщений о преступлениях против безопасности дорожного движения и эксплуатации транспортных средств (п. 4.8), неотложных действий на месте ДТП (п. 6.1.14) и задержание в соответствии с уголовно-процессуальным законодательством РФ лиц, подозреваемых в совершении преступления, с последующей передачей этих лиц в ОВД по территориальности (п. 10.10.10);

г) оперуполномоченный подразделения криминальной милиции;

д) начальник горрайоргана внутренних дел, его заместитель (приказ

МВД РФ № 260 от 20.09.1994 г.);

е) начальник органа внутренних дел, его заместители – начальник криминальной милиции и милиции общественной безопасности (ответ Правового Департамента МВД РФ на обращение ГУВД Санкт-Петербурга и Ленинградской области, исх. № 25/2892 от 06.07.2005 г.);¹

ж) оперативный дежурный строевых подразделений ДПС и территориальных подразделений органов внутренних дел.

При составлении постановления (в том числе и постановления об отказе в возбуждении уголовного дела) должностным лицом, не являющимся штатным дознавателем, во вводной части решения должно быть отражено: исполняющий обязанности дознавателя, наименование подразделения милиции, звание, фамилия, инициалы дознавателя. Не допускается возложение полномочий по проведению дознания на то лицо, которое проводило или проводит по данному уголовному делу оперативно-розыскные мероприятия (ч. 2 ст. 41 УПК РФ).

Независимо от ведомственной подследственности все дознаватели наделены одними и теми же правами. Дознаватели осуществляют уголовно-процессуальную деятельность и не уполномочены производить административную и оперативно-розыскную деятельность по этому уголовному делу. Дознаватель при расследовании преступления обязан соблюдать правила о подследственности уголовных дел. Указания начальника органа дознания, прокурора, начальника подразделения дознания обязательны для исполнения дознавателем, а обжалование этих указаний не приостанавливает их исполнение (ч. 4 ст. 40, ч. 4 ст. 41 УПК РФ). Требования, поручения и запросы следователя, дознавателя, органа дознания, предъявляемые в пределах их полномочий, установленных УПК РФ, обязательны для исполнения всеми учреждениями, предприятиями, организациями, должностными лицами и гражданами (ч. 4 ст. 21 УПК РФ).

В п. 19 ст. 5 УПК РФ сформулировано понятие неотложных следственных действий как действий, осуществляемых органом дознания после возбуждения уголовного дела (выделено нами – *Т. Р.*), по которому производство предварительного следствия обязательно, в целях обнаружения и фиксации следов преступления, а также доказательств, требующих незамедлительного закрепления, изъятия и исследования.

Таким образом, закон предусматривает проведение неотложных

¹ Детальный ответ на вопрос, кто из руководящего состава наделается полномочиями начальника органа дознания, должен найти отражение в приказе МВД РФ.

следственных действий² только после возбуждения уголовного дела. Однако ч. 2 ст. 176 УПК РФ допускает в случаях, не терпящих отлагательства,³ осмотр места происшествия до возбуждения уголовного дела.

Возникла коллизия между ч. 2 ст. 176 УПК РФ и ст. 5, 157 УПК РФ, представляющих право проводить неотложные следственные действия только после возбуждения уголовного дела. Для устранения такого противоречия законодателю необходимо не только определить цель производства неотложных следственных действий, но и сущность.

Непременным условием проведения дознавателем неотложных следственных действий по неподследственным ему делам является невозможность следователя по объективным причинам немедленно приступить к расследованию. УПК РФ не определяет конкретный перечень неотложных следственных действий, оставляя выбор за дознавателем. Законодатель полагает, что любое следственное действие при расследовании конкретного преступления может быть отнесено к неотложному. Полагаем, что неотложными следственными действиями не могут быть очная ставка, следственный эксперимент, предъявление для опознания, производство судебной экспертизы, контроль и запись переговоров, проверка показаний на месте, так как:

1. Эта группа действий направлена на проверку ранее собранных доказательств.

2. Непременным условием их проведения является наличие уже имеющихся в распоряжении органа дознания (ранее им собранных) доказательств.

Допрос обвиняемого также не может быть отнесен к неотложным следственным действиям, так как в соответствии с ч. 1 ст. 157 УПК РФ орган дознания не вправе выносить постановление о привлечении лица в качестве обвиняемого.

² Проведение дознавателем иных процессуальных действий закон не предусматривает и в противном случае это может привести к признанию доказательств недопустимыми. Возникает необходимость изменить редакцию ч. 1 ст. 157 УПК РФ и представить дознавателю право осуществлять не только неотложные следственные действия, но и иные процессуальные действия, а также применять неотложные меры процессуального принуждения.

³ Термины «в случаях, не терпящих отлагательства» и «неотложная ситуация» являются синонимическими. Под ними понимают внезапное возникновение обстановки, которая требует безотлагательных, немедленных процессуальных действий, т.к. в противном случае (промедление) это может привести к негативным последствиям: утрате следов преступления; сокрытии лиц, их совершивших, невозможность возмещения вреда, причиненного преступлением.

Задачами неотложных следственных действий являются:

1. Обнаружение и фиксация следов преступления, а также доказательств, требующих незамедлительного закрепления, изъятия и исследования.

2. Установление и задержание лица, подозреваемого в совершении преступления.

При производстве неотложных следственных действий решения дознавателя должны утверждаться начальником органа дознания в связи с тем, что закон наделяет правом их проведения только орган дознания. Необходимо принимать во внимание, что орган дознания обязан возбудить уголовное дело и провести комплекс неотложных следственных действий (ч. 1 ст. 157 УПК РФ) только при наличии неотложной ситуации, когда по объективным или субъективным причинам следователь не имеет реальной возможности возбудить уголовное дело.

При отсутствии неотложной ситуации сообщение о преступлении должно передаваться по подследственности в соответствии с п. 3 ч. 1 ст. 145 УПК РФ. В случаях, не терпящих отлагательств, следователь вне зависимости от подследственности (в том числе и по уголовным делам о преступлениях, перечисленных в ч. 3 ст. 150 УПК РФ) обязан возбудить уголовное дело и провести неотложные следственные действия в соответствии с ч. 5 ст. 152 УПК РФ. Передача уголовного дела от одного органа расследования другому всегда производится через прокурора (п. 12 ч. 2 ст. 37 УПК РФ).

При определении формы предварительного расследования при возбуждении уголовного дела по факту совершения преступления (не в отношении конкретных лиц) необходимо соблюдать правила подследственности.⁴ В данном случае учитывается такой предметный (родовой) признак как квалификация преступления.

Персональная подследственность имеет преимущество перед предметной⁵ и альтернативной. При конкуренции предметных подследственностей большую силу имеет тот орган, к чей подследственности относится более тяжкое преступление и поэтому орган следствия всегда имеет преимущества перед дознавателем.

Прекращение уголовного дела представляет собой одну из форм окончания предварительного расследования. Уголовно-процессуальная де-

⁴ При выполнении неотложных следственных действий в ст. 157 УПК РФ установлены специальные правила подследственности, и требования ст. 151 УПК РФ на них не распространяются.

⁵ Кроме случаев, предусмотренных ч. 4 ст. 151 УПК РФ.

тельность по такому делу полностью заканчивается. Прекращение уголовного дела производится только в том случае, если имеются на то основания, т. е. предусмотренные уголовно-процессуальным законом обстоятельства, которые исключают производство по делу и (или) предоставляют дознавателю (следователю) право или обязывающее их прекратить уголовное дело.

Орган дознания, проведя следственные действия в порядке ст. 157 УПК РФ не вправе прекратить уголовное дело по п. 1 и 2 ст. 24 УПК РФ, т. к. такое обстоятельство как отсутствие в деянии состава преступления можно выявить только в ходе расследования и в процессе выполнения не только неотложных, но и других следственных действий. Закон не предоставляет право органу дознания осуществить весь комплекс следственных действий⁶ по делам о преступлениях, по которым производство предварительного следствия обязательно. Орган дознания не уполномочен ст. 157 УПК РФ прекратить уголовное дело, подследственное следователю.

Таким образом, необходимо подчеркнуть, что рассмотренные в этой статье вопросы требуют корректировки как на правотворческом, так и на правоприменительном уровне.

⁶ Ст. 157 УПК РФ не предоставляет органу дознания осуществлять иные процессуальные действия, в том числе и прекращать уголовные дела независимо от их оснований.

С. Н. Гармоников*

КОНЦЕПТУАЛЬНЫЕ ПРЕДЛОЖЕНИЯ ПО СОЗДАНИЮ МЕХАНИЗМА РАСПРЕДЕЛЕНИЯ ТАМОЖЕННЫХ ПОШЛИН МЕЖДУ БЮДЖЕТАМИ ГОСУДАРСТВ-ЧЛЕНОВ ТАМОЖЕННОГО СОЮЗА ЕВРАЗЭС В УСЛОВИЯХ ОТСУТСТВИЯ ОБЩЕГО БЮДЖЕТА

Ключевые слова: *Евразийское Экономическое Сообщество, таможенный союз, вывозная таможенная пошлина, ввозная таможенная пошлина, межбюджетное распределение пошлин.*

Аннотация: *В работе формулируются основные положения механизма распределения таможенных пошлин в формируемом Республикой Беларусь, Республикой Казахстан и Российской Федерацией таможенном союзе Евразийского Экономического Сообщества.*

Key words: *Euro-Asian Economic Association, customs union, export customs duty, import customs duty, budget duties assessment.*

Annotation: *Conceptual proposals on the creation of the mechanism for the customs duties assessment among the budgets of the states-members of the customs union within the Euro-Asian Economic Association under conditions of absence of the common budget.*

The concept of this article is based on the analysis accumulated in the forming of Russian-Belarusian Customs Union assessment between the budgets of two countries. The author has shown the sums of the import and export customs duties and the main regulations made by the customs union within the Euro-Asian Economic Association.

В целях построения полноценного таможенного союза в соответствии с общепризнанными принципами международного права 6 октября 2007 года в г. Душанбе Республикой Беларусь, Республикой Казахстан и Российской Федерацией подписан Договор о создании единой таможенной территории и формировании таможенного союза, в котором дано следующее определение таможенного союза: «“таможенный союз” – форма торгово-экономической интеграции сторон, предусматривающая единую таможенную территорию, в пределах которой во взаимной торговле товарами, происходящими с единой таможенной территории, а также происходящими из третьих стран и выпущенными в свободное обращение на этой таможенной территории, не применяются таможенные пошлины и ограничения экономического характера, за исключением специальных защитных, антидемпинговых и компенсационных мер. При этом Стороны применяют единый таможенный

* Соискатель Российской таможенной академии.

тариф и другие единые меры регулирования торговли товарами с третьими странами».

Таким образом, в соответствии с вышеприведенным определением таможенного союза в пределах единой таможенной территории подлежат беспрепятственному перемещению как товары, происходящие с единой таможенной территории, так и происходящие из третьих стран и выпущенные в свободное обращение на этой таможенной территории, при условии применения всеми государствами-членами таможенного союза единого таможенного тарифа и других единых мер регулирования торговли товарами с третьими странами.

При этом в статье 2 указанного белорусско-казахстанско-российского Договора дан исчерпывающий перечень мероприятий, после завершения которых высшим органом таможенного союза – Межгосударственным Советом ЕврАзЭС – принимается решение об объединении таможенных территорий государств-членов таможенного союза в единую таможенную территорию, который включает в себя, в том числе :

- установление и применение единого таможенного тарифа и иных единых мер регулирования внешней торговли с третьими странами;
- установление и применение порядка зачисления и распределения таможенных пошлин, иных пошлин, налогов и сборов, имеющих эквивалентное действие;
- установление и применение унифицированного порядка таможенного регулирования, включая единые правила декларирования товаров и уплаты таможенных платежей и единые таможенные режимы.

В условиях же применения государствами неунифицированных ставок ввозных и вывозных таможенных пошлин, а также при наличии различающихся условий ведения внешнеэкономической деятельности, в том числе в виде несогласованного предоставления льгот, отсрочек и рассрочек уплаты таможенных платежей, отмена таможенного контроля и таможенного оформления товаров и транспортных средств на внутренних границах повлечет за собой перераспределение товарных потоков в целях проведения их таможенного оформления на территории того государства-члена таможенного союза, где созданы преференциальные условия при выполнении таможенных формальностей.

Следовательно, вопросы об обеспечении полноты взимания таможенных платежей в таможенном союзе ЕврАзЭС и создании механизма зачисления и распределения взысканных таможенных пошлин, налогов и

сборов, имеющих эквивалентное действие, в соответствующие бюджеты государств-членов таможенного союза имеют основополагающее значение при принятии решения о завершении формирования единой таможенной территории.

Учитывая, что государства-члены таможенного союза ЕврАзЭС не приняли решения о формировании общего бюджета, то в основу представленных Концептуальных предложений по созданию механизма распределения таможенных пошлин положен российско-белорусский опыт зачисления и распределения взысканных национальными таможенными органами таможенных платежей между бюджетами России и Белоруссии в 1995–1997 гг.¹

Так, в статье 4 Соглашения о Таможенном союзе между Российской Федерацией и Республикой Беларусь от 06.01.1995 г. изложен следующий порядок распределения между бюджетами государств-участников таможенных пошлин:

1. Суммы ввозных таможенных пошлин на товары, происходящие с территории третьей страны, вносятся в бюджет государства той Договаривающейся Стороны, которая является страной назначения товара.

2. Суммы вывозных таможенных пошлин на товары, происходящие с территории третьей страны и вывозимые с территории государства любой Договаривающейся Стороны на территорию государства другой Договаривающейся Стороны, вносятся в бюджет государства той Договаривающейся Стороны, с территории которой данный товар вывозится.

3. Суммы вывозных таможенных пошлин на товары, вывозимые с территории любой Договаривающейся Стороны в третью страну:

а) в отношении товаров, происходящих с территории государства любой Договаривающейся Стороны, вносятся в бюджет государства той Договаривающейся Стороны, с территории которой данный товар происходит;

б) в отношении товаров, изготовленных на территории любой Договаривающейся Стороны из сырья и материалов, происходящих с территории любой другой Договаривающейся Стороны, зачисляются в бюджеты государств Договаривающихся Сторон в соответствии с согласованным распределением сумм вывозных таможенных пошлин;

¹ В соответствии с пунктом 2 приказа ГТК Республики Беларусь от 20.07.1995 г. № 210-ОД с 15 июля 1995 года вступила в силу утвержденная данным приказом Инструкция «По применению порядка распределения и зачисления в соответствующие бюджеты Российской Федерации и Республики Беларусь таможенных пошлин, налогов и сборов». Утратила силу с 02.09.1997 г. в связи с изданием приказа ГТК Республики Беларусь от 28.08.1997 г. № 270-ОД.

в) в отношении товаров, происходящих с территории третьей страны, вносятся в бюджет государства той Договаривающейся Стороны, с территории которой данный товар вывозится.

То есть, на периоды как до унификации, так и после унификации ставок ввозных и вывозных таможенных пошлин во избежание перераспределения импортных и экспортных товаропотоков в государства-члены таможенного союза с более льготным режимом таможенного налогообложения с соответствующим причинением убытков бюджетам других государств-членов, в основу механизма распределения таможенных пошлин между соответствующими бюджетами России и Белоруссии были положены следующие принципы:

- суммы ввозных таможенных пошлин подлежат перечислению в бюджет страны назначения импортного товара;²

- суммы вывозных таможенных пошлин подлежат перечислению в бюджет Российской Федерации как страны происхождения товара:

- в полном объеме в случае его реэкспорта в неизменном виде с территории Республики Беларусь за пределы государств-членов ЕврАзЭС;

- в согласованной доле при экспорте с территории Республики Беларусь отдельных наименований товаров, изготовленных в Белоруссии из сырья и материалов российского происхождения.³

С учетом положительного опыта,работанного таможенными службами Российской Федерации и Республики Беларусь в 1995–1997 гг. в ходе практической реализации российско-белорусских договоренностей о распределении сумм вывозных таможенных пошлин и сумм таможенных платежей, уплаченных физическими лицами, процедура распределения и зачисления в соответствующие бюджеты государств-членов таможенного союза ЕврАзЭС сумм таможенных пошлин может быть представлена в следующем виде.

² В рамках действовавшего в 1995–1997 г. г. российско-белорусского механизма распределения таможенных пошлин данный принцип был реализован только в отношении ввозных таможенных платежей, взыскиваемых пограничными белорусскими таможенными при ввозе товаров иностранного производства физическими лицами-гражданами Российской Федерации, которые во въездной пассажирской таможенной декларации заявляли страной назначения ввозимых товаров Российскую Федерацию.

³ Приложение 1 к Соглашению между Правительством Российской Федерации и Правительством Республики Беларусь о порядке распределения и зачисления в соответствующие бюджеты Республики Беларусь и Российской Федерации вывозных таможенных пошлин и сборов от 12 мая 1995 года. Постановлением Совета Министров Республики Беларусь от 12.01.2001 г. № 43 Республика Беларусь в одностороннем порядке вышла из указанного Соглашения.

Распределение вывозных таможенных пошлин в интересах федерального бюджета.

1. При экспорте с территорий Республики Беларусь и Республики Казахстан за пределы государств-членов ЕврАзЭС товаров российского происхождения взыскиваемые белорусскими и казахстанскими таможенными органами суммы вывозных таможенных пошлин в полном объеме подлежат зачислению в доход федерального бюджета Российской Федерации.

Заключенное правительствами Белоруссии, Казахстана и России Соглашение о вывозных таможенных пошлинах в отношении третьих стран от 25.01.2008 г. допускает возможность применения государствами-членами таможенного союза ЕврАзЭС неунифицированных ставок вывозных таможенных пошлин, но в то же время обязывает государства, с территории которых, в частности, вывозятся товары российского происхождения и которые не применяют или применяют меньшие, чем в России, ставки вывозных пошлин, обеспечивать взыскание вывозных таможенных пошлин по российским ставкам.

Следует отметить три обстоятельства, обозначившиеся с 2007 года в рамках российско-белорусского взаимодействия по вопросу распределения сумм вывозных таможенных пошлин при реэкспорте с территории Белоруссии товаров российского происхождения, которые оказывают негативное влияние на формирование доходной части федерального бюджета.

Первое: постановлением Правительства Российской Федерации от 03.02.2007 г. № 66 был утвержден Список товаров, происходящих с территории Российской Федерации, реэкспорт которых может быть осуществлен другими государствами – членами ЕврАзЭС только при наличии надлежаще оформленного письменного разрешения уполномоченного российского ведомства. Пунктом 2 указанного постановления было установлено, что разрешение на реэкспорт выдается при условии последующего перечисления в российский бюджет вывозных пошлин, исчисленных по российским ставкам, а пунктом 3 постановления Министерству финансов России было поручено определить порядок перечисления сумм вывозных таможенных пошлин в федеральный бюджет при реэкспорте с территорий государств-членов ЕврАзЭС в третьи страны содержащихся в перечне товаров российского происхождения.

Соответствующий приказ Министерства финансов Российской Федерации от 15.10.2008 г. № 112н констатировал необходимость уплаты вывозных таможенных пошлин в федеральный бюджет до даты фактического

реэкспорта товаров российского происхождения с территории государства-члена ЕврАзЭС, осуществляющего реэкспорт таких товаров, в российских рублях по ставкам, действующим в Российской Федерации на дату таможенного оформления реэкспортируемых товаров в государстве-реэкспортере, по курсу пересчета валют, установленному национальным банком государства-реэкспортера на дату уплаты платежа.⁴

Однако отсутствие четкой регламентации обязательств иностранного лица, реэкспортирующего товары российского происхождения, по перечислению сумм вывозных таможенных пошлин в федеральный бюджет на протяжении двух лет приводило к непоступлению в российский бюджет соответствующих сумм вывозных пошлин. И только вступившим в силу с 12 июля 2009 г. постановлением Правительства России от 06.05.2009 г. № 391 было установлено, что разрешение на реэкспорт товаров выдается при условии обеспечения исполнения обязанности по уплате в федеральный бюджет сумм вывозных таможенных пошлин в отношении реэкспортируемых товаров.⁵

Второе: с 29 марта 2009 года во исполнение указа Президента Республики Беларусь от 17.03.2009 г. № 135 в Белоруссии отменены ставки вывозных таможенных пошлин в отношении всех наименований товаров, вывозимых за пределы государств-членов ЕврАзЭС, кроме нефти и нефтепродуктов.⁶

Такой подход белорусской стороны нацелен на стимулирование экспортных поставок товаров за пределы государств-членов ЕврАзЭС и напрямую затрагивает экономические интересы Российской Федерации при реэкспорте товаров российского происхождения с территории Республики Беларусь.

Соответственно, российская сторона вправе предлагать распространить условие о перечислении в федеральный бюджет взысканных по российс-

⁴ Приказ Министерства финансов Российской Федерации от 15.10.2008 г. № 112н «Об утверждении Порядка перечисления сумм вывозных таможенных пошлин в федеральный бюджет при реэкспорте товаров, происходящих с территории Российской Федерации, другими государствами-членами Евразийского Экономического Сообщества».

⁵ Постановление Правительства Российской Федерации от 06.05.2009 г. № 391 «О внесении изменений в постановление Правительства Российской Федерации от 3 февраля 2007 г. № 66».

⁶ Экспортируемые с территории Республики Беларусь нефть и нефтепродукты облагаются вывозной таможенной пошлиной во исполнение межправительственного российско-белорусского Соглашения «О мерах по урегулированию торгово-экономического сотрудничества в области экспорта нефти и нефтепродуктов» от 12.01.2007 г.

ким ставкам сумм вывозных таможенных пошлин при реэкспорте с территорий Белоруссии и Казахстана российских товаров не только тех наименований, которые содержатся в утвержденном постановлением Правительства России от 03.02.2007 г. № 66 Списке, а всех товаров российского происхождения, облагаемых в России вывозными таможенными пошлинами.

Третье: существуют различия в позициях российской и белорусской сторон относительно процедуры реэкспорта товаров российского происхождения в государства-участники СНГ, не являющиеся членами ЕврАзЭС, а именно: наряду с Соглашением о реэкспорте товаров и порядке выдачи разрешения на реэкспорт, заключенным государствами-участниками СНГ 15.04.1994 г. (далее – Соглашение о реэкспорте товаров от 15.04.1994 г.), в рамках ЕврАзЭС действует Протокол о таможенном контроле за реэкспортом товаров, происходящих с территории государств-участников Договора о Таможенном союзе и Едином экономическом пространстве от 26.02.1999 г. и вывозимых в третьи страны, от 22 мая 2001 г.,⁷ согласно которому не допускается реэкспорт товаров за пределы государств-членов ЕврАзЭС без надлежаще оформленного разрешения, выданного уполномоченным ведомством страны происхождения товаров (в России – Министерством промышленности и торговли, которое выдает разрешения на реэкспорт соответствующих товаров за пределы стран ЕврАзЭС, в том числе и в государства-участники СНГ).

В то же время Государственный таможенный комитет Республики Беларусь имеет иную позицию по данному вопросу, основанную исключительно на положениях вышеуказанного Соглашения о реэкспорте товаров от 15.04.1994 г. Так, в письме ГТК РБ от 19.06.2007 г. № 02/6179 белорусским таможенными органами предписывается требовать предоставления разрешений российского уполномоченного органа на реэкспорт при вывозе товаров российского происхождения с территории Белоруссии за пределы государств-участников СНГ, а не стран-членов ЕврАзЭС. Тем самым, белорусские таможенные органы не препятствуют вывозу товаров российского происхождения без оформленного надлежащим образом российского разрешения на реэкспорт в государства-участники СНГ, не являющиеся членами ЕврАзЭС (в основном, в Украину и Молдову).

Указанные обстоятельства должны быть учтены в интересах Российской Федерации при разработке соответствующего белорусско-казахстанско-российского Соглашения о порядке зачисления и распределения между

⁷ Ратифицирован всеми государствами-членами ЕврАзЭС и вступил в силу 30.05.2003 г.

соответствующими бюджетами государств-членов таможенного союза ЕврАзЭС таможенных пошлин, иных пошлин, налогов и сборов, имеющих эквивалентное действие.⁸

2. При экспорте с территорий Республики Беларусь и Республики Казахстан за пределы государств-членов ЕврАзЭС отдельных наименований товаров белорусского и казахстанского происхождения, изготовленных на их территориях из российского сырья и материалов по согласованному перечню, взыскиваемые белорусскими и казахстанскими таможенными органами вывозные пошлины подлежат распределению в федеральный бюджет Российской Федерации по нормативным пропорциям распределения сумм вывозных таможенных пошлин.

Подобная практика распределения сумм вывозных таможенных пошлин между бюджетами России и Белоруссии применялась в 1995–1997 гг. в соответствии с положениями российско-белорусского межправительственного Соглашения о порядке распределения и зачисления в соответствующие бюджеты Российской Федерации и Республики Беларусь вывозных таможенных пошлин на экспортируемую белорусскими предприятиями продукцию, изготовленную из российского сырья, от 12 мая 1995 года⁹ (далее – Соглаше-

⁸ В учебнике под редакцией Л. М. Энтина (Европейское право. М., 2008. С. 537), содержится следующая информация: «Что касается понятия “сборы, имеющие равнозначный эффект”, то их квалификация стала возможной только благодаря деятельности Суда ЕС (поскольку учредительные договоры определения этого понятия не содержали). В ходе рассмотрения многочисленных дел, затрагивающих ст. 25 Договора о Сообществе, Суд выработал формулировку, согласно которой сборами, имеющими равнозначный таможенным пошлинам эффект, признаются любые сборы независимо от их размера, предназначения и метода взимания, которые налагаются в одностороннем порядке на внутренние и импортные товары на основании факта пересечения ими границы, не являясь таможенными пошлинами в прямом смысле. При этом подобные сборы могут быть признаны судом равнозначными таможенным пошлинам даже в том случае, если они не взимаются в доход государства, не носят дискриминационный или протекционистский характер и налагаются на товары, не имеющие конкурентных товаров внутреннего производства».

⁹ Действовавший в 1995–1997 гг. российско-белорусский механизм долевого распределения сумм вывозных таможенных пошлин применялся при экспорте с территории Республики Беларусь за пределы государств-участников СНГ отдельных наименований нефтепродуктов, изготовленных на территории Белоруссии из российской нефти, аммиака и минеральных удобрений, изготовленных из российского природного газа, отдельных наименований изделий из черных металлов, изготовленных из российского металлолома, отдельных наименований изделий из меди, изготовленных из ввезенного из России медного лома. Ежемесячно через счета Представительства таможенной службы России в Республике Беларусь при действовавших в тот период времени невысоких ставках вывозных таможенных пошлин в российский бюджет перечислялось 700–750 тыс. долларов США вывозных пошлин, взысканных белорусскими таможенными органами при экспорте с территории Белоруссии в третьи страны нефтепродуктов, удобрений, изделий из черных металлов, изготовленных

ние о распределении вывозных пошлин от 12.05.1995 г.).

Следует отметить, что договорная база таможенного союза Евр-АзЭС не содержит обязательств государств-членов применять российские ставки вывозных таможенных пошлин в случае экспорта с их территорий изготовленной из российских сырья и материалов продукции, страной происхождения которой в связи с достаточной степенью переработки является государство-экспортер такой продукции.

Единственным исключением является заключенное 12 января 2007 года Соглашение между Правительством Российской Федерации и Правительством Республики Беларусь о мерах по урегулированию торгово-экономического сотрудничества в области экспорта нефти и нефтепродуктов, согласно которому при экспорте с территории Республики Беларусь в третьи страны нефтепродуктов, включая сжиженный газ, вывозные таможенные пошлины взимаются по ставкам, установленным равными ставкам, применяемым в Российской Федерации, и в порядке, установленном аналогичным действующему в Российской Федерации.

Поэтому при разработке соответствующего белорусско-казахстанско-российского Соглашения о порядке зачисления и распределения между соответствующими бюджетами государств-членов таможенного союза Евр-АзЭС таможенных пошлин, иных пошлин, налогов и сборов, имеющих эквивалентное действие, необходимо учитывать следующие обстоятельства:

- во-первых, взяв за основу принцип долевого распределения сумм вывозных таможенных пошлин из вышеуказанного российско-белорусского Соглашения о распределении вывозных пошлин от 12.05.1995 г., необходимо подробно изучить номенклатуру продукции, которая в настоящее время изготавливается крупными и средними экспортноориентированными белорусскими и казахстанскими товаропроизводителями из российского сырья.

К примеру, по сравнению с 1995 годом белорусские Новополоцкий и Мозырский нефтеперерабатывающие заводы модернизировались и изготавливают из российской нефти более широкую номенклатуру продукции, включая сжиженные газы (товарная позиция ТН ВЭД 2711), битум нефтяной (товарная субпозиция 2713 20), которые не были включены в Приложение 1 к Соглашению о распределении вывозных пошлин от 12.05.1995 г.

Белорусский металлургический завод, потребляющий в качестве основного сырья российский металлолом, также существенно расширил перечень выпускаемой продукции: кроме прутков, проволоки и уголков, БМЗ в

белорусскими предприятиями из российского сырья.

настоящее время в значительных объемах производит металлопрокат, трубы большого диаметра, металлокорд и метизную продукцию.

Указанная работа позволит более полно сформировать перечень товаров, производимых на территориях Республики Беларусь и Республики Казахстан из российского сырья, при экспорте которых за пределы государств-членов ЕврАзЭС соответствующую долю вывозных таможенных пошлин целесообразно распределить в пользу федерального бюджета;

- во-вторых, в целях обеспечения полноты исчисления, взимания и распределения в интересах федерального бюджета сумм вывозных таможенных пошлин при экспорте с территорий Республики Беларусь и Республики Казахстан изготовленных из российского сырья товаров, в отношении которых может быть достигнуто соглашение о долевом распределении вывозных пошлин, следует обязать государства-члены таможенного союза ЕврАзЭС, с территории которых будут экспортироваться такие товары, в случае неприменения или применения меньших, чем в России, ставок вывозных таможенных пошлин обеспечивать их взыскание по российским ставкам.

Распределение ввозных таможенных пошлин в интересах федерального бюджета.

При импорте на территорию Российской Федерации с территорий Республики Беларусь и Республики Казахстан товаров происхождения третьих стран суммы ввозных таможенных и иных пошлин¹⁰ в полном объеме подлежат зачислению в доход федерального бюджета Российской Федерации.

Необходимо отметить, что Россия и Белоруссия не имеют практического опыта распределения между бюджетами двух стран сумм ввозных таможенных пошлин и налогов, взысканных национальными таможенными службами при выпуске в свободное обращение ввезенных из третьих стран товаров и транспортных средств, при последующем их перемещении на территорию другого государства-участника Союзного государства в рамках взаимной российско-белорусской торговли.

Основной причиной, воспрепятствовавшей созданию в ходе построения российско-белорусского таможенного союза¹¹ практического меха-

¹⁰ Федеральный закон от 08.12.2003 г. № 165-ФЗ «О специальных защитных, антидемпинговых и компенсационных мерах при импорте товаров» к таким пошлинам относит специальную, антидемпинговую и компенсационную пошлины, взимаемые таможенными органами независимо от взимания ввозной таможенной пошлины.

¹¹ Соглашение между Правительством Российской Федерации и Правительством Республики Беларусь о Таможенном союзе между Российской Федерацией и Республикой Беларусь от 6 января 1995 года.

низма распределения сумм ввозных пошлин и налогов в торговом обороте, послужило устойчивое мнение белорусской стороны в том, что:

- поскольку заявителями таможенного режима выпуска для свободного обращения на территории Республики Беларусь могут быть только белорусские субъекты хозяйствования, то, соответственно, страной назначения поставляемых в Белоруссию из третьих стран в адрес белорусских предприятий и организаций иностранных товаров всегда является Республика Беларусь (в том числе в случаях, когда платежи по сделке иностранному продавцу осуществляли российские компании с территории России и они же уплачивали в белорусский бюджет суммы ввозных таможенных пошлин и налогов, исчисленные белорусскими субъектами хозяйствования, чаще всего, по меньшим, чем в России, ставкам);

- в условиях отсутствия таможенного контроля и таможенного оформления на российско-белорусской границе¹² не представлялось возможным достоверно определить, вывезены ли фактически с территории Белоруссии в Россию ранее выпущенные в Белоруссии в свободное обращение товары происхождения третьих стран. Соответственно, отсутствовали документально подтвержденные основания для перечисления взысканных на территории Республики Беларусь ввозных таможенных пошлин и налогов из бюджета Республики Беларусь, являющейся первоначальной страной назначения товаров, в бюджет Российской Федерации, являющейся конечной страной назначения товаров.

Следует отметить, что именно нерешенность вопроса о распределении сумм ввозных таможенных пошлин и налогов между бюджетами двух стран при поставках выпущенных в Республике Беларусь в свободное обращение товаров и транспортных средств в Российскую Федерацию явилась одной из основных причин, побудивших российскую сторону весной 2000 года возобновить таможенный контроль и таможенное оформление товаров и транспортных средств происхождения третьих стран, выпущенных в свободное обращение в Республике Беларусь и ввозимых на территорию Российской Федерации с территории Республики Беларусь.¹³

¹² Таможенный контроль и таможенное оформление перемещаемых в рамках взаимной российско-белорусской торговли товаров, в том числе выпущенных в свободное обращение товаров происхождения третьих стран, были отменены с 15 июля 1995 года постановлением Правительства Российской Федерации от 23 июня 1995 года № 583 и восстановлены с 7 апреля 2000 года в отношении товаров происхождения третьих стран постановлением Правительства Российской Федерации от 24.03.2000 г. № 254.

¹³ Постановление Правительства Российской Федерации от 24.03.2000 г. № 254

Вступившее в силу с 1 января 2005 года российско-белорусское Соглашение о взимании косвенных налогов в рамках российско-белорусской торговли по принципу страны назначения товара¹⁴ несколько изменило ситуацию: в настоящее время при ввозе на территорию России с территории Республики Беларусь товаров третьих стран, выпущенных в Белоруссии в свободное обращение, ввозную таможенную пошлину взимают российские таможенные органы, а НДС и акцизы – налоговые органы (кроме акцизов при ввозе подлежащих маркировке акцизными марками подакцизных товаров, взимание которых также возложено на таможенные органы).

При этом за прошедшие три года российские и белорусские налоговики наработали значительную практику взаимодействия при осуществлении контроля за уплатой и возмещением косвенных налогов при перемещении товаров в рамках взаимной торговли; т. е. налоговый механизм, при котором взимание НДС при ввозе товаров на территорию одного государства-члена таможенного союза является основанием для возмещения сумм НДС предприятию-экспортеру налоговыми органами другого государства-члена таможенного союза, в Союзном государстве апробирована и устойчиво функционирует.

Соответственно, обозначается возможность распространить указанный налоговый механизм и на ввозную таможенную пошлину: в случае поставки с территории Белоруссии в Россию партий товаров третьих стран, выпущенных в Белоруссии в свободное обращение, ранее уплаченные белорусскими субъектами хозяйствования суммы ввозной таможенной пошлины возмещаются им из белорусского бюджета после подтверждения факта уплаты ввозной пошлины российскими получателями данных товаров в федеральный бюджет.

Такой подход позволит, во-первых, сохранить обязанность российских импортеров уплачивать ввозную таможенную пошлину при ввозе в Россию коммерческих партий товаров происхождения третьих стран с территории Республики Беларусь, и, во-вторых, обеспечить соблюдение такого принципа функционирования единой таможенной территории, как отмена таможенного контроля и таможенного оформления на внутренних границах государств-членов таможенного союза.

«О внесении изменения в постановление Правительства Российской Федерации от 23 июня 1995 г. № 583».

¹⁴ Соглашение между Правительством Российской Федерации и Правительством Республики Беларусь о принципах взимания косвенных налогов при экспорте и импорте товаров, выполнении работ, оказании услуг от 15.09.2004 г.

ПЕРСОНАЛИИ

ИВАНУ ФЕДОРОВИЧУ ПОКРОВСКОМУ – 85 ЛЕТ!

Редколлегия Ленинградского юридического журнала поздравляет Вас, Иван Федорович со славным юбилеем!

Ваш жизненный путь – путь ровесника XX века, совпавший с путем страны. Вы разделили со всем народом не только все тяготы, выпавшие на его долю, но и его победы в мирном вершении дел, оптимизм и те возможности личностного и профессионального роста, которые страна дала тем, кто был одержим своим делом, кто знал, для чего живет.

Ныне Вы – доктор юридических наук, профессор, действительный член (академик) Академии Акмеологических наук, Академии гуманитарных наук, Международной Славянской академии наук, образования, искусств и культуры; заслуженный деятель науки РФ, заслуженный юрист РФ, заслуженный работник культуры РСФСР, почетный работник морского флота, почетный работник транспорта России.

Свой путь по жизни Иван Федорович начал в 1925 г. (27 января) в Севастополе, в профессии – в 1946 г. в Ленинградском юридическом институте, который окончил в 1951 г.

Свой профессиональный путь И. Ф. Покровский начал в Государственной Публичной библиотеке имени М. Е. Салтыкова-Щедрина в должностях редактора-специалиста и заведующего научно-методическим отделом (1951–1964 гг.). В 1956 г. под руководством проф. Л. И. Дембо он защитил кандидатскую диссертацию, а в 1972 г. – докторскую диссертацию.

В 1964 – 1973 гг. руководит кафедрой Ленинградского механического института, а с 1973 г. и по настоящее время – кафедрой Государственной морской академии им. адмирала С. О. Макарова. Одновременно И. Ф. Покровский является вице-председателем координационного научного совета Международного междисциплинарного творческого коллектива при

Петровской академии наук и искусств, ректором Института морского права, профессором кафедры теории права и государства Санкт-Петербургского университета МВД России.

И. Ф. Покровский внес значительный вклад в теорию права, особенно в разработку проблем правосознания личности, профессионального сознания юристов. По достоинству в своей стране и за рубежом оценен вклад И. Ф. Покровского – ученого и практика в развитие морского права, в дело подготовки кадров профессионалов-моряков. Он – председатель комиссии по правам моряков Международного комитета по гуманитарному сотрудничеству, вице-президент общества «Гамбург», член Международного комитета по проблеме человеческого фактора на борту (г. Бремен).

Профессионализм И. Ф. Покровского определяет высокий качественный уровень научных разработок в отечественной литературе. Он является членом редакционной коллегии журналов «История государства и права», «Международное и частное право», членом редакционного совета научно-теоретического журнала «Вестник Санкт-Петербургского университета МВД России». Много сил Иван Федорович отдает журналу «Транспортное право», в котором является главным редактором. Под его руководством он стал одним из ведущих журналов отрасли.

И. Ф. Покровский активно занимается научным творчеством, является автором более 500 научных и научно-методических трудов, ряд из которых опубликован за рубежом. Только за последние годы ученый опубликовал такие важные для развития правовой науки и практики труды, как «Общественное и индивидуальное правосознание в правотворчестве», «Морское право: актуальные проблемы».

Иван Федорович создал свою научную школу. Его многочисленные ученики составляют цвет отечественной науки, они плодотворно трудятся не только в иных отраслях юридической науки и практики, но и являются специалистами морского дела. Навыки, привитые учителем, его ученики в прямом смысле несут по миру.

Сегодня не только они, но и вся научная общественность страны поздравляет юбиляра, желает ему долгих лет жизни, дальнейших творческих свершений.

*В. А. Сапун,
И. Ф. Ракитская*

Сведения об авторах

Байниязова Зульфия Сулеймановна – кандидат юридических наук, доцент кафедры теории государства и права Юридического Факультета Саратовского государственного университета имени Н. Г. Чернышевского. E-mail: zulfiyas@yandex.ru

Бухалов Антон Владимирович – аспирант Ленинградского государственного университета им. А. С. Пушкина. E-mail: stmchesh@ya.ru

Гараева Галина Фаизовна – доктор философских наук, профессор, зам. директора по научной работе Северо-Кавказского филиала Российской академии правосудия (г. Краснодар). E-mail: garaeva@mail.ru

Гармонников Сергей Николаевич – соискатель Российской таможенной академии. E-mail: garmonnikoff@yandex.ru

Колобов Александр Владимирович – аспирант юридического факультета Санкт-Петербургского гуманитарного университета профсоюзов. E-mail: alex_kolobov@mail.ru

Ларина Елена Александровна – аспирант Института права Тамбовского государственного университета им. Г. Р. Державина. E-mail: elena_larina_tmb@mail.ru

Макарова Ольга Александровна – кандидат юридических наук, доцент кафедры коммерческого права юридического факультета Санкт-Петербургского государственного университета. E-mail: moamoa@mail.ru

Малько Александр Васильевич – доктор юридических наук, профессор, директор филиала Института государства и права. E-mail: igp@sgap.ru

Милушева Татьяна Владимировна – кандидат юридических наук, доцент кафедры теории права Поволжской академии государственной службы им. П. А. Столыпина. E-mail: mtv62@mail.ru

Михеева Ирина Вячеславовна – кандидат юридических наук, доцент кафедры конституционного и административного права Нижегородского филиала Государственного университета – Высшей школы экономики. E-mail: irinarap@mail.ru

Попондопуло Владимир Федорович – доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой коммерческого права юридического факультета Санкт-Петербургского государственного университета. E-mail: commlaw@jurfak.spb.ru

Придворов Николай Антонович – доктор юридических наук, профессор

кафедры гражданского права и процесса Института права Тамбовского государственного университета им. Г. Р. Державина. Контактный адрес: 392008, г. Тамбов, ул. Советская, 181-б.

Ракитская Ирина Францевна – кандидат юридических наук, доцент кафедры теории и истории государства и права, старший научный сотрудник научно-исследовательской лаборатории юридического факультета Ленинградского государственного университета им. А. С. Пушкина. E-mail: len-jurmag@mail.ru

Роганова Татьяна Львовна – научный сотрудник центра организации научных исследований университета Государственной пожарной службы МЧС России. E-mail: roganovs@mail.ru

Сапун Валентин Андреевич – доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой теории и истории государства и права Ленинградского государственного университета имени А. С. Пушкина, главный редактор Ленинградского юридического журнала.

Сафронова Елена Викторовна – доктор юридических наук, профессор кафедры международного права и государственного управления Белгородского государственного университета. E-mail: Safronova@yelets.lipetsk.ru

Сергеев Сергей Львович – доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой теории и истории государства и права Северо-Западной академии государственной службы. E-mail: saleeva@inbox.ru

Скурко Елена Вячеславовна – кандидат юридических наук, старший научный сотрудник Института государства и права Российской академии наук (адрес: 119991 Москва, Знаменка, д.10). E-mail: e.skurko@mail.ru

Слепченко Елена Владимировна – кандидат юридических наук, доцент кафедры гражданского и международного частного права Ленинградского государственного университета имени А. С. Пушкина. E-mail: ppp@jurfak.spb.ru

Храмов Дмитрий Владимирович – аспирант кафедры теории государства и права Саратовской государственной академии права. E-mail: igp@sgar.ru

Шапиро Ирина Михайловна – соискатель юридического факультета Ленинградского государственного университета им. А. С. Пушкина. E-mail: shapiro.law@mail.ru

Шишкин Сергей Сергеевич – соискатель кафедры уголовного процесса и правоохранительной деятельности Удмуртского государственного университета. E-mail: ShishkinSergey@mail.ru

АВТОРАМ СТАТЕЙ, ПРИСЫЛАЕМЫХ В ЖУРНАЛ

Материалы для издания представляются:

I. На адрес электронной почты редколлегии – lenjurmag@mail.ru

1. Текст статьи, набранный в программе Word в формате файла с расширением doc. При наборе необходимо соблюдать следующие требования:
 - 1) сквозная нумерация сносок; 2) оформление сносок, принятое в журнале.
2. Справка об авторе (соавторах) с указанием фамилии, имени, отчества – полностью, ученой степени, ученого звания, основного места работы, должности, домашнего и/или служебного адресов и телефонов, адреса электронной почты. В справке обязательно указать контактную информацию для публикации в журнале.
3. Аннотация к статье на русском и английском языках.
4. Ключевые слова к статье на русском и английском языках.

II. На почтовый адрес редколлегии – 196605, Санкт–Петербург, Пушкин, Петербургское шоссе, 10, Сапуну В. А.

1. Текст статьи на бумажном носителе, подписанный автором (соавторами).
2. Рецензию специалиста по профилю предлагаемой статьи, заверенную по месту работы.

Для соискателей и аспирантов – рецензия научного руководителя.

Плата с аспирантов за публикацию рукописей не взимается.

3. Лицензионный договор (форма высылается автору после получения материалов на адрес электронной почты редколлегии – lenjurmag@mail.ru)

Если статья одновременно направляется или была направлена в другое издание, либо была уже опубликована ранее, автор обязан сообщить об этом в редакционную коллегию.

В случае несоблюдения настоящих требований редакционная коллегия вправе не рассматривать рукопись.

Редакция оставляет за собой право вносить редакционные (не меняющие смысла) изменения в авторский оригинал.

Гонорар за публикации не выплачивается.

Редакционная коллегия:

196605, Санкт–Петербург, Пушкин, Петербургское шоссе, 10

E-mail: lenjurmag@mail.ru

ЛЕНИНГРАДСКИЙ ЮРИДИЧЕСКИЙ ЖУРНАЛ

2010

№ 1 (19)

Редактор С. Ю. Крицкая
Технический редактор А. А. Романова
Корректор А. А. Романова
Компьютерная верстка Ю. Н. Борисова

Подписано в печать 23.03.2010. Формат 70x100 1/16.
Печать офсетная. Гарнитура Таймс. Уч.–изд. л. 15.
Тираж 1000 экз.

Отпечатано с готовых диапозитивов в
типографии Ленинградского государственного
университета имени А. С. Пушкина.
Санкт–Петербург, Чкаловский пр., д. 25/А
Заказ № 165