

Salus populi suprema lex
Благо народа – высший закон

**VOLZHSKY INSTITUTE OF HUMANITIES
(subunit) VOLGOGRAD STATE UNIVERSITY
SARATOV STATE ACADEMY OF LAW
ASSOCIATION OF RUSSIAN LAWYERS**

Essays of theory of the russian legislation

Monograph Part III

VOLGOGRAD SCIENTIFIC PUBLISHING HOUSE

2011

**Волжский гуманитарный институт (филиал)
Государственного образовательного учреждения
высшего профессионального образования
«Волгоградский государственный университет»
Саратовская государственная академия права
Ассоциация юристов России
(Волгоградское региональное отделение)**



Очерки теории Российского законодательства

Монография

Часть III

Волгоград – 2011

Р е ц е н з е н т ы:

1. Филиппов П.М. доктор юридических наук профессор
2. Рыженков А.Я. доктор юридических наук профессор

Под редакцией Почётного работника высшего профессионального образования, доктора юридических наук профессора В.А. Летяева и Заслуженного юриста Российской Федерации, академика РАЕН, доктора юридических наук профессора И.Н. Сенякина

Очерки теории Российского законодательства: Монография / Под ред. В.А. Летяева, И.Н. Сенякина. – Ч. 3. – Волгоград: Волгоградское научное издательство, 2011.

Монография подготовлена по результатам проведения III международной научно-практической конференции «Волжские юридические чтения – 2010». Учредители конференции: Волжский гуманитарный институт (филиал) Волгоградского государственного университета, Саратовская государственная академия права, Волгоградское региональное отделение общероссийской общественной организации «Ассоциация юристов России».

Коллективная монография посвящена исследованию актуальных теоретических проблем и перспектив развития законодательства Российской Федерации, рассмотрению соотношения законотворчества, правореализации и систематизации законодательства, антикоррупционной экспертизы нормативно-правовых актов, историко-теоретическим проблемам Российского законодательства и историографии отечественной юриспруденции.

Для научных и практических работников-юристов, а также студентов вузов, обучающихся по направлению «юриспруденция», всех интересующихся проблемами Российского законодательства и сравнительного правоведения.

Оглавление.

ОГЛАВЛЕНИЕ	5
РАЗДЕЛ I. ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВО РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ: ТЕОРЕТИЧЕСКИЕ ПРОБЛЕМЫ И ПЕРСПЕКТИВЫ РАЗВИТИЯ	8
Глава 1. Институт принятия судом решений о производстве следственных и иных процессуальных решений в теории, практике и законодательстве. (Арзамасцева К.А.)	8
Глава 2. О преимущественном правовом положении добросовестного приобретателя имущества (Белоножкин А.Ю.)	17
Глава 3. Содержание демографической функции права и ее реализация в РФ (Бугрова Т.М.).....	32
Глава 4. Значение принципов и норм международного права для совершенствования российской правозащитной системы. (Варданян Д.С.).....	38
Глава 5. Единство судебной практики как принцип российского законодательства (Кожокаръ И.П.).....	50
Глава 6. Ограничение прав и свобод человека: вопросы правотворческой и правоприменительной техники. (Давыдова М.Л., Ростовщиков И.В.).....	54
Глава 7. О новом определении субъективного гражданского права, предложенного П.М. Филипповым и А.Ю. Белоножкиным (Коробов О.А.)	66
Глава 8. Формы вовлечения корпоративных норм в систему российского права (российскую правовую систему) (Красильникова Т.К.)	69
Глава 9. Право и свобода в понятийном аппарате юридической науки (Краснослободцева Н.К.) .	74
Глава 10. Функции правовой доктрины Конституционного Суда Российской Федерации (Любитенко Д.Ю.).....	79
Глава 11. Теории интеграции в международном праве и их влияние на правовое регулирование общественной жизни. (Орешкина И.Б.)	90
Глава 12. Влияние глобализации на унификацию законодательства России (Осьмаков В.Н.).....	97
Глава 13. К вопросу о соотношении категорий «работы» и «услуги» (Севостьянов М.В.).....	112
Глава 14. К вопросу о содержании презумпции невиновности в российском законодательстве (Сенякин И.Н.).....	123
Глава 15. О некоторых проблемах дефиниции и классификации объектов культурного наследия (Спицын А.В.)	141
Глава 16. Роль правозащитной деятельности судебной власти в укреплении законности и правопорядка (Фомин А.А.).....	147
Глава 17. Эмпирические и теоретические методы исследования административного права. (Юсупов В.А.)	156
РАЗДЕЛ II. СРАВНИТЕЛЬНОЕ ПРАВОВЕДЕНИЕ	166
Глава 1. Права человека и империализм (Барри Коллинз).....	166
Глава 2. Миф о парламентском суверенитете (Джастин Пирс).....	175
Глава 3. Имеют ли дети право общаться с обоими родителями? (Соня Ритч Крафорд).....	180
Глава 4. Принцип развития, ориентированного на права (Тизиана Кьюзи)	188
Глава 5. Ритмическая функция закона (Ветютнев Ю.Ю.)	198
Глава 6. Сравнительный анализ подходов к правовой медиации в США (Ломакина О.Е.).....	206
Глава 7. Злоупотребления в гражданском и иных отраслях права: сравнительный анализ правового явления (Маликов Е.Ю.).....	214
РАЗДЕЛ III. АНТИКОРРУПЦИОННАЯ ЭКСПЕРТИЗА НОРМАТИВНЫХ ПРАВОВЫХ АКТОВ (ЛЕТЯЕВ В.А., ЕГОРОВ Г.Г.)	231
РАЗДЕЛ IV. ПРОБЛЕМЫ ПРАВореализации	264
Глава 1. Понятие и особенности механизма возмещения вреда, причиненного жизни и здоровью гражданина предпринимательской деятельностью, создающей повышенную опасность для окружающих (Гайдым И.В., Давтян Д.Н.).....	264
Глава 2. Проблема определения коррупции (Козюк М.Н.)	274
Глава 3. Усмотрение прокурора при выборе правовых средств реагирования в общем надзоре (Никитин А. А.)	282
Глава 4. Особенности процесса доказывания в стадии подготовки и назначения судебного заседания (Никитина Л. В.).....	291
Глава 5. Проблемы охраны семьи, материнства отцовства и детства России (Рябова Е.В.).....	300
Глава 6. Средства прокурорского реагирования в досудебном уголовном процессе (Соколов А.Ф.)	314

ГЛАВА 7. КОНСТИТУЦИОННАЯ ГАРАНТИЯ НА ПОЛУЧЕНИЕ КВАЛИФИЦИРОВАННОЙ ЮРИДИЧЕСКОЙ ПОМОЩИ И ПРОБЛЕМЫ ЕЕ РЕАЛИЗАЦИИ (ТЕЛЕГИНА В.А.).....	325
ГЛАВА 8. СОВРЕМЕННЫЕ ПРОБЛЕМЫ ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ ОХРАНЫ ИМУЩЕСТВА (ШАРОНОВ С. А.)	332
ГЛАВА 9. АКТУАЛЬНЫЕ ПРОБЛЕМЫ ИНСТИТУТА ВЫДАЧИ (ЭКСТРАДИЦИИ) (ШМЕЛЕВ А.В.)	343
РАЗДЕЛ V. ИСТОРИКО-ТЕОРЕТИЧЕСКИЕ ПРОБЛЕМЫ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА, ИСТОРИЯ УЧЕНИЙ О ПРАВЕ И ГОСУДАРСТВЕ	350
ГЛАВА 1. ОСНОВНЫЕ АСПЕКТЫ ТЕОРИИ СПРАВЕДЛИВОСТИ (ВОПЛЕНКО Н.Н.)	350
ГЛАВА 2. ОСОБЕННОСТИ КОНЦЕПЦИИ Н.Г. АЛЕКСАНДРОВА О ПРАВОВОМ ОТНОШЕНИИ В МЕХАНИЗМЕ ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ (СОРОКИН Б.В.).....	364
ГЛАВА 3. РУССКИЕ МОНАРХИСТЫ ВТОРОЙ ПОЛОВИНЫ XIX ВЕКА О ВЫБОРАХ, КАК СПОСОБЕ ФОРМИРОВАНИЯ ОРГАНОВ ВЛАСТИ (ТУШКАНОВ И.В.).....	380
ГЛАВА 4. ВОПРОСЫ СОЗДАНИЯ СВОДА ЗАКОНОВ, КОДИФИКАЦИЯ И СИСТЕМАТИЗАЦИЯ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА В РАБОТАХ А.С. ПИГОЛКИНА. (ШУБЕНКОВА К. В.)	387
СВЕДЕНИЯ ОБ АВТОРАХ	395
ABOUT THE AUTHORS	397
ФОТОРЕПОРТАЖ С КОНФЕРЕНЦИИ	399

Уважаемые читатели!

Вашему вниманию предлагается монография, созданная при поддержке Волгоградского регионального отделения общероссийской общественной организации «Ассоциация юристов России», призванной содействовать процессу формирования правового государства в Российской Федерации, обеспечению соблюдения законов и улучшению правового воспитания граждан.

Основой для создания представленного коллективного труда стала III Международная научно-практическая конференция «Волжские юридические чтения – 2010», прошедшая на юридическом факультете Волжского гуманитарного института (филиала) ГОУ ВПО «Волгоградский государственный университет». Ее участниками, кроме хозяев конференции, преподавателей Волгоградского государственного университета, стали ученые Саратовской государственной академии права, Волгоградской академии МВД России, Волгоградской академии государственной службы, практические работники, представляющие различные виды власти в нашем регионе, а также ученые из Германии, Великобритании и США.

Обращаю внимание читателей на то обстоятельство, что в разделах третьей части монографии «Очерки теории Российского законодательства» опубликованы результаты исследования актуальных научно-практических проблем законодательства и правореализации, теории и историографии юридических научных исследований. Тематика глав монографии была сформирована на основе результатов многолетних исследований их авторов и посвящена рассмотрению соотношения законодательства, правореализации и систематизации законодательства, антикоррупционной экспертизе нормативно-правовых актов, историко-теоретическим проблемам российского законодательства и историографии отечественной юриспруденции.

В процессе научной дискуссии на конференции по этим проблемам, в формате «мозгового штурма», авторы актуализировали свои выводы с учетом предложений и рекомендаций участников конференции. Полагаю, что книга вызовет несомненный интерес у специалистов, молодых ученых и студентов вузов. Дискуссия и фоторепортаж с конференции опубликованы.

«Волжские юридические чтения» стали традиционными. Они и в дальнейшем получат поддержку Ассоциации. Мы приветствуем стремление участников этого научного форума сделать его международным и продолжить публикацию результатов своих исследований в области теоретических проблем развития Российского законодательства в последующих частях предлагаемой вашему вниманию монографии.

*председатель Волгоградского регионального отделения
общероссийской общественной организации
«Ассоциация юристов России»
Е.Ю. Маликов*

Раздел I. Законодательство Российской Федерации: теоретические проблемы и перспективы развития

Глава 1. Институт принятия судом решений о производстве следственных и иных процессуальных решений в теории, практике и законодательстве. (Арзамасцева К.А.)

Аннотация

На основе анализа положений ст. 165 УПК РФ, практики их реализации судом автором делается вывод, что сущность его деятельности в рамках этой статьи противоречит месту суда в уголовном процессе и понятию правосудие, а потому предлагается исключить суд из процесса принятия следственных и иных процессуальных решений. Проверку законности производства этих действий осуществлять в порядке ст. 125 УПК РФ.

Ключевые слова: исполнители решений суда, законодатель, санкционирования прокурором, судебная процедура.

Annotation

Having analysed regulations of article 165 of C.Cr.P. of RF. and practices of their implementation by court, the authors have come to the conclusion that the essence of the court activity according to the above mentioned article contradicts the court's role in the criminal procedure and also contradicts justice itself. It is suggested that court should be excluded from making investigatory and other procedural decisions. Article 125 of C.Cr.P. of RF could be used to control the legality of investigative actions.

Keywords: artists of court decisions, legislation, authorizing the prosecutor, the judicial procedure.

Судебный порядок принятия решений о производстве следственных действий в науке уголовного процесса оценивается неоднозначно. Помимо позитивных оценок¹, высказаны в его отношении и негативные оценки. Первым, кто поставил под сомнение необходимость участия суда в принятии решений о производстве следственных действий, был В.Кальницкий², и ока-

¹См., например: См., например: Чеждемов З.Т. Роль суда в обеспечении прав и свобод граждан на досудебном производстве по УПК РФ: Автореф. дис. ...канд. юрид. наук. М., 2003. С. 11-12; Подольский М.А. Судебные решения в досудебном производстве по уголовному делу (вопросы теории и практики): Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Екатеринбург, 2007. С10-11; Махоркин И.Л. Полномочия суда и их реализация на стадии предварительного расследования в уголовном процессе России: Дис... канд. юрид. наук. М. 2009. С. 142 – 146 и др.

² См.: Кальницкий В. "Санкционирование" и проверка судом законности следственных действий в ходе досудебного производства не эффективны // Уголовное право. 2004. № 1. С. 73-75

зался не одинок в этой оценке. Схожее мнение об этом порядке высказано В.М.Быковым³. Обстоятельный анализ судебного порядка принятия решений о производстве следственных действий в жилище, в результате которого была доказана его неэффективность, сделал С.Б.Россинский⁴.

Мы разделяем мнение тех, кто отрицательно оценивает этот институт, так как считаем, что деятельность, осуществляемая судом в порядке ст. 165 УПК РФ, для него инородна. Обоснуем этот вывод.

Начнем с того, что деятельность, которой занимается судья в рамках ст. 165 УПК РФ, противоречит тому положению, которое отведено ему в уголовном процессе. Если И.Л.Петрухин усматривает выполнение судом функции уголовного преследования только в случае дачи согласия судебной коллегией на возбуждение уголовного дела в отношении отдельной категории лиц⁵, то нам представляется, что функцию эту он выполняет и при реализации полномочий, предусмотренных ст. 165 УПК РФ. Ведь положительно разрешая ходатайства следователя, дознавателя, он принимает решения, которые принято относить к группе решений, направленных на реализацию функции уголовного преследования⁶. Следовательно, суд в этих случаях соучастник этой деятельности⁷. Если даже согласиться с авторами, считающими это участие косвенным⁸, то и в этом случае оно не допустимо. Но оно скорее – непосредственно, ибо на основе решений суда осуществляются следственные действия, в процессе которых собирается значительная часть доказательств, изобличающих лицо в совершении преступления. Поэтому нельзя согласиться с мнением, что суд ни фактически, ни юридически не имеет отношения к процессу доказывания в досудебном производстве⁹. Своими решениями суд движет процесс расследования по уголовному делу, выступая непосредственным участником стадии предварительного расследова-

³ См.: Быков В.М. Судебный контроль за предварительным следствием//Уголовный процесс. 2007. № 1. С. 84; его же: Актуальные проблемы уголовного судопроизводства. Казань, Познание, 2008. С. 208-209.

⁴ См.: Россинский С.Б. Нужен ли предварительный судебный контроль за производством следственных действий в жилище? (ч. 1)//Российский судья. 2009, № 8. С. 17 – 21; ч. 2//Российский судья. 2009, № 9. С. 19 – 22.

⁵ См.: Петрухин И.Л. Концептуальные основы реформы уголовного судопроизводства в России//Государство и право. 2002. № 5. С. 27.

⁶ См.: Кузьмин Г.А. Правовые и организационные основы принятия решений в уголовном процессе (досудебные стадии): Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2002. С. 15-16.

⁷ Факт участия суда в уголовном преследовании признают и другие авторы. См., например: Антонова Е.Е. Функциональная характеристика досудебного производства в российском уголовном процессе: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Омск, 2006. С. 8; Рыжих А.Н. Осуществление судом полномочий по уголовному преследованию на досудебных стадиях уголовного процесса//Российский юридический журнал. 2007. № 3. С. 154 – 156.

⁸ См.: Халиулин А., Назаренко В. От прокурорского надзора к судебному контролю//Законность. 2004. №1. С. 28; Кальницкий В. Указ. соч. С.74-75.

⁹ См.: Васин В.В. К вопросу о судебном уголовно-процессуальном познании//Вестник ТГПУ. Выпуск 11 (62). Серия: гуманитарные науки (юриспруденция). 2006. С. 82.

ния¹⁰, действующим в интересах стороны обвинения. И все это происходит в ситуации, когда уголовное дело находится не в его производстве, а следователя, дознавателя. Последние выступают исполнителями решений суда. Причем с момента принятия УПК РФ тенденция одна – расширение круга процессуальных действий, производимых по судебному решению. И есть опасения ее продолжения, ибо в научных исследованиях законодателю рекомендуется распространить этот порядок на другие следственные действия. Если все их принять, то у следователя практически останется лишь право на самостоятельное принятие решений о допросе, очной ставке и опознании, да и то, если они осуществляются в его кабинете.

Сложилась парадоксальная ситуация: законодатель, лишив суд права возбуждать уголовные дела и возвращать их на дополнительное расследование с целью ухудшения положения обвиняемого, тем самым, с одной стороны, оградил его от участия в уголовном преследовании. С другой стороны, обязал его участвовать в этой деятельности в форме принятия решений в порядке, предусмотренном ст. 165 УПК РФ. Совершенно очевидно, что суд, реализуя эти полномочия, намного глубже «увяз» в деятельность по уголовному преследованию, нежели при действии УПК РСФСР, хотя цель Концепции судебной реформы в РФ заключается не только в усилении роли суда в защите личности, но и освобождении его от участия в уголовном преследовании. Да и усилия Конституционного Суда РФ во времена действия УПК РСФСР были направлены на то, чтобы деятельность суда освободить от обвинительного уклона¹¹. Однако в деятельности, осуществляемой судом в порядке ст. 165 УПК РФ не просматривается достижение хотя бы одной из этих целей. О какой эффективной защите личности можно вести речь, когда судами удовлетворяется подавляющее количество ходатайств о производстве следственных действий, и признаются законными следственные действия, произведенные в условиях, не терпящих отлагательства? Например, Волжским городским судом Волгоградской области в 2008 году удовлетворено: ходатайств о производстве осмотра, обыска и выемки в жилище – 305 из 307; ходатайств о контроле и записи телефонных и иных переговоров – 226 из 229; ходатайств о производстве выемки предметов и документов, содержащих информацию о вкладах и счетах – 46 из 47¹². И такое положение характерно не только для данного суда, а всей судебной системы РФ, о чем свидетель-

¹⁰ Факт непосредственного участия суда в стадии предварительного расследования можно считать общепризнанным. См.: Лазарева В.А. Особенности и формы реализации судебной власти в уголовном процессе//Вестник нижегородского государственного университета им. Н.И.Лобачевского. Серия : право. 2001, № 2. С. 152; Чеждемов З.Т. Ука. соч. С. 22 – 23; Азаров В.А., Таричко И.Ю. Функция судебного контроля в истории, теории и практике уголовного процесса России. Омск, 2004. С.137.

¹¹ Анализ постановлений Конституционного Суда РФ по этому вопросу см.: Михайловская И. Судебная политика: роль решений Конституционного Суда в реформировании уголовного судопроизводства Российской Федерации//Конституционное право: Восточно-европейское обозрение. 2001. № 3 (36). С. 167 – 172.

¹² Оперативная отчетность о работе Волжского городского суда за 12 месяцев 2008 г.

ствуют данные, содержащиеся в обзорах работы судов¹³, в журнальных публикациях¹⁴.

Сравнение этих сведений с данными о санкционировании прокурором следственных действий, когда эти права ему принадлежали, приводит к выводу, что ничего существенного в этом вопросе не произошло. Это же признают и другие авторы. Например, В.А.Лазарева считает, что «судебный контроль законности предварительного расследования, вводимый как дополнительная гарантия конституционных прав граждан, во многих случаях своего назначения не оправдывает, превратившись в очередную обременительную формальность»¹⁵. Но только ли в формализме судей здесь все дело? Считаем, что основная причина не в нем. Просто связанные с введением этого института ожидания о значительном сокращении следственных действий, ограничивающих права участников процесса, изначально были утопичны. Ведь без производства такого рода действий органы дознания и предварительного следствия не способны выполнить задачи, возлагаемые на них уголовно-процессуальным законом, а потому их производство – не прихоть следователя, дознавателя, а насущная необходимость, диктуемая уголовно-процессуальным законом. Сократить – значит поставить под вопрос достижение основной цели уголовного процесса – защитить права и законные интересы лиц и организаций, потерпевших от преступлений. На наш взгляд, понимание этого обстоятельства судьями во многом объясняет столь высокий процент удовлетворения ходатайств о производстве следственных и иных процессуальных действий. Не малая в этом заслуга и следователей, не снизивших планку законности и обоснованности ходатайств, по сравнению с периодом, когда их решения требовали санкции прокурора.

Изложенное позволяет сделать вывод, что уровень защиты прав личности в связи с передачей суду полномочий, ранее принадлежавших прокурору, не повысился. А вот имидж суда как беспристрастного арбитра, осуществляющего только правосудие, статьей 165 УПК РФ поставлен под сомнение. А.И.Бойко верно заметил, что наделив суд полномочиями, ранее принадлежавшими прокурору, суду оказали «... медвежью услугу...»¹⁶. Да и процесс рассмотрения ходатайств о производстве следственных действий и проверки их законности даже с большой силой условности вряд ли можно считать соответствующим правосудию, ибо в нем больше черт административной деятельности, нежели судебной. Во-первых, судебная власть используется в отсутствие правового спора. Утверждение, что в этих случаях потенциально

¹³ См., например: Обзор деятельности федеральных судов общей юрисдикции и мировых судей в 2008 г.(уголовные дела)// Российская юстиция. 2009. № 7. С. 54-64.

¹⁴ См., например: Курченко В.Н. Судебный контроль за производством отдельных следственных действий //Уголовный процесс. 2007. № 3. С. 43-49.

¹⁵ Лазарева В.А. Доказывание в уголовном процессе. Учебно-практическое пособие. М., Высшее образование. 2009. С. 60.

¹⁶ Бойко А. И. Судебный контроль по уголовным делам в системе государственного управления //Юристъ-Правоведъ. 2003. № 1 (6). С. 47.

присутствует правовой спор¹⁷, довольно слабое оправдание цели использования в таких ситуациях силы судебной власти. Власть эта должна включаться только при наличии явного правового спора. А потенциально правовой спор всегда существуют в уголовном процессе из-за наличия противоречий между публичными и личными интересами. Но практика показывает, что противоречия могут существовать сколь угодно долго, не перерастая в конфликт, даже и в случаях принятия решений существенно ограничивающих права участников процесса. Противоречия выливаются в конфликт только тогда, когда начинают взаимодействовать (противоборствовать) силы, являющиеся их носителями¹⁸. Правда, есть мнение, что суд в этих случаях разрешает явный спор, в котором одной из сторон являются органы уголовного преследования, другой – права и законные интересы подозреваемого, обвиняемого¹⁹. Но с таким определением правового спора нельзя согласиться. Права и законные интересы в конфликте выступают в качестве его предмета²⁰, а не стороны.

Во-вторых, процедура рассмотрения ходатайств не соответствует процессу отправления правосудия, ибо в ней принимает участие, да и то по своему усмотрению, только сторона обвинения. Здесь уместно привести одно из важных положений, содержащееся в постановлении Конституционного Суда РФ № 4-П от 22 марта 2005 года. Суть его состоит в том, что **«судебная процедура признается эффективным механизмом защиты прав и свобод, если она отвечает требованиям справедливости и основывается на конституционных принципах состязательности и равноправия сторон»**²¹ О какой справедливости, состязательности и равноправии можно вести речь применительно к процедуре, предусмотренной статьей 165 УПК РФ? Все эти условия в этой процедуре отсутствуют, поскольку она носит тайный характер для стороны, чьи права тем или иным образом могут быть затронуты судебным решением. И изменить это положение не возможно, ибо следственные

¹⁷ См., например: Ковтун Н.Н. Судебный контроль в уголовном процессе: понятие, виды, сущность и содержание//Вестник Нижегородского государственного университета им. Н.И.Лобачевского. Серия: право. 2001, № 2. С.122; его же: Судебный контроль в уголовном судопроизводстве России: Монография. Н.Новгород, 2002. С. 38 – 40.

¹⁸ О возникновении, развитии и разрешении правовых конфликтов см.: Кудрявцев В.Н., Казимирчук В.П. Современная социология права. Юристъ. М., 1995. С. 212-223; Касьянов В.В., Нечипуренко В.Н. Социология права. Издание 2-е. Ростов-на-Дону. Феникс. 2002. С. 425-434; Шапиев А.С. Конфликты в сфере действия права: структура, содержание и динамика развития//Представительная власть: законодательство, комментарии, проблемы. 2006., № 1 (67). С. 33 – 37; Арабаджиева О.В., Гомонов Н.Д. Юридический конфликт: природа и особенности//Вестник МГТУ, том 9, № 1, 2006, С. 142 – 147.

¹⁹ См.: Махоркин И.Л. Цит. соч. С. 146.

²⁰ См.: Кудрявцев В.Н., Казимирчук В.П. Цит. соч. С.216.

²¹ Постановление от 22 марта 2005 г. № 4-П «По делу о проверке конституционности ряда положений уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации, регламентирующих порядок и сроки применения в качестве меры пресечения заключения под стражу на стадиях уголовного судопроизводства, следующих за окончанием предварительного расследования и направлением уголовного дела в суд, в связи с жалобами ряда граждан» //Российская газета от 1 апреля 2005 г., № 66.

действия проводятся в условиях внезапности и конфиденциальности. В таких условиях не только участие в суде, но и уведомление о процессе лиц, права которых могут быть затронуты при положительном разрешении ходатайства, исключаются. Следовательно, нынешняя процедура рассмотрения судьей ходатайств о производстве следственных и иных процессуальных действий фактически ничем не отличается от существовавшей ранее процедуры санкционирования прокурором решений следователя, дознавателя. В ней поменялось лишь одно должностное лицо. И только поэтому считать ее более эффективным средством защиты прав и свобод человека и гражданина, по сравнению с прокурорским контролем, нет никаких оснований. Наоборот, решения прокурора о даче или отказе в даче санкций были более обоснованными, ибо это должностное лицо, в силу своих служебных обязанностей, находилось в курсе обстоятельств расследуемых уголовных дел. К тому же тайность – условие вовсе не судебной, а следственной деятельности. Поэтому процедура санкционирования прокурором решений следователя, дознавателя органически вписывалась в это условие. Условием же судебной деятельности, наоборот, является гласность (ст. 241 УПК РФ). И только в определенных случаях судебный процесс происходит в закрытом режиме (ч. 2 ст. 241 УПК РФ). Но закрытый процесс – это не тайный, ибо не лишает лиц, имеющих свой, или представляемый интерес в деле, прав на участие в судебном заседании и отстаивание в нем своих интересов. Так что и с этой позиции порядок рассмотрения ходатайств, установленный ст. 165 УПК РФ, противоречит сущности судебной деятельности, является для нее инородным, так как не соответствует основным условиям судебного разбирательства. Не исправит это положение и институт следственного судьи, о введении которого настаивают некоторые авторы²². Ведь введение в уголовный процесс такого должностного лица само по себе не меняет сущности деятельности, предусмотренной ст. 165 УПК РФ, а, следовательно, не освободит суд от осуществления функции уголовного преследования.

Далее, судебный порядок принятия решений о производстве следственных и иных процессуальных действий ущербен еще и тем, что лишает лицо права на выбор пути обжалования решения. Когда решение о производстве следственного действия принимается стороной, осуществляющей уголовное преследование, у лица, считающего, что его права этим решением нарушены, есть выбор, в какой орган направить жалобу: прокурору, руководителю следственного органа, в суд. При судебном порядке принятия таких решений у такого лица есть лишь один путь – жаловаться в вышестоящий суд. Кроме

²² См., например: Деришев Ю. Следственный судья в досудебном производстве//Уголовное право. 2004, № 3. С. 79-80; его же: Уголовное досудебное производство: проблемы и пути реформирования//Уголовное право, 2005. № 1. С. 31 – 33; Муратова Н.Г. Система судебного контроля в уголовном судопроизводстве: вопросы теории, законодательного регулирования и практики: Автореф. дис. ...доктора юрид. наук. Екатеринбург, 2004. С.6; Сбоев А.С. Механизм судебного контроля в досудебном производстве России: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Челябинск, 2004. С. 18; Мельников В.Ю. Судебная реформа – некоторые вопросы судебного контроля//Российский судья. 2008, № 1. С. 9 и др.

того, судебный порядок принятия решений о производстве следственных действий, препятствует добиться заявителям восстановления нарушенных прав в сжатые сроки. Прокурор и руководитель следственного органа обязаны рассматривать жалобы в течение 3 суток, а в исключительных случаях – 10 суток. Суд – в течение 5 суток. И хотя не всегда эти сроки на практике выдерживаются, но даже и при этом условии права и интересы заявителей при положительном разрешении жалоб восстанавливаются довольно в сжатые сроки. Например, из 202 изученных нами производств по жалобам, поданным в порядке ст. 125 УПК РФ, были рассмотрены в 2009 -2010 г. Волжским городским судом Волгоградской области в сроки от 1 до 10 суток 143 материала, что составляет 70,7%. Разрешение же жалоб вышестоящим судом занимает более длительные сроки. Так, кассационной и надзорной инстанцией жалоба должна быть рассмотрена не позднее одного месяца со дня ее поступления в суд кассационной или надзорной инстанции (ст.374, 406 УПК РФ). В результате восстановление нарушенного права затягивается на длительные сроки. Например, жалоба обвиняемого К. на решение Волжского городского суда Волгоградской области о наложении ареста на его автомобиль была удовлетворена только спустя два месяца с момента подачи им жалобы в суд²³.

К тому же, вышестоящий суд не вправе рассматривать жалобу, если уголовное дело, по которому она подана, направлено в суд первой инстанции²⁴. В этом случае вышестоящий суд направляет ее в суд первой инстанции, в котором она будет рассмотрена только в судебном заседании при разрешении уголовного дела по существу. В результате лицо лишается одного из важных условий эффективности защиты его прав – быстроты устранения допущенного нарушения. Поэтому и с этой позиции предпочтительнее выглядит порядок принятия решений о производстве следственных действий стороной обвинения, а не судом.

Что же касается деятельности суда в порядке ч. 5 ст. 165 УПК РФ, то она не только не соответствует признакам деятельности, именуемой правосудием, а по сути, является административной, а не судебной. Да и само рассмотрение судьей уведомлений следователя о произведенных им в условиях, не терпящих отлагательства, следственных действий, выпадает из рамок реальной действительности, складывающейся по уголовным делам. Ведь при совершении преступлений процесс их раскрытия развивается динамично путем производства неотложных следственных действий, испрашивать решений на их производство у суда следователь не имеет возможности. Поэтому сведения, получаемые в производстве, например, обыска, дают следователю основания для производства обыска у другого лица, а полученные в результате этих действий сведения, служат основаниями для задержания лиц по подо-

²³ См.: Архив Волжского городского суда Волгоградской области//Дело № 3/8-9/09

²⁴ См. п. 4 постановления Пленума Верховного Суда РФ № 1 от 11 января 2007 г. «О применении судами норм главы 48 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации, регламентирующих производство в надзорной инстанции»//Бюллетень Верховного Суда РФ. 2007, № 4. С. 3.

зрению в совершении преступления. Если же следовать логике закона, то на полученные сведения при первом обыске, как на основания принятия решения о производстве второго обыска, следователь не мог опираться, ибо они получены в процессе действия, еще не признанного судом законным. И по этой же причине сведениями, полученными в результате обоих обысков, нельзя обосновывать задержание лиц по подозрению в совершении преступления. Если следовать этой логике закона, то многие преступления останутся не раскрытыми. А чтобы этого не случилось, следователь, принимая новые решения, обосновывает их теми сведениями, которые получены в результате обысков, еще не признанных судьей законными. Особенно это характерно в случаях производства следственных действий в местности, находящейся на большом удалении от местонахождения суда. И в суд следователь представляет уведомления практически уже по расследованному уголовному делу. Может ли судья в такой ситуации признать производство всех его действий незаконными? Вопрос риторический. Поэтому судьи практически все следственные действия, произведенные в условиях, не терпящих отлагательства, признают законными, о чем свидетельствует статистика²⁵. В этой связи последующее одобрение судьей решений и действий следователя становится формальным актом. Поэтому, каких либо дивидендов в части поддержания законности этот порядок не приносит, отнимает лишь время у следователя и судьи.

Все изложенное дает основание поддержать авторов, считающих необходимым изменить существующий порядок принятия решений о производстве следственных и иных процессуальных действий. Однако предложение освободить суд от принятия решений только о производстве осмотра, обыска и выемки в жилище²⁶ представляется полумерой. Если существующий порядок принятия судом решений о производстве следственных действий «...представляет собой весьма слабую, малоэффективную и достаточно сомнительную процессуальную гарантию»²⁷, то из этой оценки более логичным представляется предложение В.Кальницкого вообще устранить суд из этого процесса²⁸. Хотя полностью реализовать это предложение невозможно, но свести к минимуму его участие в этом вполне реально. За судом следует оставить принятия решений о производстве только выемки почтово-телеграфных отправок, контроля и записи телефонных и иных переговоров, так как Конституция РФ иного порядка для них не предусматривает. Решение о помещении подозреваемого, обвиняемого, не находящегося под стражей, в медицинский или психиатрический стационар для производства соответственно судебно-медицинской или судебно-психиатрической экспертизы должно приниматься судом в порядке, предусмотренном ст. 108 УПК

²⁵ См.: Уголовное судопроизводство. 2006. № 1; 2007. № 2.

²⁶ См.: Россинский С.Б. Указ. соч. Ч. 2. С. 21-22.

²⁷ Россинский С.Б. Указ. соч. Ч. 2. С. 21.

²⁸ См.: Кальницкий В. Указ. соч. С. 74-75.

РФ²⁹. В порядке этой же статьи следует принимать решение об отстранении подозреваемого и обвиняемого от должности, а также решение об эксгумации трупа, при отсутствии согласия на это действие родственников покойного.

Решение о производстве всех иных процессуальных действий, которые сейчас производятся по судебному решению, должен принимать следователь (дознаватель) с согласия прокурора. Он же должен осуществлять проверку законности следственных действий, произведенных в условиях, не терпящих отлагательства. Иначе говоря, предварительный и последующий контроль решений о производстве следственных и процессуальных действий следует передать (возвратить) прокурору, как лицу, осуществляющему надзор за органами предварительного расследования.

Предложение о минимизировании участия суда в принятии решений о производстве следственных и иных процессуальных действий, вовсе не означает исключения его из процесса проверки законности этой деятельности. Однако порядок этого участия должен быть иной. В.М.Быков и С.Б.Россинский допускают возможным в качестве такого механизма оставить порядок, предусмотренный ч. 5 ст. 165 УПК РФ при условии его совершенствования путем допуска в судебное заседание лиц, права которых были затронуты этим действием³⁰. Такое мнение не бесспорно. Ведь сейчас потребность в ч. 5 ст. 165 УПК РФ логически вытекает из права суда принимать решения, предусмотренные п. 3 – 6, 9 ч. 2 ст. 29 УПК РФ. Но в случае принятия предложения об устранении суда из процесса принятия этих решений, потребность в этой норме отпадает, так как наложение ареста на корреспонденцию, ее осмотр и выемка в учреждениях связи, контроль и запись телефонных и иных переговоров не могут производиться в условиях, не терпящих отлагательства. Обязанность по контролю за следственными действиями, произведенными в условиях, не терпящих отлагательства, в этом случае отойдет прокурору. Оставление за судом такого права будет противоречить принципу диспозитивности, содержанием которого выступает право личности распоряжаться по своему усмотрению принадлежащими ей материальными и процессуальными правами³¹. Исходя из этого принципа, даже при совершении некоторых преступлений, не может состояться судебный процесс, если пострадавший отказался от реализации права на судебную защиту. Тем более недопустимо вмешательство суда в ситуации

полной неясности того, нарушены ли права какого-либо лица следственным действием, возникли ли у него претензии к должностным лицам, осуще-

²⁹ Предложение об этом высказано было достаточно давно. См.: Ковтун Н.Н. Судебный контроль в уголовном судопроизводстве России: понятие, сущность, формы: Автореф. дис. ... доктора юрид. наук. Н.Новгород, 2002. С. 34.

³⁰ См.: Быков В.М. Актуальные проблемы уголовного судопроизводства. С. 218; Россинский С.Б. Указ. соч. Ч.2. С. 22.

³¹ О содержании и действии принципа диспозитивности см.: Дикарев И.С. Диспозитивность в уголовном процессе России. Монография. Под ред. А.П.Кругликова.- Волгоград: Изд-во ВолГУ, 2005.

ствившим это следственное действие, и желает ли он реализовать свое право на обжалование этого действия. Поэтому процедуру, предусмотренную ч.5 ст. 165 УПК РФ, надо не совершенствовать, а вообще устранять из уголовного процесса. Кроме того, стоит ли создавать новую процедуру, если закон уже предусмотрел более совершенный порядок, прописав его в ст. 125 УПК РФ, который отвечает понятию правосудие. Поэтому инициировать такую проверку должен не следователь, дознаватель, а только лицо, которое считает, что его права этими действиями были нарушены. Порядок рассмотрения жалоб не только соответствует существу судебной деятельности, но и позволяет глубоко исследовать с участием сторон вопрос, как о законности произведенных следственных действий, так и их обоснованности. Ведь в судебном заседании исследуется не только постановление следователя и протокол следственного действия, но и данные, содержащиеся в жалобе, устных пояснениях заявителя, следователя, иных лиц, заключении прокурора. Только такой порядок исследования вопроса о законности и обоснованности следственных действий можно считать действенной гарантией прав личности, а не «суррогатный», установленный ч. 5 ст. 165 УПК РФ. В этом случае верховенство суда над органами предварительного расследования в досудебном производстве будет реализовываться не через административную деятельность, как это осуществляется сейчас, а через правосудие.

Глава 2. О преимущественном правовом положении добросовестного приобретателя имущества (Белоножкин А.Ю.)

Аннотация

В статье предлагается новое решение нахождения компромисса интересов между утратившим имущество собственником и добросовестным приобретателем имущества. Для этого устанавливается обоснованность преимущественного правового положения сторон правоотношения и, в первую очередь, добросовестного приобретателя. Для выявления необоснованности преимущественного правового положения добросовестного приобретателя оценке подвергается волевой момент выбытия имущества из владения собственника.

Ключевые слова: добросовестный приобретатель, виндикационный иск, волевой момент выбытия имущества из владения собственника, преимущественное правовое положение, баланс интересов сторон правоотношения

Annotation

The article proposes a new solution for finding a compromise between the interests coincide loss of property owner and bona fide, retatelem acquires the property. To establish the validity of this predominantly legal status of the parties relationship and, first and foremost, turn, a bona fide purchaser. In order to identify

unsubstantiated pre-emptive legal status bona fide purchaser assessment being strong-willed time of disposal of the property from the possession of proper-ots.

Keywords: bona fide purchaser, replevin, strong-willed time of disposal of the property from the possession of the owner, predominantly legal position, the balance of interests of the parties relationship.

1. В юридической литературе достаточно много внимания уделяется вопросам о правовом положении добросовестного приобретателя имущества и о правовых перспективах собственника истребовать это имущество у добросовестного приобретателя. Несмотря на то, что нормы гражданского законодательства об истребовании имущества у добросовестного приобретателя применяются судами противоречиво, именно в судебной практике формулируются положения, на которые следует ориентироваться участникам гражданского оборота и которые также должны учитываться правоприменителем и законодателем.

Следует признать, что в настоящее время судебные органы не всегда способны обеспечить компромисс интересов между утратившим имущество собственником и добросовестным приобретателем имущества³². Во многом это объясняется недостатками правового регулирования соответствующих отношений, обусловленных повышенной сложностью существующей проблемы нахождения «золотой середины» между интересами собственника, утратившего имущество, и интересами добросовестного приобретателя этого имущества. С одной стороны, собственник заинтересован вернуть утраченное имущество, а, с другой стороны, добросовестный приобретатель заинтересован это имущество сохранить за собой и приобрести на него право собственности. Отдавая предпочтение интересам одной стороны, мы автоматически поставим в худшее положение другую сторону.

Обращаясь к законодательным положениям, следует отметить, что в силу п. 1 ст. 302 ГК РФ собственник может истребовать имущество от добросовестного приобретателя, то есть, от лица, возмездно приобретшего имущество у лица, которое не имело права его отчуждать, о чем приобретатель не знал и не мог знать. Однако, такое истребование имеет правовую перспективу лишь тогда, когда будет доказано, что имущество было утеряно собственником или лицом, которому оно было передано собственником во владение,

³² Некоторыми авторами высказывается мнение, что нормы статьи 302 ГК РФ, защищающие права добросовестного приобретателя имущества, представляют собой допустимое законом ограничение прав собственника (См., например: *Е.Н. Потапенко*. Право собственности добросовестного приобретателя на недвижимое имущество: Автореф. дисс. канд. юрид. наук. М., 2006. С. 14; *М.А. Остаевский*. Защита прав добросовестного приобретателя: Автореф. дисс. канд. юрид. наук. Краснодар, 2006. С. 4). Однако, в действительности речь надо вести, на наш взгляд, не об ограничении прав собственника, а об их прекращении, так как с возникновением права собственности на имущество у добросовестного приобретателя право собственности прежнего собственника должно прекращаться.

либо похищено у того или другого, либо выбыло из их владения иным путем помимо их воли³³.

В настоящее время подготовлен проект федерального закона о внесении изменений в Гражданский кодекс Российской Федерации, разработанный Советом при Президенте Российской Федерации по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства во исполнение Указа Президента Российской Федерации от 18 июля 2008 года № 1108 «О совершенствовании гражданского законодательства». Текст законопроекта размещен в сети «Интернет»³⁴ и вместо существующего положения п. 1 ст. 302 Кодекса предусматривает положение п. 1 ст. 229 в следующей редакции: «Если вещь или иной объект вещного права возмездно приобретена у лица, которое не имело права его отчуждать, о чем приобретатель не знал и не мог знать (добросовестный приобретатель), то истец вправе истребовать эту вещь от приобретателя в случае, когда она была утеряна истцом или лицом, которому данная вещь была передана истцом во владение, либо похищена у того или другого, либо выбыла из их владения иным путем помимо их воли.»

Как видно, приведенное положение законопроекта также предусматривает возможность истребования вещи у добросовестного приобретателя лишь при условии выбытия имущества из владения истца помимо его воли. Следовательно, выработанные доктриной и сформулированные правоприменителем правила применения ст. 302 ГК РФ в целом могут учитываться и в случае принятия законопроекта, предусматривающего вышеприведенное положение.

За последние годы в судебной практике были выработаны правила, по которым можно определить наличие либо отсутствие воли собственника или лица, которому имущество было передано собственником, на выбытие имущества из их владения. Необходимо обобщить эти правила и критически их проанализировать, что и является целью настоящей статьи. При этом, необходимо оценить степень сбалансированности правоотношения, возникающего между добросовестным приобретателем и собственником имущества, а также оценить эффективность правового регулирования соответствующих отношений и предложить новые способы решения проблемы. Иными словами, оценку волевому моменту выбытия имущества из владения собственника следует давать исходя из необходимости выравнивания его интересов с интересами добросовестного приобретателя имущества.

³³ Волевой момент выбытия имущества не имеет значения в случаях безвозмездного приобретения имущества. Тогда собственник вправе истребовать имущество из чужого незаконного владения во всех случаях (п. 2 ст. 302 ГК РФ), то есть, независимо от того, выбыло ли имущество из владения собственника или лица, которому оно было передано собственником во владение, по их воле или помимо нее. Если речь идет об истребовании денег и ценных бумаг на предъявителя, то волевой момент здесь также не имеет значения, с тем существенным отличием, что их истребование от добросовестного приобретателя невозможно (п. 3 ст. 302 ГК РФ).

³⁴ http://www.arbitr.ru/_upimg/733FFC289F062808694E12ABA110BC7B_II.pdf

2. При наличии доказательств, подтверждающих выбытие имущества из владения собственника по его воле, добросовестный приобретатель получает преимущество, заключающееся в том, что с него слагается юридическая обязанность передать имущество собственнику. Тем самым, устанавливается исключение из общего правила о необходимости возврата имущества незаконным владельцем законному владельцу по правилам ст. 301 ГК РФ. Преимущественное правовое положение добросовестного приобретателя имущества по сравнению с утратившим имущество собственником выражается не в наделении добросовестного приобретателя преимущественным субъективным правом на имущество, а в освобождении его от юридической обязанности вернуть имущество законному владельцу. Этот вывод не означает, что добросовестный приобретатель не становится собственником имущества³⁵. Напротив, сложение с добросовестного приобретателя обязанности передать имущество утратившему его собственнику является необходимым юридическим фактом для возникновения права собственности на имущество у его добросовестного приобретателя.

Таким образом, преимущественное правовое положение добросовестного приобретателя во многом предопределяется обстоятельствами выбытия имущества из владения собственника, в зависимости от того, была ли у последнего воля на выбытие имущества из его владения. Необходимо выяснить, в каких случаях преимущества добросовестного приобретателя являются обоснованными, с точки зрения стабильности гражданского оборота и общеправового принципа справедливости, а в каких случаях собственник должен получить дополнительные правовые гарантии (привилегии) защиты своих интересов.

Предлагаемый нами способ решения проблемы может получить дополнительное обоснование в случае, если в статью 1 ГК РФ будут внесены изменения, предусмотренные законопроектом, размещенным в сети «Интернет»³⁶, который содержит следующую редакцию п. 5 ст. 1 ГК РФ: «Никто не вправе извлекать преимущества из своего незаконного или недобросовестного поведения.».

3. Волевому моменту выбытия имущества посвящены пункты 10 и 11 Обзора судебной практики по некоторым вопросам, связанным с истребованием имущества из чужого незаконного владения, прилагаемого к Информационному письму Президиума ВАС РФ от 13.11.2008 № 126³⁷ (далее – Обзор), пункт 24 Постановления Пленума ВАС РФ от 25.02.1998 № 8 «О некоторых вопросах практики разрешения споров, связанных с защитой права

³⁵ Данный вопрос был рассмотрен нами ранее сквозь призму нового понимания субъективного права, в результате чего было показано, что добросовестный приобретатель вещи наделяется полноценным субъективным правом собственности на нее (*Филиппов П.М., Белоножкин А.Ю.* О субъективном праве добросовестного приобретателя на вещь, полученную от неуправомоченного отчуждателя // *Гражданское право.* 2009. № 3. С. 34-38).

³⁶ http://www.arbitr.ru/_upimg/F1D1873F3B7610EA129A1457192E2435_РазделI.pdf

³⁷ Вестник ВАС РФ. 2009. № 1.

собственности и других вещных прав»³⁸, пункт 39 Постановления Пленума ВС РФ и Пленума ВАС РФ от 29.04.2010 № 10/22 «О некоторых вопросах, возникающих в судебной практике при разрешении споров, связанных с защитой права собственности и других вещных прав»³⁹, а также многочисленные судебные акты, принятые арбитражными судами и судами общей юрисдикции. Наше внимание будет обращено главным образом на правовые позиции, сформулированные высшими судебными инстанциями, а также на наиболее интересные точки зрения, высказанные в юридической литературе.

3.1. Как известно, статья 302 ГК РФ предусматривает два специальных случая выбытия имущества вопреки воле собственника: утрата и хищение имущества. Однако, в судебной практике перечень таких обстоятельств расширен и, наряду с указанными в законе «утратой» и «хищением», в п. 10 Обзора называется также «действие сил природы».

По мнению В.Л. Слесарева и А.А. Якимова, утрата вещи в результате активных действий самого собственника и противоправных действий третьих лиц не может считаться утерей вещи применительно к п. 1 ст. 302 ГК РФ⁴⁰. Термин «утеря» применительно к п. 1 ст. 302 ГК РФ может рассматриваться практически только в отношении движимых вещей, так как недвижимое имущество по своей правовой природе не может относиться к числу утерянных вещей⁴¹. На наш взгляд, утеря имущества по воле собственника возможна также и при бесхозяйственном его отношении к имуществу (например, когда собственник не предпринимал разумных мер по обеспечению сохранности своего имущества, ненадлежащим образом нес бремя по его содержанию и пр.).

Думается, что в ситуации, когда исключительно поведение собственника лежит в основе выбытия имущества из его фактического владения, необходимо признать наличие воли собственника на это. Приобретение такого имущества добросовестным приобретателем и невозможность его истребования собственником не будут указывать на необоснованность преимущественного правового положения добросовестного приобретателя, так как именно собственник создал своим поведением наличие подобной ситуации, повел себя неосмотрительно и неразумно.

3.2. Совершенно иной подход должен использоваться при оценке случаев выбытия имущества из владения собственника в результате хищения. При этом, важно правильно определить круг деяний, охватываемых данным понятием. В юридической литературе отмечается, что в ст. 302 ГК законодатель имел в виду не любое хищение (в соответствии с терминологией ГК), а только лишь кражу, грабеж или разбой, т.е. такие виды хищения, при которых пе-

³⁸ Вестник ВАС РФ. 1998. № 10.

³⁹ Вестник ВАС РФ. 2010. № 6.

⁴⁰ Слесарев В.Л., Якимов А.А. Выбытие имущества из владения собственника помимо его воли // Закон. 2007. № 6. С. 91, 92, 102.

⁴¹ Там же. С. 92, 102.

реход владения имуществом к другому лицу происходит без участия воли собственника⁴².

К.И. Скловский указывает, что под утратой владения помимо воли обычно понимают насильственные или самоуправные действия, направленные на лишение собственника или законного владельца фактического владения, в том числе кражу, грабеж, разбой. Что касается хищения путем мошенничества или присвоения вверенного, то в этом случае важно, были направлены действия незаконного владельца на подавление воли собственника с целью получения одного лишь фактического владения либо они имели целью (как это обычно и бывает) избежать возврата вещи, создать видимость отсутствия обязательств перед собственником и т.п.⁴³

Таким образом, некоторые виды хищений не будут сами по себе подтверждать отсутствие воли собственника на выбытие имущества из его владения. Однако, в этих случаях, по нашему мнению, добросовестный приобретатель имущества может получить преимущества, несоизмеримые с потерями собственника имущества, учитывая, что в отношении последнего было совершено уголовно-наказуемое деяние, тогда как добросовестный приобретатель не выходил за рамки частноправового поля. Поэтому в случаях, когда выбытие имущества из владения собственника, хотя и будет являться хищением по уголовному праву, но не будет охватываться действием ст. 302 ГК РФ, собственнику необходимо предоставить дополнительные правовые гарантии (привилегии) защиты его интересов. О содержании таких привилегий речь пойдет ниже.

3.3. Спорным является вопрос о том, выбыло ли из владения собственника имущество по его воле, когда оно было добровольно передано собственником не для целей отчуждения во владение другому лицу, которое произвело отчуждение имущества без согласия собственника добросовестному приобретателю. Еще в 1947 году Б.Б. Черепяхин отмечал, что в тех случаях, когда собственник вверил вещь кому-либо по своей воле, он, по общему правилу, знает, кому он оказал свое доверие и где находится это его доверенное лицо, то есть он знает своего контрагента (нанимателя, ссудополучателя, поклажепринимателя и т.п.) и его местонахождение⁴⁴. В таких случаях, считает ученый, бывшему собственнику, который лишился владения вещью по своей воле, не должно быть предоставлено право на истребование вещи от добросовестного приобретателя⁴⁵.

⁴² Практика применения Гражданского кодекса РФ части первой (А.Б. Бабаев, Р.С. Бевзенко, В.А. Белов, Ю.А. Тарасенко); под общ. ред. В.А. Белова. – М.: Издательство Юрайт, 2010. С. 581.

⁴³ Скловский К.И. Защита права собственности и других вещных прав: вопросы практики // Хозяйство и право. 2010. № 7. С. 21.

⁴⁴ Черепяхин Б.Б. Юридическая природа и обоснование приобретения права собственности от неуправомоченного отчуждателя // Антология уральской цивилистики. 1925-1989: Сборник статей. – М.: «Статут», 2001. С. 286.

⁴⁵ Там же. С. 287.

Однако, эта теория «наименьшего зла» имеет не только сторонников⁴⁶, но и оппонентов⁴⁷, указывающих, что передача имущества в аренду, на хранение и т.п. не может служить доказательством волеизъявления собственника на отчуждение вещи указанными лицами. Собственник не наделял арендатора или хранителя полномочиями на отчуждение имущества⁴⁸. Такая позиция находит отражение в некоторых судебных актах, в которых указывается, что заключенный договор аренды свидетельствует лишь о намерении собственника передать имущество в аренду (во временное пользование), но не отчуждать его⁴⁹.

Некоторые авторы, критикуя теорию «наименьшего зла», предлагают следующее решение этого вопроса: во всех случаях истребования имущества, отчужденного по недействительной сделке, виндикационный иск подлежит удовлетворению как предъявляемый к недобросовестному покупателю⁵⁰. В обосновании этой позиции лежит тезис о том, что покупатель при приобретении имущества, как правило, имеет возможность проверить происхождение титула на него⁵¹. К сожалению, автор не поясняет, как это можно будет сделать покупателю практически, учитывая, что не во всех случаях можно достоверно установить неуправомоченность отчуждателя.

По нашему мнению, в указанных ситуациях необходимо признавать наличие воли собственника на выбытие имущества из его владения и, как следствие, невозможность истребования имущества у добросовестного приобретателя. Вместе с тем, было бы несправедливо не учитывать и тот факт, что собственник, все таки, не желал лишаться своей собственностью. Данное обстоятельство делает собственника незащищенным по сравнению с добросовестным приобретателем имущества. Поэтому, имеющийся правовой механизм в данной ситуации будет неэффективен. Для преодоления чрезмерного преимущественного правового положения добросовестного приобретателя необходимы дополнительные правовые гарантии (привилегии) защиты интересов собственника имущества.

3.4. Интересен вопрос о том, тождественными ли являются понятия «помимо воли» и «с пороком воли», то есть, можно ли случаи выбытия иму-

⁴⁶ См., например: *Генкин Д.М.* Право собственности в СССР. М., 1961. С. 202-203; *Халфина Р.О.* Право личной собственности граждан в СССР. М., 1955. С. 172; *Маслов В.Ф.* Основные проблемы права личной собственности в период строительства коммунизма в СССР. Харьков, 1968. С. 304-305; *Гражданское право : учеб. / под ред. Ю.К. Толстого, А.П. Сергеева.* СПб., 2001. Т. 1. С. 465; *Камышанский В.П.* Актуальные проблемы права собственности: Учебное пособие. Краснодар: НОУ ИНЭП, 2008. С. 264.

⁴⁷ См., например: *Советское гражданское право. Ч. 1 / Отв. ред. В.А. Рясенцев.* М., 1986. С. 404.

⁴⁸ *Моргунов С.В.* Виндикация в гражданском праве. Теория. Проблемы. Практика. – М.: Статут, 2006. С. 119.

⁴⁹ Постановление ФАС Центрального округа от 19.11.2008 по делу № А14-9566/2006/383/32 // СПС Консультант плюс.

⁵⁰ *Гражданское право: актуальные проблемы теории и практики / Под общ. ред. В.А. Белова.* – М.: Юрайт-Издат, 2007. С. 513.

⁵¹ Там же. С. 514.

щества из владения собственника с пороком воли квалифицировать как выбытие имущества помимо воли. В юридической литературе по этому вопросу высказаны различные точки зрения. Так, В.Л. Слесарев и А.А. Якимов считают, что поскольку категория «помимо воли» означает отсутствие воли собственника на выбытие вещи (психологический аспект), следует признать, что и исполнение сделки с пороком воли не может не иметь такого же дефекта, а следовательно, исполнение сделки с пороком воли является формой выбытия имущества из его владения помимо воли⁵². То есть, данные авторы фактически ставят знак тождества между понятиями «помимо воли» и «с пороком воли».

П. Тарабаев занял несколько иную позицию, предложив различать случаи порока воли и отсутствия воли и указав, что основным критерием наличия или отсутствия воли следует признать стремление к утрате владения. Если же лицо не стремилось (не желало) утратить владение имуществом, нужно говорить о выбытии имущества помимо воли собственника (иного законного владельца)⁵³. В качестве примера случая порока воли приводится заключение сделки председателем без разрешения ликвидационной комиссии об отчуждении нежилого помещения (постановление ФАС Уральского округа от 19 февраля 2009 года №Ф09-476/09-С6)⁵⁴.

Представляется, что П. Тарабаев исходит из необходимости дисциплинировать собственника имущества с тем, чтобы он проявлял максимальную заботу о своем имуществе, нес риск за собственную неосмотрительность и имел право на виндикацию имущества лишь тогда, когда действительно (безоговорочно) не стремился его утратить. В тоже время, необходимость различения случаев «порока воли» и случаев «отсутствия воли» вызывает некоторые сомнения в виду того, что они, так или иначе имеют общую основу – нежелание собственника лишаться имущества. В судебной практике случаи «порока воли» иногда расцениваются именно как «отсутствие воли»⁵⁵.

В этой связи интерес представляет позиция Е.М. Тужиловой – Орданской, указывающей, что такой признак, как наличие или отсутствие воли собственника при отчуждении имущества, недостаточен для того, чтобы делать вывод о возможности или невозможности истребовать имущество у добросовестного приобретателя. Важно определить направленность воли собственника. В противном случае законодатель предъявляет повышенные требования к собственнику, который должен проявлять осмотрительность, осторожность в своих действиях, предвидеть возможные недобросовестные действия своих контрагентов, что практически невозможно⁵⁶.

⁵² Слесарев В.Л., Якимов А.А. Указ. соч. С. 97.

⁵³ Тарабаев П. Об отсутствии и пороке воли при защите права собственности и иных вещных прав // Хозяйство и право. 2010. № 4. С. 106.

⁵⁴ Там же. С. 106.

⁵⁵ См., например: Постановление Президиума ВАС РФ от 18.12.2007 № 10665/07 по делу №А40-57495/06-6-335 // Вестник ВАС РФ. 2008. № 4.

⁵⁶ Тужилова-Орданская Е.М. Теоретические проблемы защиты прав на недвижимость в гражданском праве России: Автореф. дисс. докт. юрид. наук. М., 2007. С. 38

Некоторая ясность в этот вопрос была внесена после подготовки Президиумом Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации Обзора судебной практики по некоторым вопросам, связанным с истребованием имущества из чужого незаконного владения. Так, из пункта 10 Обзора следует, что недействительность сделки, во исполнение которой передано имущество, не свидетельствует сама по себе о его выбытии из владения передавшего это имущество лица помимо его воли⁵⁷. Также в данном пункте Обзора указано, что владение может быть утрачено в результате действий самого владельца, направленных на передачу имущества, или действий иных лиц, осуществляющих передачу по его просьбе или с его ведома. В подобных случаях имущество считается выбывшим из владения лица по его воле. Если же имущество выбывает из владения лица в результате похищения, утери, действия сил природы, закон говорит о выбытии имущества из владения помимо воли владельца (пункт 1 статьи 302 ГК РФ).

В пункте 39 Постановления Пленума ВС РФ и Пленума ВАС РФ от 29.04.2010 № 10/22 «О некоторых вопросах, возникающих в судебной практике при разрешении споров, связанных с защитой права собственности и других вещных прав» содержится положение, аналогичное положению, указанному в п. 10 Обзора, а также указывается, что судам необходимо устанавливать, была ли воля собственника на передачу владения иному лицу. Таким образом, если раньше указанное положение действовало лишь в системе арбитражных судов, то в настоящее время оно распространяет свое действие и на суды общей юрисдикции при рассмотрении ими виндикационных исков.

М.А. Ерохова и А.М. Ширвиндт – одни из разработчиков Обзора, прокомментировали проект этого документа. Так, по мнению М.А. Ероховой, несмотря на то, что имущество выбывает из владения собственника по недействительной сделке, это все же выбытие по его воле, ведь собственник отдает имущество сам. Может быть, этот вывод распространяется не на все основания недействительности. Например, когда сделка заключается под влиянием угрозы, нельзя сказать, что имущество выбывает по воле собственника⁵⁸. А.М. Ширвиндт отметил, что имеет значение только момент выбытия из владения. Не сделка, во исполнение которой вещь передавалась или выбывала, а то, как она выбывала из владения⁵⁹.

А.М. Ширвиндт, комментируя окончательную редакцию п. 10 Обзора, обоснованно, на наш взгляд, указывает, что для применения правила п. 1 ст. 302 ГК РФ имеет значение воля, направленная непосредственно на передачу

⁵⁷ До выхода в свет Обзора в юридической литературе высказывались противоположные точки зрения. Так, например, А.А. Киселев утверждал, что если договор о возмездном отчуждении имущества добросовестному приобретателю будет признан судом недействительным, значит истребуемое имущество выбыло из владения собственника помимо его воли (*Киселев А.А.* Соотношение реституции и виндикации при определении последствий недействительности сделок // *Адвокатская практика.* 2007. № 6).

⁵⁸ *Ерохова М.А., Ширвиндт А.М.* Тонкости виндикации // *ЭЖ-Юрист.* 2008. № 43.

⁵⁹ Там же.

владения, а не воля на совершение сделки о передаче владения⁶⁰. По его мнению, реализованный в Обзоре подход применяется, строго говоря, независимо от действительности или недействительности сделки, по которой передавалось владение⁶¹.

Е.А. Суханов в своем комментарии п. 10 Обзора отмечает, что к случаям выбытия имущества из владения помимо воли владельца можно было бы добавить совершение сделки органом юридического лица, действовавшим с пороками воли или при ее отсутствии (под влиянием заблуждения, обмана, насилия, угрозы и тому подобных обстоятельств, предусмотренных ст. 178 и 179 ГК РФ). Автор также считает, что к ним не могут быть отнесены осознанные, волевые действия самого собственника, хотя бы и не соответствующие требованиям закона (в том числе, например, при совершении хозяйственным обществом крупных сделок и /или сделок с заинтересованностью), либо действия иных лиц, осуществляющих передачу имущества собственника по его просьбе или с его ведома (поверенных, агентов, комиссионеров, доверительных управляющих и т.п.)⁶². Однако, в юридической литературе по этому вопросу высказываются и более осторожные суждения: «в кабальных сделках, равно как в сделках под влиянием заблуждения и обмана, воля порочна, но тем не менее имеется»⁶³; «в сделках со злонамеренным соглашением налицо многоуровневое формирование воли и ее изъятие»⁶⁴; «в сделках под влиянием угроз и насилия отсутствует та воля, которой придавалось бы правовое значение, и ее отсутствие может повлечь последствия, указанные в ст. 302 ГК РФ»⁶⁵; об отсутствии воли свидетельствует совершение сделки лицом, не способным понимать значение своих действий и руководить ими, так как «воля имеет сознательное и мотивированное начало»⁶⁶.

Комментируя п. 10 Обзора, П. Тарабаев утверждает, что только в одном случае недействительность сделки с пороком воли может служить основанием для утверждения о том, что владение имуществом утрачено помимо воли: это сделки, совершенные под принуждением⁶⁷. При этом, по его мнению, действительность сделки по выбытию имущества из владения еще не свиде-

⁶⁰ *Ширвиндт А.М.* Комментарий к «Обзору судебной практики по некоторым вопросам, связанным с истребованием имущества из чужого незаконного владения» (Информационное письмо от 13 ноября 2008 г. № 126) // Вестник гражданского права. 2009. № 1. С. 142.

⁶¹ Там же. С. 143.

⁶² *Суханов Е.А.* Комментарий к Обзору судебной практики по некоторым вопросам, связанным с истребованием имущества из чужого незаконного владения // Вестник ВАС РФ. 2009. № 2. С. 140.

⁶³ Гражданско-правовые способы защиты права собственности на недвижимость : науч.-практич. пособие по применению гражданского законодательства / А.В. Зарубин [и др.] ; под общ. ред. В.Н. Соловьева; науч. ред. С.В. Потапенко. – М. : Издательство Юрайт, 2010. – 452с. (Практика применения). С. 120.

⁶⁴ Там же. С. 121.

⁶⁵ Там же. С. 124.

⁶⁶ Там же. С. 125.

⁶⁷ *Тарабаев П.* Указ. соч. С. 107.

тельствует об утрате обладания вещью по воле собственника (законного владельца)⁶⁸.

Таким образом, в практике возможны случаи, когда судебные органы будут отказывать в удовлетворении иска собственника об истребовании имущества у добросовестного приобретателя по причине того, что имущество было выбыто не помимо воли, а с пороком воли. Представляется, что в таких случаях добросовестный приобретатель получит необоснованные преимущества по сравнению с собственником, так как последний не проявляет желания утратить свою собственность. Четкие же критерии разграничения понятий «отсутствие воли» и «порок воли» ни в законе, ни в доктрине не указаны. Следовательно, создается почва для не единообразной правоприменительной практики.

При таких обстоятельствах, считаем необходимым предоставить собственнику дополнительные правовые гарантии (привилегии) защиты его интересов в случаях, когда останется без удовлетворения его виндикационный иск к добросовестному приобретателю имущества по причине того, что воля собственника на выбытие имущества из его владения была лишь порочна.

3.5. Неопределенным остается вопрос о квалификации волевого момента выбытия имущества по незаключенному договору. В.Л. Слесарев и А.А. Якимов считают, что при отчуждении имущества по незаключенному договору вести речь о выбытии имущества помимо воли (при отсутствии иных обстоятельств) неправомерно, так как незаключенность сделки чаще всего констатируется не в связи с психологическими, а по нормативным причинам⁶⁹.

Однако, это спорное мнение, так как оценивать следует не столько правовую составляющую утраты имущества (заключенный или незаключенный договор), сколько волевой момент такой утраты, то есть желание, стремление собственника утратить имущество, лишиться владения этим имуществом. В связи с этим, следует признать обоснованным мнение о том, что «при расходовании момента заключения договора и его исполнения приоритет необходимо отдавать воле на момент исполнения договора»⁷⁰.

Отказ собственнику в истребовании имущества у добросовестного приобретателя по причине того, что у собственника имелась воля на выбытие имущества по незаключенному договору, можно рассматривать как справедливое разрешение спорной ситуации, учитывая, что собственник желал все-таки заключить договор и передать по нему свое имущество. В противном случае поведение собственника было бы близким к недобросовестному, так как он, при предъявлении виндикационного иска к добросовестному приобретателю, ссылаясь бы на допущенное им же нарушение требований гражданского законодательства. Таким образом, в приведенных ситуациях о не-

⁶⁸ Тарабаев П. Указ. соч. С. 108.

⁶⁹ Слесарев В.Л., Якимов А.А. Указ. соч. С. 98, 102.

⁷⁰ Гражданско-правовые способы защиты права собственности на недвижимость. С. 132.

обоснованном преимущественном правовом положении добросовестного приобретателя говорить не верно.

3.6. Отдельного внимания требуют ситуации отчуждения имущества из владения юридического лица. Р.С. Бевзенко отмечает, что в случае если совершение сделки, которая была направлена на выбытие вещи из владения юридического лица, должно быть одобрено советом директоров либо общим собранием участников (акционеров) общества, то при наличии такого согласия имущество считается выбывшим из владения юридического лица по его воле. В случае если такое решение отсутствовало либо было впоследствии признано недействительным, то тогда имущество считается выбывшим из владения юридического лица против его воли⁷¹. Если корпоративные решения участниками юридического лица в действительности не принимались, свою волю на выбытие имущества ни участники, ни органы юридического лица не выражали, договор об отчуждении имущества подписан неуполномоченным лицом, это свидетельствует о выбытии имущества из владения собственника – юридического лица помимо его воли⁷².

Вместе с тем, имеются и иные решения, когда не соблюдение порядка одобрения крупных сделок и признание судом недействительной сделки об отчуждении имущества, сами по себе не расцениваются в качестве доказательства отсутствия воли на выбытие имущества из владения юридического лица⁷³. В одном своем постановлении Президиум Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации указал, что признание недействительным решения общего собрания участников общества об одобрении сделки, равно как признание недействительной сделки, во исполнение которой имущество передано приобретателю, само по себе не может свидетельствовать о выбытии имущества из владения общества помимо его воли. Выбытие имущества из владения юридического лица является следствием не одного только юридического акта (решения собрания, договора и т.п.), но и конкретных фактических действий того или иного лица. Установление порока воли на выбытие имущества возможно лишь при определении надлежаще управомоченного лица, которое согласно учредительным документам и действующему законодательству вправе от имени юридического лица совершать действия, направленные на выбытие имущества из его владения⁷⁴.

Приведенные ситуации связаны, как правило, с наличием корпоративных конфликтов в юридическом лице. Конечно, когда юридическое лицо

⁷¹ Практика применения Гражданского кодекса РФ части первой (А.Б. Бабаев, Р.С. Бевзенко, В.А. Белов, Ю.А. Тарасенко). С. 582-583.

⁷² Постановление Президиума ВАС РФ от 22.12.2009 № 9503/09 // Вестник ВАС РФ. 2010. № 4. С. 157-163; Постановление Президиума ВАС РФ от 02.06.2009 № 2417/09, Постановление ФАС Северо-Западного округа от 20.05.2010 по делу №А56-6954/2009 // СПС Консультант плюс.

⁷³ Постановление ФАС Волго-Вятского округа от 23.03.2010 по делу №А11-9725/2008 // СПС Консультант плюс.

⁷⁴ Постановление Президиума ВАС РФ от 18.12.2007 № 10665/07 по делу №А40-57495/06-6-335 // Вестник ВАС РФ. 2008. № 4.

лишается собственности вследствие таких конфликтов, это не стабилизирует гражданский оборот, а, напротив, подрывает его. В тоже время, более продуктивным видится совершенствование норм корпоративного законодательства, нежели предоставление юридическому лицу (собственнику) права на возврат утраченного имущества путем истребования его у добросовестного приобретателя. Нельзя при этом забывать и возможность создания видимости корпоративного конфликта, с одной лишь целью обогатиться за счет добросовестного приобретателя.

Учитывая, что предпринимательская деятельность – это рисковая деятельность, юридическое лицо должно таким образом организовывать свою деятельность, чтобы были исключены корпоративные конфликты, повлекшие утрату имущества юридического лица. В связи с этим, нельзя утверждать о предоставлении необоснованных преимуществ добросовестному приобретателю имущества по сравнению с утратившим его собственником – юридическим лицом вследствие корпоративного конфликта.

В свете изложенного, собственник – юридическое лицо не нуждается в дополнительной защите в случае, когда его виндикационный иск к добросовестному приобретателю был отклонен по причине установления воли собственника на выбытие имущества из его владения, даже несмотря на наличие корпоративного конфликта или несоблюдения норм корпоративного законодательства при совершении юридическим лицом сделки.

3.7. Долгое время спорным оставался вопрос о том, имеется ли воля собственника на выбытие имущества, если это происходит во исполнение судебного решения. В.Л. Слесарев и А.А. Якимов указывали, что, несмотря на внешнюю очевидность выбытия имущества при его продаже с публичных торгов помимо воли собственника-должника, невозможно категорично утверждать о том, что оно действительно выбывает помимо воли собственника в смысле, указанном в п. 1 ст. 302 ГК РФ⁷⁵. При обосновании своей позиции авторы ссылались на п. 26 Постановления Пленума ВАС РФ от 25.02.1998 № 8, в котором разъясняется, что п. 1 ст. 302 ГК РФ не предусматривает исключений из общих правил виндикации при предъявлении иска к лицу, приобретшему имущество на публичных торгах⁷⁶, а также указывали, что торги как процедура, сопутствующая совершению гражданско-правовой сделки, признаются недействительными не в силу нарушения каких-то требований психологически-волевого порядка, а в силу нарушения правил (порядка) их проведения⁷⁷.

Иной подход по этому вопросу отражен Президиумом Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации в Обзоре судебной практики по некоторым вопросам, связанным с истребованием имущества из чужого незаконного владения. Согласно п. 11 Обзора имущество, изъятое у собственника на основании решения суда, принятого в отношении этого имущества, но впо-

⁷⁵ Слесарев В.Л., Якимов А.А. Указ. соч. С. 95.

⁷⁶ Там же. С. 96.

⁷⁷ Там же. С. 96.

следствии отмененного, считается выбывшим из владения собственника помимо его воли. Также в данном пункте указано, что добросовестность исполнения судебного решения не свидетельствует о выбытии имущества из владения по воле собственника, поскольку исполнение осуществлялось под угрозой применения процедуры принудительного исполнения судебного акта.

Комментируя указанные положения, Е.А. Суханов отмечает, что и сам судебный акт, и его исполнение выражают не волю сторон (или стороны) спора, а волю суда как органа публичной власти⁷⁸. М.А. Ерохова, придает положениям п. 11 Обзора более широкое значение, указывая, что если имущество изъято на основании отмененного постановления судебного пристава-исполнителя – это тоже должно толковаться как выбытие из владения собственника помимо его воли⁷⁹. На наш взгляд, это верно. Также следует согласиться с утверждением о том, что «добровольное» исполнение решения суда можно назвать добровольным с большой долей условности, так как в противном случае осуществляется принудительное изъятие вещи⁸⁰.

Вместе с тем, в такой ситуации в неравном положении оказывается уже добросовестный приобретатель имущества, так как он не может предвидеть при приобретении имущества возможность отмены судебного акта. Такой добросовестный приобретатель нуждается в дополнительной защите, несмотря на то, что собственник имеет право истребовать у него имущество.

4. Обобщая изложенные учеными мнения и правовые позиции, выработанные судебной практикой, следует отметить, что в принципе можно предложить аргументы в обоснование любого решения вопроса о том, выбыло имущество из владения собственника по его воле либо в отсутствие воли. Предлагаемые решения этой проблемы полярны и с истечением времени приходят на смену друг другу.

Как было отмечено выше, возможны ситуации выбытия имущества из владения собственника по его воле, что сделает бесперспективным его виндикационный иск к добросовестному приобретателю. Однако, выбытие имущества «по воле» собственника может иметь неоднозначный характер, создавать необоснованные преимущества добросовестному приобретателю по сравнению с потерями собственника, чем будет нарушаться общеправовой принцип справедливости. Предоставить собственнику дополнительные правовые гарантии защиты его интересов, по нашему мнению, следует во всех случаях хищения у него имущества, в случаях, когда он передал имущество другим лицам не для целей отчуждения, а из других соображений, а также в случаях, когда имеет место порочность воли на выбытие имущества, но не явное ее наличие. Однако, речь о таких привилегиях необходимо вести лишь

⁷⁸ Суханов Е.А. Указ. соч. С. 140.

⁷⁹ Ерохова М.А. Виндикационные иски: нерешенные вопросы // Арбитражное правосудие в России. 2009. № 1. С. 77.

⁸⁰ Гражданско-правовые способы защиты права собственности на недвижимость. С. 133.

тогда, когда собственник утратил возможность восстановления своего положения за счет неуправомоченного отчуждателя и (или) третьих лиц, которые несут ответственность за утрату имущества.

Смысл предоставления собственнику гарантий (привилегий) может заключаться в его наделении дополнительными субъективными правами, что, в свою очередь, не должно влечь существенных изъятий из правового статуса добросовестного приобретателя, лишать его права собственности на имущество или создавать существенных обременений по реализации этого права. Следует учитывать, что добросовестный приобретатель является собственником имущества и заинтересован в полном объеме осуществлять правомочия по владению, пользованию и распоряжению своим имуществом. Владение имуществом и его использование, а также защита права собственности, – это те прерогативы, которыми ни один собственник (коим является добросовестный приобретатель) не пожелает делиться помимо своей воли.

В тоже время, распоряжение имуществом, где может проявляться свобода и независимость добросовестного приобретателя по определению судьбы имущества (продаже, передаче в аренду и пр.), – показывают его интерес в извлечении выгоды из имущества за счет третьих лиц (покупателей, арендаторов, пользователей). Данное правомочие не может носить «неприкосновенного» характера. Поэтому, было бы целесообразно и справедливо в вышеуказанных случаях предоставить бывшему собственнику имущества, утратившего его (пусть даже и по своей воле), преимущественное право выкупа и аренды этого имущества у добросовестного приобретателя (по аналогии со ст. 250 и ст. 651 ГК РФ).

Именно эта мера поможет сбалансировать отношение между собственником, утратившим имущество и добросовестным приобретателем последнего, так как нейтрализует возможную чрезмерность преимущественного правового положения добросовестного приобретателя имущества. С одной стороны, собственник получит возможность приобрести имущество в собственность или в аренду преимущественно перед другими лицами, пусть даже и за плату. С другой стороны, добросовестный приобретатель от этого практически не пострадает, так как его интерес при продаже имущества или сдаче его в аренду связан с получением платы, а не с личностью контрагента по сделке.

В ситуации, когда будет доказано, что имущество выбыло из владения собственника вопреки его воле, а приобретатель является добросовестным, преимущества могут быть у собственника, виндикационный иск которого судом был удовлетворен. Это возможно тогда, когда собственник добьется истребования у добросовестного приобретателя имущества, выбывшего из владения собственника во исполнение судебного решения. В этой ситуации предоставлять защиту следует уже добросовестному приобретателю в виде наделения его преимущественными правами выкупа и аренды имущества, которое он будет вынужден передать собственнику. Такая защита может иметь место лишь при условии утраты добросовестным приобретателем возможности восстановления своего положения за счет неуправомоченного от-

чуждателя и (или) третьих лиц, которые несут ответственность за утрату имущества.

Если же приобретатель имущества является недобросовестным, удовлетворение виндикационного иска не должно вызывать вопросов и ни о каком преимуществе собственника говорить не следует, причем, независимо от того, по воле собственника выбыло имущество из его владения или нет.

Таким образом, именно с позиций выявления преимущественного правового положения сторон правоотношения, лежащего в основе виндикации, можно решать проблему достижения баланса интересов собственника имущества, утратившего его и добросовестного приобретателя этого имущества. Для реализации наших предложений потребуется внести соответствующие изменения в ГК РФ.

Глава 3. Содержание демографической функции права и ее реализация в РФ (Бугрова Т.М.)

Аннотация

В статье рассматривается демографическая функция права, приводится ее определение, характеризуются основные признаки. Предпринята попытка анализа реализации рассматриваемой функции органами государственной власти в Российской Федерации.

Ключевые слова: функция права, демографическая функция права, демографическая политика, демографические отношения.

Annotation

The article discusses the demographic function of law, given its definition, are characterized by major symptoms. Attempt to analyze the implementation of the function under consideration by public authorities in the Russian Federation.

Keywords: Right function, Demographic function of the right, The demographic policy, Demographic relations

Пути реализации демографической политики разноаспектны, немаловажными здесь являются экономические, идеологические, социальные функции, однако особое место отводится демографической функции права.

При определении функции права вообще необходимо исходить из двух главных моментов.

Во-первых, функции права – это направления его воздействия на сознание и поведение людей, на разнообразные сферы общественной жизни.

Во-вторых, функции права должны выражать его сущность, социально-правовое назначение и роль в правовой системе общества. Они связаны с действием права, с его реализацией.

Среди ученых нет единого мнения касательно определения функций права. Так, профессор М.И. Байтин предлагал понимать под ними наиболее существенные направления и стороны воздействия права на общественные отношения⁸¹. С.С. Алексеев считает, что они (функции) – это направления правового воздействия, выражающие роль права в организации (упорядочивании) общественных отношений⁸². Т.Н. Радько и В.А. Толстик полагают, что “функции права можно определить как обусловленные социальным назначением направления правового воздействия на общественные отношения”⁸³.

С учетом высказанных мнений функции права можно определить как обусловленные объективной действительностью наиболее существенные направления воздействия права на общественные отношения.

Все функции права традиционно делят на внешние и внутренние. К внутренним функциям относятся специально-юридические (регулятивная, охранительная, превентивная, восстановительная, компенсационная, карательная, контрольная и др.), а внешним – общесоциальные (экономическая, политическая, социальная, экологическая, демографическая и др.). В целом же наблюдается тенденция увеличения численности функций права, усложнение их внутренней структуры⁸⁴.

Следует отметить, что некоторые ученые выделяют в качестве самостоятельной демографическую функцию права (В.Н. Карташов, Л.В. Половова, Б.Т. Бадоев и др.). Но, кроме этого, ее необходимо рассматривать в системе общесоциальных функций права, анализировать не только юридическое, но и экономическое, социальное, идеологическое и прочее содержание указанной функции⁸⁵.

Под демографической функцией права следует понимать юридическое воздействие на волю и поведение людей, способное обеспечить оптимальный рост населения за минимальный период времени, установить такой режим его воспроизводства и миграционной подвижности, который полностью отвечает задачам государства и общества. Для определения указанной функции важным является анализ ее характера и цели, к которым относится:

1. Особый характер демографических отношений, подлежащих регулированию, под которыми понимают отношения, складывающиеся между государством, в лице его специальных органов, и гражданами, урегулированные нормами демографического законодательства, влекущие за собой обоюдные права и обязанности между субъектами. К основным группам демографических правоотношений относятся материнство и отцовство, семейно-брачные

⁸¹ См.: Байтин М.И. Сущность права (Современное нормативное понимание на грани двух веков). Изд. 2-е, доп. – М.: ООО ИД "Право и государство", 2005. С.169.

⁸² См.: Алексеев С.С. Общая теория права: В 2 т. М., 1981. Т.1. С.191.

⁸³ Радько Т.Н. Функции права: Монография / Т.Н. Радько, В.А. Толстик. Н. Новгород, 1995. С.28.

⁸⁴ См.: Ширмамедов А.К. Карательная функция права. Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Владимир, 2007. С.15.

⁸⁵ См.: Например, Бадоев М.Т. Демографическая функция права. Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Н.Новгород, 2004.

и миграционные отношения. Участниками демографических отношений выступают человек, органы государственной власти и общественного самоуправления, общественные, международные и межправительственные организации. Складывающиеся в обществе демографические отношения являются основой демографического процесса.

Особенности демографических отношений проявляются:

а) в особом субъектном составе (родители – дети; врачи – пациенты и т.д.), который является конкретно-определенным нормами демографического законодательства;

б) государство может выступать в качестве одного из субъектов в указанных правоотношениях;

в) момент возникновения данных правоотношений обусловлен особыми юридическими фактами (рождение, смерть).

2. Особая цель, стоящая перед ней, которая, в целом, совпадает с целями демографической политики вообще: стабилизация численности населения к 2015 году на уровне 142 – 143 млн. человек и создание условий для ее роста к 2025 году до 145 млн. человек, повышение качества жизни и увеличение ожидаемой продолжительности жизни к 2015 году до 70 лет, к 2025 году – до 75 лет.

3. Динамизм указанной функции, которая адаптируется к современным тенденциям и состоянию демографического законодательства.

4. Специфика задач, которые формируются путем грамотной политики государства в сфере народонаселения: управление демографическими процессами, регулирование режима воспроизводства и численности населения, его социального и национального состава.

5. Особая форма выражения демографической функции права, в виде демографического законодательства, под которым понимают систему взаимодействующих и взаимообусловленных правовых норм, регулирующих общественные отношения в сфере народонаселения, имеющих целью добиться оптимального демографического роста за минимальный период времени. А так же в концепциях и программах, которые напрямую к законодательству не относятся (согласно большому энциклопедическому словарю Концепция это определенный способ понимания какого-либо явления, руководящая идея, ведущий замысел: Концепция демографической политики на период до 2025 года, Концепция национальной безопасности. Программа же это содержание и план деятельности или работ.

В рассматриваемой функции превалирует социальное назначение в самых разнообразных сферах жизни общества, посредством соответствующего юридического воздействия.

Положительные тенденции действия демографической функции права связаны отчасти с государственно-правовыми мерами стимулирования рождаемости, в том числе благодаря сертификатам на материнский капитал. На сегодняшний день их получили 1,5 миллиона человек. 66 тысяч из них решили им воспользоваться уже в 2009 году на погашение ипотечного кредита, и государство выделило на это 18 миллиардов рублей. Еще 594 тысячи взяли

единовременную выплату от "материнского капитала" в размере 12 тысяч рублей. В 2010 году система материнского капитала на практике начинает работать полноценно (по всем трем направлениям), с учетом всех индексаций, имевших место с начала действия соответствующего закона в январе 2007 года, теперь он составляет более 340 тысяч рублей. В бюджете 2010 года на материнский капитал уже выделено 132 миллиарда рублей. Кроме того, вполне возможно, что пособие по уходу за ребенком скоро будут выплачивать не полтора года, а три.

Благодаря системе родовых сертификатов более 3 миллионов матерей смогли реализовать свое право выбора медицинских учреждений, год от года растет количество женщин и детей, получающих высокотехнологичную медицинскую помощь. По статистике выданных родовых сертификатов, в 2009 году в России появилось 1 миллион 760 тысяч малышей. Это на 2,8% больше, чем в 2008 году (1 миллион 714 тысяч). К 2015 году, согласно стратегии демографической политики, численность населения России должна составить 142-143 миллиона человек. Умерли за этот период 1 миллион 347 тысяч, это на 57 тысяч меньше, чем в январе-августе 2008 года⁸⁶.

Три года подряд снижается младенческая смертность и повышается рождаемость. В августе 2009 года, впервые за последние 20 лет, рождаемость превысила смертность⁸⁷.

Однако демографы акцентировали внимание на том, что только лишь увеличением рождаемости проблемы не решить, поскольку демографические взрывы обычно имеют непродолжительный характер. Это связано с двумя обстоятельствами. Первое – финансово-экономический кризис. Второе резкое сокращение числа женщин репродуктивного возраста. Поэтому власти страны предлагают основной акцент сделать на другие направления демографической политики, к которым относят:

во-первых, снижение смертности от сердечно-сосудистых и онкологических заболеваний;

во-вторых, сокращение младенческой смертности;

в-третьих, укрепление репродуктивного здоровья населения;

в-четвертых, пропаганда здорового образа жизни и ужесточение мер, ограничивающих распространение алкоголя и табака⁸⁸.

Согласно проекту федерального бюджета на 2009 год и на плановый период 2010-2011 годов, на реализацию приоритетных национальных проектов "Здоровье", "Доступное и комфортное жилье – гражданам России" и "Образование" из федерального бюджета предполагается выделить 234 млрд руб.

Особое место в демографической функции права занимает миграционный компонент, который в условиях экономического кризиса тоже развива-

⁸⁶ См.: М.Грицюк. Прибыль населения. // Российская газета (Федеральный выпуск) №5007. 30 сентября. 2009.

⁸⁷ См.: В. Кузьмин. Родить и воспитать. // Российская Газета (Федеральный выпуск) №5088. 20 января. 2010.

⁸⁸ См.: Т.Смолякова. 145 миллионов, столько россиян будет в 2025 году. // Российская Газета (Федеральный выпуск) N5046. 24 ноября. 2009.

ется замедленными темпами. Даже заниженная в прошлом году квота на иностранных работников оказалась использованной всего на 82 процента. Иностранцам, приезжающим к нам в безвизовом режиме, было выдано 1,4 миллиона разрешений на работу – почти на треть меньше, чем в 2008 году. Несмотря на это, в последние годы появилась явная тенденция роста замещения естественной убыли российского населения мигрантами. Причем если в предыдущие годы мигранты замещали 30-40 процентов убывшего населения РФ, то в 2009 году начался бурный миграционный приток, и статистика впервые за много лет начала показывать не убыль, а прирост населения. По мнению главы ФМС, это говорит о том, что при всех нареканиях миграционная политика государства в основе своей правильная⁸⁹.

К сожалению, для исполнения указанных направлений требуются большие финансовые вливания, гарантировать которые государственный бюджет не в состоянии.

Таким образом, напрямую прослеживается взаимосвязь функции демографической с экономической, социальной, культурной, информационной и т.д.

Каждая функция права раскрывается через свою структуру, под которой следует понимать ее строение, состоящее из элементов и связей, обеспечивающих ее целостность.

Например, в некоторой литературе демографическая функция является синонимом функции репродуктивной. Думается, что это не верно. Несмотря на внешнюю схожесть целей, стоящих перед ними, содержание их различно.

Репродуктивная функция права представляет собой воспроизведение населения на конкретном этапе развития общества посредством правового воздействия. Анализируя нормы демографического законодательства можно прийти к выводу, что все они непосредственно или опосредованно направлены на репродукцию человека.

Репродуктивная функция имеет плановый, качественный, целенаправленный характер. Именно репродуктивная функция лежит в основе всех федеральных целевых программ, направленных на увеличение численности населения. При этом особое внимание следует уделить не только правовому воздействию на репродукцию человека, но и экономическому, политическому, духовно-нравственному, медицинскому и т.д. Только в случае активного взаимодействия всех вышеназванных структур можно говорить об эффективности демографической политики государства.

Однако репродуктивная функция ограничена по сравнению с демографической своей направленностью на повышение рождаемости. Последняя же имеет более масштабный характер, который помимо повышения рождаемости нацелен на повышение качества и уровня жизни, построение правильного притока мигрантов, увеличение продолжительности жизни и т.д. Таким образом, репродуктивная и демографическая функции соотносятся между собой,

⁸⁹ См.: Смольякова Т. Неохота к перемене мест // Российская газета (Федеральный выпуск) №5098. 1 февраля. 2010.

на наш взгляд, как часть и целое. То есть, репродуктивная функция является одним из подвидов демографической.

Вообще структура демографической функции определяется такими структурными элементами, как субъекты, объект, содержание.

Миграционная функция направлена на реализацию правовых мер в сфере регулирования миграционных процессов в стране, идеологически-воспитательная на возрождение культуры семьи и здорового образа жизни путем правового воздействия, а стабилизационная, в данном контексте, укрепляет достигнутые результаты.

Основанием данной функции является депопуляция населения. В этом плане демографическая функция права неразрывно связана с демографически-активным поведением граждан, направленным на повышение рождаемости, снижение смертности, улучшении качества жизни. Все эти категории теснейшим образом связаны между собой, поскольку только здоровый физически и нравственно-сильный человек способен к возрождению нашей страны не только в количественном составе, но и в качественном.

Условия и основания (причины) необходимо отличать от поводов возникновения демографической функции права. Под поводом понимается тот или иной внутренний или внешний фактор (толчок), способствующий проявлению во вне причин, условий и, в конечном счете, возникновению следствия, т. е. осуществлению демографической функции права (ухудшение качества жизни, увеличение смертности, снижение рождаемости и т.д.). Четко установленная система поводов является важнейшим средством эффективности и качества данной функции.

Низкий уровень эффективности демографической функции права в России объясняется отсутствием системности в оценке демографической ситуации, в определении первостепенных задач по преодолению демографического кризиса. Однако, если демографическая функция не станет реализовываться в полной мере, демографическая безопасность в России будет под угрозой.

Между тем, как явление политико-правовой действительности демографическая безопасность является видом национальной безопасности России, которая как система обеспечения жизненно важных интересов личности, общества и государства основана на общей стратегии (концепции), целью которой являются безопасность человека⁹⁰.

Концепция национальной безопасности в третьем разделе «Угрозы национальной безопасности» признает важность данной проблемы для развития общества, отмечая, что последствиями глубокого социального кризиса являются резкое сокращение рождаемости и средней продолжительности жизни в стране, деформация демографического и социального состава общества, подрыв трудовых ресурсов как основы развития производства, ослабле-

⁹⁰ См.: Тиводар С.И. Демографическая безопасность России: институционально-правовое обеспечение национальных интересов. Автореф. дис. ... докт. юрид. наук. Ростов-на-Дону, 2008. С.20.

ние фундаментальной ячейки общества – семьи, снижение духовного, нравственного и творческого потенциала населения.

Глава 4. Значение принципов и норм международного права для совершенствования российской правозащитной системы. (Варданян Д.С.)

Аннотация

Статья посвящена вопросам влияния норм международного права для совершенствования российской правозащитной системы. Рассматриваются основные проблемы применения признанных Россией международных норм в сфере защиты прав человека. Так же рассматривается место и роль решений Европейского суда по правам человека в национальном законодательстве и их влияние на правозащитную систему России.

Ключевые слова: правозащитная система, права человека, Европейский суд по правам человека, международные нормы, принципы, Европейская конвенция по правам человека.

Importance of principles and norms of international law for the improvement of the Russian legal protecting system.

Annotation

The article devoted to the influence of international law for the improvement of the Russian legal protecting system. We considering main problems of application of international norms in human rights defending sphere in Russia. Also in this article will be considered the place and the role of the European court of human rights decisions in national legislation and their influence to Russian legal protecting system.

Keywords: legal protecting system, human rights, European cour of human rights, international norms, principles, European convention of human rights.

Международное право – зонтичное изначально над совокупностью национальных правовых систем. Таким образом, можно говорить, во-первых, о развитии системы международного права на базе права национального с восприятием наиболее прогрессивных идей, концепций, принципов и конкретных правовых установлений.

Во-вторых, с развитием мировых интеграционных процессов, тенденций глобализации и возникновением общих угроз человечеству, имеющих различную природу, не признающих национальных и государственных границ, следует отметить усиление взаимодействия и все более активное воздействие права международного на национальное. Проблемы, возникающие на данной

основе, невозможно решить в рамках регулятивных возможностей локальных (единичных) правовых систем.

Отсюда возрастающая роль международно-правовых актов, закрепляющих в основе фундаментальные положения, принципы обычного права и потребности развивающейся практики, и международных договоров, их влияния на развитие международно-правовой системы, в том числе как источников права для национального законодательства.

В-третьих, международное право конструктивно воздействует на национально-правовые системы через создание и развитие международно-правовых инструментов, призванных содействовать реализации отмеченных процессов (ООН, Парламентская ассамблея Совета Европы, ВТО, МОТ, МАГАТЭ, ЮНЕСКО, Европейский суд и пр.).

В-четвертых, весьма важной является разработка конкретных процедурно-процессуальных механизмов, регламентирующих процессы рассмотрения вопросов и принятия решений.

К сожалению, слабым местом остается регламентация санкций, в частности вопросов международно-правовой ответственности: их формирования, легитимации, приведения в действие.

В соответствии с ч. 4 ст. 15 Конституции РФ общепризнанные принципы и нормы международного права и международные договоры Российской Федерации являются составной частью ее правовой системы. При этом устанавливается приоритет правил международного договора над правилами, предусмотренными законом. Согласно ч. 1 ст. 17 Конституции в Российской Федерации признаются и гарантируются права и свободы человека и гражданина согласно общепризнанным принципам и нормам международного права и в соответствии с Конституцией России.

Коллизия между Конституцией РФ и международным договором, если таковая возникает, должна разрешаться исходя из смысла ст. 15 (ч. 4) Конституции, поскольку в рамках единой правовой системы нет актов, стоящих по своей юридической силе выше Основного Закона.

Достигнутый опыт европейских и других государств в правозащитных технологиях на фоне активизации и расширения межгосударственных связей с Россией, безусловно, ведет к их взаимодействию.

Конкретно-исторические особенности общества, специфические характеристики этноса, национальной, в т.ч. правовой, культуры и традиций отражаются в национальных (национально-государственных) правозащитных системах.

Определенная специфика присуща региональным правозащитным системам (европейской, латиноамериканской и др.).

В элементном составе правозащитные системы органично включают международное право, правосознание и юридическую деятельность субъектов, а сам механизм действия правозащитной системы представляет собой совокупность способов, форм, государственно-властных, общественных и смешанного типа институтов, с помощью которых реализуются нормы права (а через них и принципы) в законотворческой и правоприменительной прак-

тике, связанные с обеспечением и защитой субъективных прав, свобод и охраняемых законом интересов человека и гражданина.

Юридическая деятельность соответствующих субъектов должна осуществляться на базе и в строгом соответствии с *правовыми принципами*, которым отводится особое место во взаимодействии разнообразных типов правозащитных систем⁹¹.

Основу системы правозащитного права Европы составляют нормы, на которые опирается Совет Европы, членом которого является и Россия. Главенствующей в системе права Совета Европы признается Европейская конвенция о защите прав человека и основных свобод (далее – ЕКПЧ).

Критерием классификации принципов и норм является область общественной жизни, в которой отражается содержание указанных принципов права.

Принципы права, регулирующие *экономические отношения*, определяются преимущественной моделью экономики и для рыночных форм ее характеризуются *равноправием* всех форм собственности, *правом* беспрепятственно пользоваться своим имуществом, *свободой* предпринимательской деятельности.

К правовым принципам, регулирующим *социальные отношения* в цивилизованных странах, относятся: принципы *неотчуждаемости общепризнанных и естественных прав человека*; *гуманизма*, т. е. признания человека, его прав и свобод высшей ценностью в обществе и государстве; *равноправия* людей независимо от их пола, расы, национальности, имущественного и должностного положения, места жительства и других обстоятельств; *справедливости*.

В демократических странах действуют юридические положения, которые регулируют *политические отношения*: принципы *демократизма*, т. е. участия народа в осуществлении политической и государственной власти на всех уровнях и во всех областях общественной жизни; политического *плюрализма* и *многопартийности*; *свободы* и *самоуправления* политических и иных объединений граждан, местного самоуправления и т. д.

С *духовной жизнью* связаны *свобода выражения* мнений и убеждений, слова и печати, совести и т.п.; *общедоступность* и *бесплатность* основного (начального и т. п.) *образования*; *свободы* научной, литературной, художественной и иной творческой *деятельности*.

Принципы *правовой системы общества* характеризуют правовую систему в целом и отдельные ее элементы. В них отражаются закономерности возникновения, развития и функционирования, а также специфика правового регулирования общественных отношений, раскрывается место и роль субъектов права, правоотношений и юридической практики.

⁹¹ См., например: Лукашук И.И. Нормы международного права в правовой системе России. М., 1997. С. 39; Толстик В.А. Иерархия российского и международного права. Н. Новгород, 2001. С. 22 и след.

Принципы, изложенные выше, можно считать общепризнанными, т.к. они отражены в международных пактах и конвенциях, а также в конституциях и фундаментальных законах большинства государств.

Особое место среди них занимают следующие: *законности и верховенства (господства) права*; *гуманизма*; *юридического равенства* (равенство субъектов; равенство гражданства независимо от оснований его приобретения; равенство всех форм собственности и т.д.); *неприкосновенности личности и сфер ее жизнедеятельности* (физическая, психическая, нравственная неприкосновенность личности; неприкосновенность собственности; неприкосновенность частной жизни и др. Указанное фундаментальное начало является одним из главных в правозащитных системах России (ст. 22–25, 35, 40 и др. Конституции РФ) и других стран (ст. 13, 14 и др. Конституции Итальянской Республики; ст. 15 и др. Конституции Испании и т. д.), европейской (ст. 5, 8 и др. Европейской конвенции, ст. 9, 17 и др. Международного пакта о гражданских и политических правах) и международной (ст. 3, 9, 12, 17 и др. Всеобщей декларации прав человека) правозащитных системах и служит основой взаимодействия правозащитной системы России с европейской правозащитной системой, международной правозащитной системой и правозащитными системами других стран.

Активизация правозащитной деятельности и органов государства⁹², неправительственных правозащитных организаций⁹³ в последнее десятилетие связана с ориентацией нормоустановительной деятельности на признание международных стандартов в области защиты прав и свобод личности.

«...Священный долг всех государств выполнять свои обязательства по поощрению всеобщего уважения, соблюдения и защиты всех прав человека...»⁹⁴.

Таким образом, можно утверждать, что принципы и нормы международного права играют существенную роль в формировании и развитии правозащитного направления и продиктованы реальными потребностями каждого человека, общества и всего международного сообщества.

⁹² См.: *Толкачев К.Б.* Органы внутренних дел в механизме обеспечения личных конституционных прав и свобод граждан / К.Б. Толкачев, А.Г. Хабибулин. Уфа, 1991. С. 26 и сл.; *Права человека и деятельность органов внутренних дел.* Саратов, 1994. С. 14 и сл.; *Права человека и статус правоохранительных органов: Материалы симпозиума в Санкт-Петербургском юридическом институте МВД России // Государство и право.* 1994. № 12. С. 81–119; *Проблемы обеспечения органами внутренних дел прав и ответственности граждан России в современных условиях.* М., 1994. С. 47; *Ростовщиков И.В.* Реализация прав личности и деятельность органов внутренних дел: Учебное пособие. Волгоград, 1996. С. 35 и др.

⁹³ См.: *Обзор роли и деятельности неправительственных правозащитных организаций / Пер. с англ.* М., 1995.

⁹⁴ Венская декларация и Программа действий. Принята 25 июня 1993 года Всемирной конференцией по правам человека // *Международные акты о правах человека: Сборник документов.* М., 2000. С. 80.

Чаще всего европейское право употребляется применительно к трем относительно самостоятельным блокам правовых норм: Право СБСЕ (ОБСЕ); Право европейских сообществ, Европейского Союза; Право Совета Европы.

Российские граждане обладают международной правосубъектностью (по крайней мере – международной правоспособностью) в отношении норм европейского права, касающихся прав и свобод человека, имплементированных нашей страной.

Россия вступила на путь интеграции в этот сегмент европейского правового пространства в 1989 г., когда Парламентская Ассамблея Совета Европы предоставила Верховному Совету СССР статус «специально приглашенного», пролонгированный решением Бюро ПАСЕ в 1992 г. Верховному Совету РСФСР. Затем последовала историческая резолюция ПАСЕ от 25 января 1996 г., в соответствии с которой было процедурно оформлено вступление России в Совет Европы с 28 февраля 1996 г.

Наблюдаемая в настоящее время интеграция европейского и российского права проявляется в том, что, во-первых, нормы европейского права становятся в российской правовой системе приоритетными и непосредственно действующими. Во-вторых, происходит унификация норм российского права относительно норм европейского права.

Хотя трудно не согласиться с мнением Ф.А. Покровского по поводу динамичности европейского права, которое находится на одном из этапов своей эволюции, и оценивать европейское право как «неизменяемую систему, обладающую стройной иерархической структурой элементов со стабильными связями, пока что невозможно»⁹⁵, а следовать за ней представляется затруднительным.

В сфере нормотворческой деятельности государствами нередко используются так называемые правовые легальные фикции, которые выявляют неадекватность и противоречия между реальными общественными отношениями и правом. Они свидетельствуют о том, насколько «право отстает от развивающихся общественных отношений»⁹⁶.

Исследуя существование фиктивного в нормах европейского права и сравнивая состояние двух правовых систем с точки зрения наличия фикций как негативного явления, следует отметить, что Россия лидирует. Одна из причин такого положения как раз связана, как это ни парадоксально, с приведением в соответствие с европейским правом норм российского законодательства, которые подчас становятся нереализуемыми в сегодняшних условиях.

Здесь особо следует выделить Европейскую социальную Хартию 1961 г. (STE № 35) и ее положения, связанные с требованиями обеспечения соци-

⁹⁵ Покровский Ф.А. Рекомендации и заключения в системе правовых актов Европейского сообщества // Вестник Московск. ун-та. Сер. 11, Право. 2002. № 1. С. 114.

⁹⁶ Панько К.К. Юридические фикции в современном российском праве // Проблемы юридической техники: Сборник статей / Под ред. В.М. Баранова. Н. Новгород, 2000. С. 466.

ально-экономических прав граждан⁹⁷, Европейский Кодекс о социальном обеспечении (пересмотренный) 1990 г. (STE № 139), Европейское временное соглашение о социальном обеспечении по старости, инвалидности и при потере кормильца 1953 г. (STE № 120) и целый ряд других международно-правовых документов, которые Россией были либо не ратифицированы либо ратифицированы не полностью.

Проблемам несоответствия российского законодательства европейским стандартам посвящены работы Т.В. Худойкиной, В.Т. Томилина, А.В. Петрова, С.А. Горшаковой и других авторов. Многие из них считают, что, несмотря на юридическое закрепление в российском праве норм большинства актов Европейского Союза, они не могут быть в значительной части воплощены в социально-политической структуре российского общества, поскольку оно остается по существу неправовым. Основное направление усилий должно состоять в изменении правосознания, правовой культуры, включая профессиональных юристов.

Нельзя не заметить проявления определенной дисгармонии в наметившемся процессе сближения российской и европейской правозащитных систем.

Многие из статей Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод⁹⁸ содержат указания на возможные пределы ограничения прав и свобод. Например, такие ограничительные положения введены при предоставлении права на уважение личной и семейной жизни, на неприкосновенность жилища и тайны переписки (ст. 8), свободы мысли, совести и религии (ст. 9), свободы выражения мнения (ст. 10), свободы собраний и ассоциаций (ст. 11), а также свободы передвижения (п. 3 и 4 ст. 2 Протокола № 4).

В настоящее время преобладающая часть европейских стандартов в области прав человека содержит указания на возможность их ограничений лишь законодательным путем.

Европейское право вводит запрет на ограничение прав и свобод в большей мере, нежели это предусмотрено непосредственно его положениями. Иными словами действует принцип непонижения уровня прав и свобод человека. В ст. 17 ЕКПЧ «Запрещение злоупотреблений правами» определено: «Ничто в настоящей Конвенции не может толковаться как означающее, что какое-либо государство, какая-либо группа лиц или какое-либо лицо имеет право заниматься какой бы то ни было деятельностью или совершать какие бы то ни было действия, направленные на упразднение прав и свобод, признанных в настоящей Конвенции, или на их ограничение в большей мере, чем это предусматривается в Конвенции».

Иной подход к вопросу ограничения прав и свобод используется в российской Конституции. Статья 19 гласит: «Все равны перед законом и судом».

⁹⁷ 3 мая 1996 г. принята новая редакция названной Хартии (STE № 163). См.: Право Совета Европы и Россия (сб. документов и материалов). Краснодар, 1996. С. 303–308; *Глотов С.А.* Россия и Совет Европы: политико-правовые проблемы взаимодействия. Краснодар, 1998. С. 160–164. В 2009 году Россия частично ее ратифицировала.

⁹⁸ См.: СЗ РФ. 2001. № 2. Ст. 163.

Однако данное положение обеспечивается непосредственно самим государством, которое гарантирует равенство прав и свобод, в том числе (что крайне сомнительно) независимо от «имущественного и должностного положения» (ч. 2 ст. 19 Конституции РФ).

Другой пример. Статья 8 ЕКПЧ гласит: «1. Каждый имеет право на уважение его личной и семейной жизни, его жилища и его корреспонденции. 2. Не допускается вмешательство со стороны публичных властей в осуществление этого права, за исключением случаев, когда такое вмешательство предусмотрено законом и необходимо в демократическом обществе в интересах национальной безопасности и общественного порядка, экономического благосостояния страны, в целях предотвращения беспорядков и преступлений, для охраны здоровья или нравственности или защиты прав и свобод других лиц».

Конституция России аналогичное право защищает иначе (ч. 2 ст. 23): «Каждый имеет право на тайну переписки, телефонных переговоров, почтовых, телеграфных и иных сообщений. Ограничение этого права допускается только на основании судебного решения».

Весомым препятствием на пути гармонизации российской и европейской правозащитных систем могут стать формально-юридические расхождения, в частности касающиеся сфер реализации некоторых политических прав и свобод.

Статья 55 Конституции устанавливает: «2. В Российской Федерации не должны издаваться законы, отменяющие или умаляющие права и свободы человека и гражданина. 3. Права и свободы человека и гражданина могут быть ограничены федеральным законом только в той мере, в какой это необходимо в целях защиты основ конституционного строя, нравственности, здоровья, прав и законных интересов других лиц, обеспечения обороны страны и безопасности государства».

Однако буквальное сравнение приведенного конституционного положения, например, с требованиями ст. 10 ЕКПЧ, где установлены гарантии права на свободу слова, дает повод для вывода о формализме отечественной правозащитной системы:

«1. Каждый человек имеет право на свободу выразить свое мнение. Это право включает свободу придерживаться своего мнения и свободу получать и распространять информацию и идеи без какого-либо вмешательства со стороны государственных органов и независимо от государственных границ...

2. Осуществление этих свобод, налагающее обязанности и ответственность, может быть сопряжено с формальностями, условиями, ограничениями или санкциями, которые установлены законом и которые необходимы в демократическом обществе в интересах государственной безопасности, территориальной целостности или общественного спокойствия, в целях предотвращения беспорядков и преступлений, для охраны здоровья и нравственности, защиты репутации или прав других лиц, предотвращения разглашения информации, полученной конфиденциально, или обеспечения авторитета и беспристрастности правосудия».

Детальная регламентация вопросов реализации прав и свобод человека и гражданина – залог эффективности правозащитной системы.

Вместе с тем ввиду отсутствия сколько-нибудь четкой, законодательной регламентации ограничений права и свободы российских граждан становятся объектом произвольного, дискреционного вмешательства, в первую очередь со стороны государства.

Европейские нормы о правах человека связаны между собой и представляют ряд международно-правовых стандартов. Анализ большинства современных учебников и монографий показывает, что та или иная норма признается международно-правовым стандартом без раскрытия сути понятия.

Международно-правовой стандарт сегодня – это тот минимум, что требуют от государства, то есть государство может делать нормы глубже и содержательнее. Представляются целесообразными в этом контексте предложения по разработке и содержательной стороне закона об иммунитете Российского государства⁹⁹.

В настоящее время выделяют три формы выражения международно-правовых стандартов: международный договор, международно-правовой обычай и решение Европейского суда по правам человека.

В общем процессе системного взаимодействия национального и международного права можно особо выделить некоторые направления и аспекты такого взаимодействия, как и взаимной рецепции положений, пока преимущественно односторонних, отражающих базовые представления о системе ценностей и конкретные нормативные предписания (регламент поведения) для субъектов соответствующих правоотношений.

Унификация нормативно-законодательной базы – процесс, объективируемый внутренними и внешними условиями и протекающий постоянно. Общие принципы и нормы международного права воздействуют на характер и содержание деятельности органов всех ветвей власти: законодательной, исполнительной и судебной, всех ее уровней, на муниципалитеты, работу органов прокуратуры, адвокатское сообщество, нотариат, иные структуры, организации и сообщества.

Как представляется, в свете российских реалий наиболее серьезную трансформацию, требующую законодательно-нормативного отражения, должны претерпеть сам характер, методология функционирования органов исполнительной власти, механизмы ее взаимодействия с населением: наемный характер службы, оплата, критерии эффективности (результативности) работы, прозрачность действий, открытость для населения, периодическая отчетность и ответственность. Следует констатировать, что здесь Россия далеко отстает от европейских стандартов при всем их национально-государственном многообразии, хотя и просматривается тенденция к изменению ситуации.

⁹⁹ См.: Демидов И.А. Государство как субъект международного частного права: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Саратов, 2005. С. 29.

Международное право в своих принципах и нормах в части признания основных прав и свобод человека (а вместе с тем и права на их защиту) исходит из теории естественных (неотчуждаемых) человеческих прав. Принципы права как такового, расширяя границы позитивистского подхода, углубляют вместе с тем и отечественную юридическую доктрину, что позволяет, в свою очередь, конструктивнее воздействовать на систему международного права.

На возможность использования общих принципов права для решения такого важного вопроса, как устранение пробельности Конституции, самого Основного Закона, при возникновении конституционного спора, отталкиваясь от аналогии права, указывает Б.С. Эбзеев¹⁰⁰.

Таким образом, при не просто допущении, но и обяывании не только на федеральном, но и на уровне субъектов РФ и реализации задач защиты прав человека и гражданина (а это возможно только на базе единообразного подхода на концептуально целостной основе) решается еще одна важная задача – внутренняя «цементация» законодательства в российской правовой системе.

Основная нагрузка по защите прав человека ложится на суд. Система защиты, предусмотренная ЕКПЧ, по своей природе субсидиарна. Это означает, что защита прав человека должна осуществляться в первую очередь на национальном уровне. Конвенция вменяет в обязанность всем государствам организовать их правовую систему таким образом, чтобы поступающие в суд дела разрешались в разумные сроки (ст. 6 Европейской Конвенции)¹⁰¹. Кроме того, ни один суд не должен подвергаться критике, если он более широко трактует положения Конвенции, когда это диктуется необходимостью защиты прав граждан.

При обращении в Европейский суд складывается новое правоотношение – международное правоотношение, даже если спор носит гражданско-правовой характер. Суд в этом случае рассматривает спор не о защите субъективного гражданского права, а о нарушении конвенционного права.

Решение Европейского суда по своему характеру не имеет на сегодняшний момент такого действия на территории России, которое бы непосредственно приводило к возникновению, изменению или прекращению гражданских прав. Решение Суда не устанавливает гражданские права и обязанности, а констатирует наличие или отсутствие нарушения Конвенции. Однако положительное решение в пользу лица может означать подтверждение субъективного гражданского права лица и как следствие – использование им

¹⁰⁰ См.: Эбзеев Б.С. Человек, народ, государство в конституционном строе Российской Федерации. С. 134.

¹⁰¹ В России стало почти нормой, когда судебное разбирательство затянуто, а качество защиты во многом зависит от финансового состояния человека. Уполномоченному по правам человека в Российской Федерации О.О. Миронову пришлось обратиться к судебскому корпусу России с разъяснением того, что подобная ситуация сопряжена с бременем больших компенсационных выплат в случае поступлений соответствующих жалоб в Европейский суд // Государство и право. 2000. № 2. На то же указывает в 2005 г. Уполномоченный по правам человека В.П. Лукин, отмечая «затянутость судебного процесса по делу о т.н. «благовещенской зачистке» в конце 2004 г. в Башкортостане.

после вынесения решения любого из внутригосударственных способов защиты (ст. 12 Гражданского кодекса РФ).

Решение Европейского суда может служить основанием для пересмотра действующего гражданского законодательства, не соответствующего Конвенции. Европейский суд не может признать недействительным российский правовой акт, но его решение может послужить основанием для признания правового акта недействительным российским судом (ст. 13 Гражданского кодекса РФ).

Справедливая компенсация, которая может быть присуждена судом, выступает как международно-правовая санкция имущественного характера, накладываемая на государство за нарушение им прав других лиц. Особенность такой санкции заключается в том, что она, являясь международно-правовой по происхождению, несет в себе определенный компенсационный характер, присущий гражданско-правовой ответственности. Таким образом, перед отдельным индивидом государство реально может нести гражданско-правовую ответственность по законодательству РФ и международную – по Европейской конвенции¹⁰².

Исходя из вышеизложенного, можно констатировать следующее:

1. Принципы международного права, формируясь исторически в процессе межгосударственного общения и разнообразных интеграционных процессов и базируясь на национально-государственной основе, в свою очередь, начинают оказывать все более активное воздействие на характер и реальное содержание национального права, динамику его трансформации, законодательное выражение. На фоне этого позитивного в целом процесса, аккумулирующего общечеловеческий опыт правового развития, едва ли какая-либо национально-правовая система способна отвергнуть фундаментальные принципы демократии, верховенства права, абсолютной ценности прав личности, свободы и справедливости, подтвержденные, в частности, Венской декларацией 9 октября 1993 г.

2. Правозащитная система как подсистема права в целом номинально призвана формировать, структурировать и детализировать механизмы, связанные с защитой нарушенных прав человека и гражданина в любой области духовной и материальной жизни, обеспечивая право на эффективную процедуру справедливого разбирательства, «эффективный процесс», в котором важную роль играют «технологические» аспекты такого разбирательства, их соответствие критериям объективности, независимости, всесторонности, равенства возможностей в защите нарушенных прав.

Не менее важной для российских условий оказывается вторая сторона, определяющая сам уровень реального наполнения нормативно выраженного материального права, прежде всего в социальной сфере, в сфере трудовых отношений, социальной защиты, пенсионного обеспечения, охраны здоровья,

¹⁰² См.: *Канашевский В.А.* Международные договоры Российской Федерации и акты гражданского законодательства: соотношение и взаимодействие разносистемных источников: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Казань, 2000. С. 22.

материнства и детства, инвалидов и т.д. Приходится констатировать, что ряд норм Европейской социальной Хартии до настоящего времени не нашли национального законодательного выражения, а многие из них оставлены без соответствующих механизмов конкретной реализации.

3. Позитивный характер воздействия международного права, международной правозащитной системы выражается в признании необходимости рецепции и фактической рецепции общепризнанных принципов и отдельных норм и целых блоков норм в национальную правозащитную систему. Формы такой рецепции носят в основе комплементарный характер.

Реалии России: неразвитость конкурентных форм рынка, однобокость и во многом спекулятивный характер экономики, социальное расслоение и «цивилизованная» нищета, продолжающийся оставаться низким уровень правосознания и правовой культуры в целом, включая правоохранителей, во многом неэффективная работа силовых структур (Т.Г. Морщакова говорит даже о «правоугрожающих органах»), неэффективное управление и планирование, в т.ч. бюджетное, и финансовое обеспечение и целый ряд других факторов, не обеспечивающих адекватности нормативного выражения права и его регулятивных возможностей.

В то же время следует признать нецелесообразность безоговорочной инкорпорации в отечественное законодательство любых предложений западных партнеров. В частности, российские условия (высокий уровень преступности и коррупции, недостаточность (неразвитость) форм судебного контроля, его механизмов и качества) требуют особого внимания и развития прокурорской системы, а не копирования стандартов европейских стран в этой области.

4. В Заключении ПАСЕ № 193 (1996) по заявке России на вступление в Совет Европы (СЕ) в числе 26 условий-рекомендаций содержались предложения по поддержке и укреплению в России правозащитных неправительственных организаций, созданию гражданского общества и приведению национального законодательства в соответствие с принципами и стандартами СЕ.

В связи с этим значителен объем уже проделанной, как и продолжающейся работы в направлении совершенствования нашего законодательства и правоприменительной практики:

в части инкорпорирования в структуру норм национального законодательства, начиная с конституционного уровня, положений, легитимирующих действие норм международного права и международных договоров Российской Федерации, которые признаются частью ее правовой системы (ч. 4 ст. 15, ч. 1 ст. 17 Конституции РФ; ч. 2 ст. 1, ч. 1 ст. 11 Гражданско-процессуального кодекса РФ; ч. 3 ст. 3, ч. 1, ч. 4 ст. 13 Административно-процессуального кодекса РФ и др.);

в части разрешения коллизий норм российского права и норм ЕКПЧ с признанием приоритета последних;

в части признания обязательной юрисдикции ЕС, Европейского суда и Европейской комиссии по правам человека; права россиян обращаться в слу-

чае исчерпания национальных средств защиты прав и свобод непосредственно в международные организации;

в части развития институтов гражданского общества (принятие знакового Федерального закона от 4 апреля 2005 г. «Об общественной палате Российской Федерации»);

в части совершенствования и придания большей независимости органам местного самоуправления как одной из институциональных основ обеспечения и защиты прав и свобод личности;

в части развития и совершенствования судебной системы и правоприменительной практики, в частности, усиления судебного контроля за основными следственными действиями; за деятельностью административных органов; за соблюдением прав граждан в информационной сфере (правовое информирование, доступность информации, информационное просвещение и др.).

5. Нуждаются в большей конкретизации на местном (национальном) уровне нормативные положения Всеобщей декларации прав человека, носящие по существу универсальный характер (ст. 29, 30 Декларации; ст. 17 «Запрещение злоупотреблений правами» Европейской конвенции), требующие таких форм, методов, способов реализации индивидуальных прав и свобод, которые не затрагивали бы и не наносили вреда правам и интересам других граждан, лиц, организаций.

Фактом является то, что в условиях нецивилизованной реализации положения «Разрешено все, что не запрещено законом», при наличии большого количества лагун, белых пятен правового пространства и прямых злоупотреблений правом, реализация прав одних оборачивается нарушением прав других, и частный, эгоистический интерес нередко возобладает над государственными и общественными интересами. Иллюстрацией может служить подмена и адресата, и адресанта лозунга «Отнять и поделить!», традиционно приписываемого СМИ левой оппозиции. На деле же в контексте настоящего тезиса лозунг успешно реализован радикальными реформаторами с массовым нарушением прав населения России и почти полным изъятием, под видом «ничейной» и неэффективно управляемой госсобственности из его владения и передачей за бесценок в частные руки, в т.ч. олигархических кланов.

Отсутствие же экономической независимости и свободы девальвирует ценность любых других прав и свобод личности.

6. Требуется критичной оценки и внесения комплексных изменений и весь пласт законодательства, связанный с демократизацией управления и обеспечением прозрачности деятельности всех ветвей власти и органов управления, нормативной детализации и закрепления механизмов и процедур сменяемости, отзыва (депутатов всех уровней), периодичность отчетности, в т.ч. критериев такой отчетности и ответственности. Нами усматривается и целесообразность избрания мировых судей населением муниципального образования в противовес существующей практике, которая к тому же нередко оказывается бесконкурсной, т.е. безальтернативной.

Глава 5. Единство судебной практики как принцип российского законодательства (Кожокарь И.П.)

Аннотация (-+)

Статья посвящена вопросам единства судебной практики приобретают особую актуальность в условиях возрастающего усложнения и дифференциации законодательства, вступления России под юрисдикцию Европейского суда по правам человека, необходимости выйти на качественно новый уровень открытости и доступности правосудия. При этом автором проводится сравнения действующего законодательства в области гражданско-процессуального и арбитражного процессуального отраслей права.

Ключевые слова: судебная реформа, единство судебной практики, юрисдикция Европейского суда, практика окружных арбитражных судов, полномочия судебных инстанций, Пленум Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации

Annotation

The article deals with the unity of jurisprudence become especially important in conditions of increasing complexity and differential dissociation of the legislation of Russia's accession to the jurisdiction of the European Court of Human Rights, the need to reach a qualitatively new level, Wen openness and access to justice. In this case, the author compares the current legislation on civil procedure and arbitration procedure branches of law.

Keywords: judicial reform, the unity of jurisprudence, jurisdiction of the European Court, the practice of district courts of arbitration, the powers of the courts, the Plenum of the Supreme Arbitration Court of the Russian Federation

Важнейшей характеристикой правового государства является реальное предоставление каждому гражданину надёжных гарантий судебной защиты его прав, свобод и законных интересов, что можно достичь при слаженной и предсказуемой работе всей судебной системы.

В настоящее время Россия переживает сложный период судебной реформы, одним из главных направлений которой является повышение эффективности отправления правосудия по гражданским делам, которое зависит от чёткой и слаженной работы всех звеньев судебной системы. И здесь важнейшим условием является единство судебной практики как основной показатель слаженной работы всей судебной системы.

Вопросы единства судебной практики приобретают особую актуальность в условиях возрастающего усложнения и дифференциации законодательства, вступления России под юрисдикцию Европейского суда по правам человека, необходимости выйти на качественно новый уровень открытости и доступности правосудия. Вместе с тем проблема единства судебной практики

сопряжена с наиболее сложными аспектами судебной деятельности, определяющими силу и авторитет судебной власти.

В настоящее время в юридической литературе вопрос о единстве судебной практики возникает, как правило, в контексте эффективности деятельности надзорных инстанций. Это бесспорно актуально, однако далеко не отражает всего спектра существующий в данной области проблем.

Проведенный нами анализ позволяет сделать вывод, о том, что единство судебной практики в настоящее время является важнейшим, системообразующим принципом российского законодательства.

Актуальность данной проблемы подтверждает и председатель Высшего Арбитражного суда РФ А.А. Иванов. В частности он заявил, что в целом практика арбитражных судов строится единообразно, но есть исключения, которые, тем не менее, не колеблют общего правила. Эти исключения бывают. Цель состоит в том, чтобы сделать их количество как можно меньше – с одной стороны. А с другой стороны – чтобы был создан механизм, который будет служить обеспечению реального единства судебной практики. Этот организационный механизм крайне важен для нас. Какие конкретно это меры, пока еще четко сказать нельзя, потому что соответствующие решения еще не приняты. Это должен быть целый комплекс мер¹⁰³.

Судебная практика окружных арбитражных судов (это кассационная инстанция) резко различается, что крайне негативно сказывается на защите прав предпринимателей, поскольку отсутствует фактор предсказуемости по типовым правовым ситуациям.

Рычаги реагирования на такой разноречивой действуют, к сожалению, не всегда. Судебная система не имеет возможности оперативного исправления ошибок, поскольку есть определенные судебные процедуры. У обзоров же судебной практики налицо направленность в будущее, а значит, они никак не затрагивают уже рассмотренные дела.

Президиум ВАС РФ, безусловно, является неким ситом, однако крайне мало дел попадает туда на рассмотрение. Таким образом, получается, что фактически арбитражно-судебная практика формируется сегодня на уровне кассационных инстанций¹⁰⁴.

В этой связи в настоящее время требуется систематизация постановлений окружных арбитражных судов, выработка ими рекомендаций нижестоящим судам.

Однако проблема далеко не ограничена разногласиями внутри системы арбитражных судов. Существуют разногласия между практикой применения тех или иных норм права между судами общей юрисдикции и арбитражными судами.

В соответствии со ст. 304 АПК РФ судебные акты арбитражных судов, вступившие в законную силу, подлежат изменению или отмене, если при

¹⁰³ Иванов А.А. Интернет-Интервью. Консультант плюс.

¹⁰⁴ См: Там же.

рассмотрении дела в порядке надзора Президиум Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации установит, что оспариваемый судебный акт:

1) нарушает единообразие в толковании и применении арбитражными судами норм права;

2) нарушает права и свободы человека и гражданина согласно общепризнанным принципам и нормам международного права, международным договорам Российской Федерации;

3) нарушает права и законные интересы неопределенного круга лиц или иные публичные интересы.

Необходимо отметить, что норма статьи 387 ГПК РФ, закрепляющая основания для отмены или изменения судебных постановлений в порядке надзора не содержит такого основания для отмены как нарушение единства судебной практики. Основаниями для отмены или изменения судебных постановлений в порядке надзора являются существенные нарушения норм материального или процессуального права, повлиявшие на исход дела, без устранения которых невозможны восстановление и защита нарушенных прав, свобод и законных интересов, а также защита охраняемых законом публичных интересов.

При этом необходимо отметить, что ч. 3 ст. 377 ГПК РФ указывает, что жалобы, представления прокурора на определения Судебной коллегии по гражданским делам Верховного Суда Российской Федерации и Военной коллегии Верховного Суда Российской Федерации, вынесенные ими в надзорном порядке, подаются в Президиум Верховного Суда Российской Федерации при условии, что такие определения нарушают единство судебной практики.

Действующие АПК РФ и ГПК РФ не содержат разъяснения, что представляет собой единство судебной практики и каковы критерии такого единства.

Решение данного вопроса упирается в спор о наличии или отсутствии полномочий судебных инстанций различных уровней осуществлять правотворческую деятельность, а также места и роль актов высших судебных инстанций в решении данного вопроса.

На наш взгляд, это бесспорно важнейший вопрос, который позволит в дальнейшем сформировать полноценное представление о единстве судебной практики как принципе российского законодательства. Однако, этого явно недостаточно.

Необходимо отметить, что и на современном этапе развития российской судебной системы суды вправе при вынесении решений ссылаться на разъяснения высших судебных инстанций по конкретным категориям споров.

Так в соответствии с ч. 4 ст. 170 АПК РФ в мотивировочной части решения могут содержаться ссылки на постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации по вопросам судебной практики.

Таким образом, по мнению некоторых авторов, постановления Пленумов Верховного и Высшего Арбитражного Судов РФ, в которых на основании обобщения практики применения законов и иных нормативных правовых ак-

тов даются разъяснения по вопросам применения конкретных правовых норм, носят общеобязательный и нормативный характер для судов.

Данные разъяснения представляют собой обнаружение официальной позиции высших судебных инстанций по вопросам судебной практики и направлены на единообразное и правильное применение судами федерального законодательства. При этом акты Верховного и Высшего Арбитражного Судов РФ, принимаемые ими при рассмотрении конкретных дел (решения, определения, постановления), несмотря на то что они обязательны для исполнения на всей территории РФ, тем не менее не носят нормативного характера¹⁰⁵.

Как видим, анализ нормативно-правовых актов позволяет говорить о том, что в настоящее время имеются достаточные правовые основания для признания за высшими судебными инстанциями права на осуществление нормотворческой деятельности.

Отметим, что на современном этапе необходимо все же констатировать наличие и неизбежность судебного нормотворчества (однако есть и противники этой идеи)¹⁰⁶, хотя бы постольку, поскольку существует немало сложных правовых проблем, не имеющих четкого и недвусмысленного законодательного решения и требующих выбора какого-либо одного варианта решения из числа возможных.

Вопрос обеспечения единства судебной практики является сложным и не имеет однозначного решения.

Бесспорно, важнейшая роль в обеспечении единства судебной практики принадлежит правосознанию правоприменителя, его способности истолковать правильно не только букву закона, но и его дух – то есть применить право в соответствии с приоритетом прав и свобод личности, закрепленным в Конституции РФ и в международных правовых стандартах. Единство судебной практики всегда подразумевает единообразный методологический подход к правоприменительной ситуации: следует исходить из приоритета прав и свобод человека, которые могут быть ограничены, но лишь в той мере, в какой того требуют принципы соразмерности и справедливости¹⁰⁷.

Однако, на наш взгляд немаловажную роль будет играть нормативное закрепление единства судебной практики как принципа российского законодательства в действующих процессуальных нормативных актах.

Немаловажную роль в практической реализации принципа единства судебной практики играет деятельность надзорных судебных инстанций.

Одной из мер, направленных на усовершенствование процедуры рассмотрения дел в надзорной инстанции, по мнению председателя Высшего Арбитражного суда РФ может быть подготовка мотивированных определе-

¹⁰⁵ Седукина О.Н. К вопросу о нормотворческой деятельности высших судов России // Российский судья. 2004. №11.

¹⁰⁶ Нерсесянц В.С. Суд не законодательствует и не управляет, а применяет право // Судебная практика как источник права. М., 1997. С. 34 – 42 и др.

¹⁰⁷ Заседание круглого стола «Единство судебной практики: теоретические, законодательные и правоприменительные проблемы». Казань. 2009.

ний об отказе в передаче дела в Президиум ВАС РФ. Действительно в настоящее время в данных судебных актах, как правило, отсутствует развернутая мотивировка относительно причин отказа в передачи дела в президиум Высшего Арбитражного суда РФ.

Второй мерой, которая может обеспечить единство, это внесение в Арбитражный процессуальный кодекс изменений, позволяющих судам обращаться с запросами в процессуальной форме в ВАС РФ о толковании тех или иных спорных, противоречивых норм закона. Это тоже обеспечит единство судебной практики.

И, наконец, еще одним возможным вариантом обеспечения единства судебной практики может послужить ускорение процедуры подготовки обобщений и постановлений Пленума и Президиума Высшего Арбитражного Суда за счет уменьшения объема проблем, по которым соответствующие позиции высказываются. Следует делать более короткие, но довольно частые обзоры практики и постановления о толковании отдельных статей закона, что в свою очередь также будет способствовать обеспечению единства судебной практики¹⁰⁸.

Глава 6. Ограничение прав и свобод человека: вопросы правотворческой и правоприменительной техники. (Давыдова М.Л., Ростовщиков И.В.)

Аннотация

В статье анализируется роль различных средств правотворческой и правоприменительной техники в процессе легализации и легитимации ограничения прав и свобод человека. Выделяются виды общих и специальных, правотворческих и правоприменительных средств юридической техники, исследуются пределы их влияния на уровень правомерности и законности правовых ограничений.

Ключевые слова: Юридическая техника, средства юридической техники, ограничение прав и свобод человека

Annotation

The article examines the role of different media law making and law-enforcement techniques in the process of legalization and legitimization of the constraint of the rights and freedoms. Distinguished types of general and special, law-making and enforcement of legal technique, explores the limits of their influence on the level of legitimacy and legality of legal restrictions.

Keywords: Legal Technology, tools of legal technique, the restriction of human rights and freedoms

¹⁰⁸ Иванов А.А. Интернет-Интервью. Консультант плюс.

Признание за личностью широкого спектра демократических прав и свобод не означает ее абсолютной свободы, поскольку это привело бы к беспредельным социальным притязаниям, к появлению эгоистического своеволия и анархизма, к бесконечным межличностным конфликтам, столкновениям индивидуальных и объективных общественных интересов. В своем практическом воплощении права и свободы не могут не иметь разумных границ.

Общие положения на сей счет содержатся уже в международно-правовых нормах. Так, в числе критериев законного ограничения прав и свобод Всеобщая декларация прав человека выдвигает должное признание и уважение прав и свобод других, удовлетворение справедливых требований морали, поддержания общественного порядка и общего благосостояния в демократическом обществе (ст. 29), Международный пакт о гражданских и политических правах – охрану здоровья населения, прав и свобод других лиц (ст. 19, 21) и др. В Европейской конвенции и защите прав человека и основных свобод говорится, что в период войны или иного чрезвычайного положения, угрожающего существованию нации, любая из высоких договаривающихся сторон может принять меры по отступлению от своих обязательств, взятых по Конвенции, в объеме, строго необходимом в связи с серьезностью сложившегося положения, при условии, что такие меры не противоречат другим ее обязательствам по международному праву (ч.1 ст. 15). Однако никакие отступления на основании сказанного не допускаются в отношении права на жизнь, за исключением гибели людей в результате правомерных военных действий, а также от запрета пыток или бесчеловечного или унижающего достоинство обращения или наказания, запрета содержать людей в рабстве или подневольном состоянии, запрета обратного применения норм уголовного закона, отягчающих ответственность или же не предусматривающих деяние в момент его совершения в качестве преступного (ч.2 ст. 15)¹⁰⁹.

Этот вопрос регламентирован и в российском законодательстве. На конституционном уровне установлен запрет злоупотребления правами и свободами (ч. 3 ст. 17 Конституции). Допускаются их ограничения в целях защиты основ конституционного строя, нравственности, здоровья, прав и законных интересов других лиц, обеспечения обороны страны и безопасности государства (ч. 3 ст. 55 Конституции). Особо выделена статья о чрезвычайном положении (ст. 56), в условиях которого может устанавливаться определенное сужение правовых возможностей личности. Известное сужение прав и свобод наблюдается на основании применения к правонарушителям мер юридической ответственности, особенно уголовной в виде лишения свободы и др. Вместе с тем в отношении целого ряда прав и свобод по закону вообще исключены какие-либо умаления (свобода от пыток, право на защиту через правосудие и др.). Законные же ограничения имеют четкие пределы, не допускающие унижения, властный произвол, причинение человеку неоправ-

¹⁰⁹ См.: Международные акты о правах человека: Сборник документов. 2 –е изд., доп. – М., 2002. – С.38–42; 52–67; 562–576.

данных страданий и лишений.

В реальной жизни проблема ограничения прав и свобод человека чрезвычайно сложна и не может быть сведена к каким-либо отдельным аспектам. Имеет смысл говорить об ограничениях законных и незаконных, легитимных и нелегитимных, целесообразных и нецелесообразных и т.п.¹¹⁰ Каждая классификация предполагает выход на целый комплекс проблем, в контексте которых технико-юридическая сторона вопроса представляется далеко не самой значимой. Тем не менее, в ряду задач, требующих своего решения в рассматриваемой сфере, совершенствование технико-юридической составляющей также занимает свое место.

Если исходить из принятого большинством специалистов мнения о том, что юридическая техника политически, идеологически и аксиологически нейтральна, можно предположить, что средства ее могут использоваться как для обеспечения законности, разумности, справедливости ограничения прав и свобод, так и для манипулирования волей и интересами субъектов, маскировки истинных целей законодателя или правоприменителя.

Здесь, говоря о роли юридической техники, следует различать два момента:

1) *Правомерность* ограничений, т.е. их обоснованность, целесообразность, правильность, с точки зрения соблюдения основных прав человека, обеспечения эффективности механизма правового регулирования и т.д. К сожалению, в этой сфере юридическая техника бессильна, т.к. даже квалифицированное использование технико-юридического инструментария не гарантирует качества правового регулирования и даже, наоборот, средства юридической техники могут быть использованы с различными, порой прямо противоположными целями.

2) *Законность* ограничений, т.е. соответствие их материально-правовым нормам, соблюдение установленных процедур и т.д. Говоря о роли юридической техники в установлении ограничений прав и свобод, мы подразумеваем, что использование технико-юридических средств позволяет обеспечить законность этих ограничений (опосредовано при этом влияя на их легитимность).

Исходя из деления ограничений прав и свобод человека на *нормативные* и *правоприменительные*, можно говорить о специфической роли как правотворческой, так и правоприменительной техники. На каждом уровне реализуется целая система технико-юридических средств, обеспечивающих рационализацию и эффективность юридической деятельности.

Как представляется, наиболее значимые общие средства юридической техники могут быть объединены в три группы:

– *общесоциальные* (по природе своей не имеют юридической специфики, однако, незаменимы в качестве идеальной и материальной основы дея-

¹¹⁰ Подробнее см., например: Егорова Е.В. Эволюция и современное состояние института ограничений прав и свобод человека и гражданина в России: Автореф. Дис. ... канд. юрид. наук. – Ростов/н Д. – 2005.

тельности юриста);

– *доктринальные* (разрабатываются правовой теорией, существуют в идеальном виде как часть профессионального правосознания, выступают теоретической основой профессиональной юридической деятельности);

– *нормативные* (получают нормативное закрепление и функционируют в правотворческой, правореализационной и иных сферах юридической деятельности в качестве самостоятельных средств правового регулирования).

Роль каждого из рассматриваемых правовых явлений может быть интерпретирована по-разному, в зависимости от того, на каком этапе создания и функционирования права мы их рассматриваем. Однако существование и развитие как права в целом, так и отдельных его институтов (в том числе, института ограничений прав и свобод человека) без использования этих средств были бы невозможны. Поэтому уместным представляется краткий анализ того механизма, в рамках которого реализуется данная система технико-юридических средств.

1 уровень. «Материал», из которого создается право. Основным средством создания права является *язык* и составляющие его компоненты: слово, предложение, текст. «Язык является единственным строительным материалом, из которого создается правовая материя»¹¹¹, причем словесная форма присуща далеко не только закону, а практически всем проявлениям права¹¹². Язык не только создает право, но и обеспечивает его действие, восприятие его общественным и индивидуальным сознанием. В ряду *общесоциальных* средств юридической техники язык, поэтому, безусловно, занимает главенствующее положение.

Наряду с языковыми, словесными средствами юридической техники существуют и *невербальные средства*. К этой, весьма специфической, группе относятся, в частности, *символы*, которые, являясь важной частью человеческой культуры, активно используются в процессе создания и функционирования права. Однако, все иные (кроме языка) общесоциальные средства вторичны, т.к. ни одно из них не имеет такого всеохватывающего значения, не играет настолько определяющей роли, как язык.

2 уровень. Средства структурирования правовой информации. Основным средством, теоретической, языковой и логической обработки фактического правового материала является *юридическая конструкция*. С помощью нее познаются различные правовые явления, создаются идеальные модели, отражающие их структуру и внутренние связи. В качестве вспомогательного приема на этом этапе используется классификация (хотя и саму классификацию под определенным углом зрения можно рассматривать как разновидность юридической конструкции). С помощью классификации происходит дифференциация правовых явлений, конструкция же вычленяет наиболее устойчивые, значимые из них, моделируя их внутреннее строение. Два

¹¹¹ Ушаков А.А. Право, язык, кибернетика // Правоведение. – 1991. – № 2. – С. 34.

¹¹² Поротиков А.И. Обычай в гражданском обороте // Обычай в праве. – СПб.: Юрид. центр Пресс, 2004. 382 с. – С. 209.

названных технико-юридических инструмента позволяют создать определенную теоретическую схему, форму, выступающую неким аналогом правовой реальности, – форму, которая может быть наполнена тем или иным юридическим содержанием. Именно на основе таких теоретических схем формируется логическая структура будущих правовых норм, моделируются презумпции, фикции и т.д., разрабатываются формулировки правовых дефиниций, т.е. создается теоретическая база нормативного регулирования. Сама правовая норма в единстве трех своих элементов (гипотезы, диспозиции и санкции) может также рассматриваться в качестве своеобразной юридической конструкции, но уже наполненной конкретным регулятивным содержанием.

Юридическая конструкция используется далеко не только в процессе правотворчества, но и как средство договорной, интерпретационной, правоприменительной техники, что дает основания рассматривать ее как общее технико-юридическое средство.

3 уровень. Средства установления общеобязательных правил. Этап формулирования *нормативно-правового предписания* предполагает изложение должным образом структурированной правовой информации в виде конкретных правовых велений, имеющих, как правило, текстуальную форму. С помощью нормативных предписаний, таким образом, теоретические модели (конструкции) воплощаются в правовом тексте.

Разброс средств, задействованных на этом этапе, достаточно широк. Во-первых, это сами правовые предписания во всех их разновидностях (основные и вспомогательные, типичные и нетипичные и т.п.). Во-вторых, это средства, используемые при их формулировании (термины, оговорки, отсылки). В-третьих, приемы структурирования правового текста, позволяющие обеспечить логическую последовательность, связность правовых велений (преамбула, основная часть, приложения, примечания, сноски и др.).

Все эти приемы и средства относятся, в первую очередь, к правотворческой технике, хотя могут и должны распространяться на все виды письменной, документационной деятельности. Нормативно-правовое предписание в отличие от них сохраняет свое значение как общее технико-юридическое средство. Это связано с тем, что, являясь мельчайшей частицей позитивного права, предписание олицетворяет собой нормативный уровень права, в значительной мере определяющий все остальные аспекты его существования. Кроме того, именно в форме нормативных предписаний существуют многие правовые явления, традиционно рассматривающиеся в качестве средств и приемов юридической техники: правовые презумпции, аксиомы, фикции и т.п. Они выступают не только особыми способами *формулирования* и нормативного закрепления воли законодателя, но и специфическими приемами правового *регулирования*, проявляющими себя на различных уровнях действия права.

Специфика средств юридической техники (по крайней мере, в континентальной правовой семье) заключается в том, что те из них, которые применяются на нормативном уровне функционирования права, одновременно яв-

ляются и общими технико-юридическими средствами, т.к. «задают тон» всему процессу правового регулирования.

Таким образом, каждый из названных уровней средств юридической техники (общесоциальный, доктринальный и нормативный) выполняет свои функции в обеспечении эффективности правового регулирования, в том числе, в сфере ограничения прав и свобод.

Если обратиться к *общесоциальному* уровню, представленному, в первую очередь, языковыми средствами юридической техники, то следует признать, что в контексте проблемы ограничения прав и свобод человека целесообразнее, вероятно, говорить не о сущностных аспектах языка права (язык выступает не только в качестве формы *выражения*, но и в качестве единственной формы *существования* права), а о прикладной стороне вопроса – об особенностях законодательных формулировок, об использовании специальных терминов, структур предложения, позволяющих точнее выразить суть правового веления. *Доктринальные* средства, включающие в себя главным образом юридические конструкции, играют наиболее значительную роль в создании «идеальной материи права». Именно на доктринальном уровне рождаются, выкристаллизовываются схемы, структуры, модели разнообразных правовых установлений, в том числе, прав и свобод человека и их юридических ограничений. *Нормативные* средства формируются в результате обретения идеальной конструкцией конкретной языковой формы. Доктринально разработанные схемы воплощаются при этом в одном или нескольких нормативно-правовых предписаниях. Именно на этом этапе наиболее наглядно проявляется значение юридической техники как инструмента ограничения прав и свобод. Значение это может быть различным и зависит от того, какой тип нормативно-правовых предписаний используется законодателем для их установления и обеспечения.

1) Среди средств *обеспечивающих легитимность* правовых ограничений важное место занимают *нормативно-правовые декларации* – предписания, не выполняющие собственно регулятивных функций, излагающие мотивы, конечные цели правового регулирования. Характерна в этом плане принятая в 1991 г. российская Декларация прав и свобод человека и гражданина¹¹³, которая с незначительными изменениями была инкорпорирована в обновленный текст действовавшей тогда Конституции РСФСР 1978 г.¹¹⁴

Нередко декларации констатируют права и свободы, например, ссылаясь на соответствующие положения Конституции РФ или воспроизводя мотивы, побудившие к принятию соответствующего закона. Например: «*Право на образование является одним из основных и неотъемлемых конституционных*

¹¹³ См.: Ведомости Съезда народных депутатов РСФСР и Верховного Совета РСФСР. – 1991. – № 52. – Ст. 1865.

¹¹⁴ См.: Конституция (Основной Закон) Российской Федерации – России. – М., 1993. – С. 12–21.

прав граждан Российской Федерации»¹¹⁵; «Настоящий Федеральный закон направлен на обеспечение санитарно-эпидемиологического благополучия населения как одного из основных условий реализации конституционных прав граждан на охрану здоровья и благоприятную окружающую среду»¹¹⁶; «Настоящий Федеральный закон регулирует отношения в области экологической экспертизы, направлен на реализацию конституционного права граждан Российской Федерации на благоприятную окружающую среду посредством предупреждения негативных воздействий хозяйственной и иной деятельности на окружающую природную среду и предусматривает в этой части реализацию конституционного права субъектов РФ на совместное с РФ ведение вопросов охраны окружающей среды и обеспечения экологической безопасности»¹¹⁷. Упоминание конкретных ограничений для декларативных предписаний не характерно, т.к. ограничения являются чаще всего исключениями из общего порядка.

В то же время положения преамбулы, предписания-задачи, цели служат первичным наиболее общим обоснованием концепции нормативно-правового акта, в том числе, и обоснованием закрепленных в нем ограничений прав и свобод. Ограничения, в этом смысле, хоть и являются исключением из общего правила, но служат необходимым элементом в механизме реализации общих целей нормативного акта, его концепции. Объясняя мотивы законодателя, обосновывая значимость данного правового акта, декларации, возможно, в большей мере должны быть ориентированы не столько на констатацию прав и свобод (их наличие и так будет воспринято субъектом позитивно и, потому, не нуждается в дополнительных аргументах), сколько на обоснование целесообразности и неизбежности *ограничений* этих прав и свобод. Например: *«В Российской Федерации недопустимы пропаганда вражды и пренебрежения к любому языку, создание противоречащих конституционно установленным принципам национальной политики препятствий, ограничений и привилегий в использовании языков, иные нарушения законодательства РФ о языках народов РФ»¹¹⁸.*

Таким образом, благодаря правовым декларациям, ограничения прав и свобод человека приобретают *дополнительное* обоснование. Оно не является обязательным и используется законодателем далеко не всегда. Но в наиболее сложных ситуациях, когда нет гарантии, что субъект позитивно воспримет

¹¹⁵ Федеральный закон от 13 января 1996 г. № 12-ФЗ "О внесении изменений и дополнений в Закон Российской Федерации "Об образовании" // Собрание законодательства Российской Федерации от 15 января 1996 г. № 3, ст. 150

¹¹⁶ Федеральный закон от 30 марта 1999 г. № 52-ФЗ "О санитарно-эпидемиологическом благополучии населения" // Собрание законодательства Российской Федерации от 5 апреля 1999 г., № 14, ст. 1650

¹¹⁷ Федеральный закон от 23 ноября 1995 г. № 174-ФЗ "Об экологической экспертизе" // Собрание законодательства Российской Федерации от 27 ноября 1995 г., № 48, ст. 4556

¹¹⁸ Закон РФ от 25 октября 1991 г. № 1807-1 "О языках народов Российской Федерации" // Ведомости Съезда народных депутатов и Верховного Совета Российской Федерации от 12 декабря 1991 г., № 50, ст. 1740

установленные законом ограничения его прав, такие средства могут и должны использоваться.

2) Целый ряд технико-юридических средств направлен на *обеспечение качества нормативно-правового акта*, опосредовано влияя при этом на качество устанавливаемых им правовых ограничений. К примеру, роль *нормативно-правовых дефиниций* в технико-юридическом обеспечении механизма ограничения прав и свобод не является особо значительной. В целом, ее можно, вероятно, свести к обеспечению ясности, понятности, непротиворечивости нормативного текста, являющихся дополнительным условием легальности и легитимности правовых ограничений. Аналогичную роль играют, по нашему мнению, нормативно-правовые предписания, образующие *системосохраняющий механизм права* – коллизионные, оперативные, предписания, устанавливающие аналогию, и др. Не закрепляя непосредственно никаких ограничений, они обеспечивают общий уровень качества правового текста, от которого, в том числе, зависит возможность полноценной реализации отдельных правовых институтов.

3) Основную роль в рассматриваемой сфере играют многочисленные средства, *обеспечивающие законность* ограничений прав и свобод человека. Среди них, в первую очередь, необходимо выделить правовые принципы и предписания, выражающие нормы права во всех их разновидностях (регулятивные и охранительные, предписания-презумпции и фикции и т.п.).

Нормативно-правовые принципы – предписания, выражающие основные идеи, суть правового регулирования соответствующих отношений. Их роль в сфере ограничения прав и свобод может быть как положительной, так и негативной, в зависимости от того, каковы истинные цели, преследуемые законодателем.

В первом случае нормативно-правовой акт должен содержать четкую систему принципов, достаточно полно и исчерпывающе характеризующих его концепцию. Наглядной иллюстрацией здесь может служить положение Конституции Российской Федерации о том, что человек, его права и свободы являются высшей ценностью (ст.2). Соответственно любые ограничения прав человека, устанавливаемые тем или иным законом, должны укладываться в рамки вышеназванного принципа. Нормативно-правовые принципы выступают здесь важным средством обеспечения законности и легитимности не только нормативных, но и правоприменительных ограничений прав и свобод человека.

Отсутствие в законе четко сформулированных принципов может свидетельствовать либо об отсутствии единой концепции нормативного акта (и, следовательно, его внутренне противоречивом, несогласованном характере), либо о нежелании законодателя открыто демонстрировать эту концепцию, его стремлении замаскировать те или иные цели правового акта, не акцентировать внимание на средствах их достижения. В обоих случаях ограничения прав, устанавливаемые данным законом, с большей долей вероятности могут носить произвольный, необоснованный характер.

Возможны также ситуации, когда ограничения прав устанавливаются

самими принципами. Содержание принципа при этом раскрывается в отдельной статье нормативного акта. Такие ограничения:

а) наиболее существенны (т.к. предполагают исключения из *принципиального* общего порядка, из наиболее важных прав);

б) как правило, обеспечиваются значительными правовыми гарантиями;

в) по структуре и форме изложения закрепляющего их предписания напоминают обычные регулятивные правовые веления.

Механизм действия нормативно-правового принципа в этом случае выглядит следующим образом. Принцип представляет собой основополагающее правило, общую идею, выражающую суть правового регулирования определенной сферы общественных отношений, однако действие этого принципа предполагает исключения. Эти исключения или ограничения допустимы только в строго оговоренных законом случаях и пределах, однако само их наличие не свидетельствует об ущербности принципа права, а заложено, вероятно, в его природе. Сказанное относится как к конституционным положениям («Жилище неприкосновенно. Никто не вправе проникать в жилище против воли проживающих в нем лиц *иначе как в случаях, установленных федеральным законом, или на основании судебного решения*»; «Владение, пользование и распоряжение землей и другими природными ресурсами осуществляются их собственниками свободно, *если это не наносит ущерба окружающей среде и не нарушает прав и законных интересов иных лиц*» и т.п.), так и к принципам, закрепленным в отраслевых кодексах («Граждане и юридические лица свободны в заключении договора. Понуждение к заключению договора не допускается, *за исключением случаев, когда обязанность заключить договор предусмотрена гражданским кодексом, законом или добровольно принятым обязательством*»; «Разбирательство дел во всех судах открытое. *Разбирательство в закрытых судебных заседаниях осуществляется по делам, содержащим сведения, составляющие государственную тайну..., а также по другим делам, если это предусмотрено федеральным законом*»). Абсолютные, не допускающие ограничений принципы в законодательстве есть (например, принцип вины в уголовном праве, принцип независимости судей в процессуальных отраслях и т.д.), но количество их отнюдь не является преобладающим.

Разумеется, роль правовых принципов не сводится к случаям применения аналогии права или к возможности их прямого действия. Гораздо более значимым является идейное содержание права, выражаемое принципом и пронизывающее действующие правовые нормы. Однако не следует игнорировать и собственное регулятивное значение нормативно-правового принципа, которое состоит в том, что во всех случаях противоречий, пробелов, неясностей в законодательстве, недостатка нормативной либо фактической информации ориентиром при выборе обоснованного решения является правило, устанавливаемое этим принципом. В определенной мере подобный механизм действия сближает принципы права с такими специфическими средствами юридической техники, как правовые презумпции.

Нормативно-правовые презумпции и фикции по природе своей являются

средствами ограничения прав. Априорно разрешая типичную ситуацию неопределенности, они устанавливают правило, заведомо основанное на предположении. Это предположение может быть опровергнуто (в случае действия презумпции) либо являться неопровержимым (фикция). Но сам факт игнорирования в той или иной ситуации истинных фактических обстоятельств свидетельствует о возможном ограничении прав заинтересованной стороны. Подобные ограничения применяются как при отсутствии какой-либо вины сторон правоотношения, например, в случае признания лица умершим, так и при наличии тех или иных нарушений (процессуальные санкции, например, в случае неявки стороны, отказа в предоставлении доказательств и т.п.).

Нормативно-правовые предписания, выражающие правовые нормы, предназначены непосредственно для регулирования и охраны общественных отношений, в том числе, путем установления тех или иных правовых ограничений. Такие предписания при этом могут либо устанавливать ограничение в форме оговорки к основному правилу, либо закреплять самостоятельное ограничение в виде отдельного предписания-предложения. В зависимости от видовой принадлежности предписания (регулятивное или охранительное, материальное или процессуальное), а также его внутренней структуры (закрепление ограничения в гипотезе или в диспозиции (санкции) правового веления) законодатель определяет степень подробности правовой регламентации устанавливаемых ограничений, закрепляет порядок и средства их реализации, гарантии защиты прав и свобод человека от неправомерных ограничений. Безусловно, чем более подробно регламентированы процедурные и иные аспекты ограничения прав, тем меньше остается возможности для произвольных, не основанных на законе действий, для нарушения прав и свобод человека. Уровень нормативной регламентации правовых ограничений обуславливает, таким образом, гарантии законности и легитимности правоприменительной деятельности в рассматриваемой сфере. В качестве примера можно назвать Федеральный закон «О порядке выезда из Российской Федерации и въезда в Российскую Федерацию»¹¹⁹, который содержит перечень оснований (ст.15), ограничивающих право гражданина на выезд из России. Эти основания рассматриваются как временные, которые отпадают при совершении определенных действий или истечении определенного срока. Так, не разрешается выезд лицу, задержанному по подозрению в совершении преступления либо привлеченному в качестве обвиняемого, – до вынесения решения по делу или вступления в законную силу приговора суда (п. 3 ст. 15). Равным образом это относится к лицу, осужденному за совершенное преступление, – до отбытия (исполнения) наказания или до освобождения от наказания (п. 4 ст. 15).

Отдельного рассмотрения заслуживают правоприменительные ограничения прав и свобод. Они устанавливаются индивидуально-правовыми актами. На этом уровне используются как общие, так и специфические технико-юридические средства, которые условно можно объединить в три группы:

¹¹⁹ См.: Собрание законодательства Российской Федерации. – 1996. – № 34. – Ст. 4029.

1) *Общие средства* юридической техники. От их качества зависит и качество правоприменения, следовательно, их действие продолжается на данном уровне существования права.

2) *Индивидуальные правовые предписания* – веления, составляющие содержание правоприменительного акта. Их качество обеспечивается, с одной стороны, соблюдением требований письменной документационной юридической техники: языковых, логических, формальных, реквизитных и иных правил. С другой стороны (и это, наверно, главное), эффективность этих средств юридической техники зависит от полноты анализа фактических обстоятельств, правильности квалификации дела, обоснованности правоприменительного решения, учета всех юридически значимых обстоятельств. Обе стороны вопроса напрямую связаны с технико-юридической проблематикой, т.е. непосредственно зависят от *профессионализма* правоприменителя.

В процессе реализации прав и свобод личности теми или иными государственными органами, иными компетентными субъектами издаются различные правоприменительные акты¹²⁰. Ряд из них правомерно, по объективным основаниям ограничивает реализацию. Характерны здесь правоприменительные акты о виновности лица и одновременном назначении ему необходимого наказания. Они, чаще всего встречаются при осуществлении правосудия по уголовным делам (приговор о лишении свободы и др.), при введении в действие мер административного взыскания (штраф, конфискация или изъятие предмета, явившегося орудием совершения административного правонарушения, и др.). Реализацию прав и свобод могут ограничивать пресекающие правоприменительные акты (решение о задержании подозреваемого, о взятии под стражу и т.д.).

В порядке примера здесь можно привести и Федеральный закон «Об оперативно-розыскной деятельности»¹²¹, где говорится (ст.8), что ограничение прав граждан на неприкосновенность жилища допускается на основании судебного решения и при наличии информации о подготавливаемом или совершенном противоправном деянии; о лицах, связанных с таким деянием; о событиях или действиях, создающих угрозу государственной, военной, экономической или экологической безопасности Российской Федерации.

В плане ограничения прав и свобод личности можно рассматривать отдельные запрещающие правоприменительные акты. Такие акты выносятся при отсутствии противоправного поведения тогда, когда дальнейшая реализация личностью своего права без определенной коррекции влечет ясно прогнозируемый вред, представляет опасность для нее, других граждан, общественных интересов. Примеры из жизни самые разнообразные: запрет местными властями пользоваться водоемом в период эпидемии, продавать продовольственный товар до устранения возникших сомнений в его качестве, запретительные указания водителям и пешеходам со стороны регулировщика

¹²⁰ Подробнее см., например: Витрук Н.В. Общая теория правового положения личности. – М.:Изд-во Норма, 2008. – С. 350-357.

¹²¹ См.: Собрание законодательства Российской Федерации. – 1995. – № 33. – Ст. 3349.

дорожного движения, снятие милицией с учета охотничьего оружия ввиду его непригодности к использованию и др.

3) *Процедурные средства*. Основная часть правовых процедур закрепляется процессуальными нормативными предписаниями и, следовательно, относится к общим средствам юридической техники. Однако на стадии правоприменения особое значение приобретает практический аспект профессиональной деятельности – правильность соблюдения процедурных правил, умение эффективно, экономично, целесообразно осуществлять те или иные действия, соблюдение неписанных правил, деловых обыкновений, существующих в любой профессиональной среде, в том числе, и в сфере правоприменения. Все это способно обеспечить законность, минимизировать ограничения прав человека, гарантировать их справедливость и избыточность, либо, наоборот, свести на нет все нормативные, законодательные гарантии.

Это особенно важно тогда, когда для использования отдельных прав человека установлена процессуально-процедурная форма, т.е. когда закон с той или иной степенью определенности предусматривает регламент их использования. Процессуально-процедурный порядок представляет из себя собственно юридическую конструкцию реализации прав. Он обычно предполагает согласованность активных действий правообладателя и обязанных субъектов, четкую нормативную обозначенность этих действий по форме, методам, средствам, времени, месту осуществления и т. д. Согласованность задана, прежде всего, через систему юридических фактов, юридических (фактических) составов, которые вызывают указанные действия, а также сами ими порождаются. Одновременно могут регламентироваться и организационные мероприятия (уведомить лицо о решении, выдать документ и др.). К примеру, трудовое правоотношение возникает на основании юридического состава, в который, помимо достижения гражданином установленного законом возраста, получения им профессиональной подготовки, наличия вакансии и др., обычно входят: его официальное письменное волеизъявление, заключение трудового соглашения, приказ руководителя о назначении на должность. В конечном счете, важно, чтобы процессуально-процедурная форма искусственно не ограничивала реализацию прав человека, не была препятствием реализации.

В огромной мере качество правотворчества и, тем более, правоприменения зависит от человеческого, субъективного фактора, и, если прямой *умысел* на незаконные ограничения прав и свобод средствами юридической техники предотвратить невозможно, то сократить количество правотворческих и правоприменительных ошибок путем повышения квалификации законодателя или правоприменителя, совершенствования их профессионализма – это как раз задача юридической техники. Именно в этом, в частности, видится ее роль в сфере ограничения прав и свобод человека и гражданина.

Глава 7. О новом определении субъективного гражданского права, предложенного П.М. Филипповым и А.Ю. Белоножкиным (Коробов О.А.)

Аннотация (-+)

Автор в своей статье рассматривает вопросы регламентации терминологического понятия субъективного гражданского права. Ещё в советское время делались попытки свести субъективное право к юридическому статусу (положению) личности. П.М. Филиппов и А.Ю. Белоножкин не только предложили новое определение субъективного гражданского права, но и обстоятельно аргументировали свою точку зрения. Авторы предложили следующее определение: «Субъективное гражданское право – это отраженный в законе статус личности, как уполномоченной, независимой и свободной».

Ключевые слова: субъективное право, возможное поведение, правоспособность, правовой статус, субъективное право.

Annotation

The author in his article examines the regulation's terms and logical concept of subjective civil rights. Even in Soviet times there were attempts to reduce the subjective right to a legal status (Status) of personality. PM Filippov and AJ Belonozhkin not only pre-lozhili new definition subjective civil rights, but circumstances argued with respect to their views. The authors proposed the following definition: "The subjective civil right – this is reflected in the law of personal status, as the entitled, independent and free."

Keywords: subjective right, the possible behavior, legal, legal status, a subjective right.

Вопрос о том, что представляет собой субъективное гражданское право имеет длительную историю и до настоящего времени является дискуссионным. Следует отметить, что общепризнанным в науке считается понимание субъективного права в качестве меры возможного или дозволенного поведения. Однако, в последнее время появились работы, в которых общепризнанное понимание субъективного гражданского права подвергается ревизии. Так, П.М. Филиппов и А.Ю. Белоножкин предприняли попытку переосмыслить сложившиеся в науке точки зрения по поводу содержания и назначения субъективного права, доказывая ошибочность понимания субъективного права в качестве меры должного, дозволенного или возможного поведения, предложив свести его к правовому статусу субъекта¹²².

¹²²Филиппов П.М., Белоножкин А.Ю. Новое определение субъективного гражданского права и злоупотребление им. – Волгоград: ВА МВД России, 2009. – 248 с.; Филиппов П.М., Белоножкин А.Ю. О понятии субъективного гражданского права: новый взгляд сквозь призму проблемы злоупотребления правом // Очерки теории Российского законодательства: Монография / Под ред. И.Н. Сенякина. – Ч. 1. – Волгоград: Волгоградское научное издательство, 2009. С. 197-210.

Обосновывая свою позицию, авторы указали, что сущность субъективного права следует искать в тех характеристиках, которые показывают отношение между субъектом и принадлежащим ему правом. Сущность субъективного права – это те условия, которые выделяют управомоченного субъекта от обязанных лиц. Акцент здесь необходимо делать на правовом статусе или положении субъекта¹²³, в который входят закрепленные законом права и свободы, законные интересы и обязанности личности¹²⁴. Такие характеристики, как управомоченность, независимость и свобода наиболее полно раскрывают правовой статус субъекта и составляют назначение субъективного права¹²⁵.

Усиливая свою аргументацию, П.М. Филиппов и А.Ю. Белоножкин указывают также на то, что правоспособность следует понимать в качестве способности (возможности) субъекта иметь субъективные права, то есть обладать соответствующим правовым статусом, и иметь юридические обязанности¹²⁶. При определении же субъективного права в качестве возможного поведения правоспособность будет означать «возможность субъекта иметь возможность и обязанности. Определять «возможность» через «возможность» логически не верно»¹²⁷.

В советское время некоторые авторы делали попытки свести субъективное право к юридическому статусу (положению) личности, однако, так и не развили эту мысль¹²⁸. В свою очередь, П.М. Филиппов и А.Ю. Белоножкин не только предложили новое определение субъективного гражданского права, но и обстоятельно аргументировали свою точку зрения. Как заметил проф. В.П. Камышанский, авторы, по сути, предложили новую теорию субъективного права¹²⁹.

По нашему мнению, указанная теория может иметь право на существование, хотя и не является бесспорной. Наши сомнения сводятся к следующему.

Авторы предложили следующее определение: «Субъективное гражданское право – это отраженный в законе статус личности, как управомоченной,

¹²³ *Филиппов П.М., Белоножкин А.Ю.* Новое определение субъективного гражданского права и злоупотребление им. С. 70.

¹²⁴ *Витрук Н.В.* Общая теория правового положения личности. М., 2008. С. 31-32, 224.

¹²⁵ *Филиппов П.М., Белоножкин А.Ю.* Новое определение субъективного гражданского права и злоупотребление им. С. 78.

¹²⁶ Там же. С. 78.

¹²⁷ Там же. С. 63.

¹²⁸ Так, например, Л.С. Явич отмечал, что субъективное право – это «система наличных прав субъектов, их юридический статус, положение...» (Общая теория права. *Явич Л.С.* – Л., Изд-во ЛГУ, 1976. С. 186), а П.М. Филиппов указывал, что право на судебную защиту – это составная часть правового статуса гражданина, со всеми его свойствами (*Филиппов П.М.* Судебная защита и правосудие в СССР. Саратов, 1987. С. 65, 78).

¹²⁹ *Камышанский В.П.* Рецензия на монографию П.М. Филиппова, А.Ю. Белоножкина «Новое определение субъективного гражданского права и злоупотребление им» // *Власть закона*, № 1, 2010. С. 205.

независимой и свободной»¹³⁰. Первое, что обращает на себя внимание, это раскрытие существа «права» через понятие «управомоченный», что выглядит тавтологично и логически не достаточно выверено. В этой части предложенное определение целесообразно подкорректировать.

Указание на то, что статус личности является «отраженным в законе», явно излишне, так как иного быть просто не может. На наш взгляд, более логичным было бы использование термина не «отраженный», а «отображенный».

По своей сути статус личности, так или иначе, определяет рамки возможного поведения субъекта гражданского права. Если субъективное право – это какая-то часть этого статуса, то мы вновь должны признать за субъективным правом такую характеристику как «возможное поведение». С этих позиций традиционные определения понятию «субъективное право» более подробно объясняют, в чем может состоять «возможное поведение».

В тоже время, авторы правы в том, что если определять субъективное право в качестве меры возможного, то в случаях злоупотребления правом последнее превратится в меру невозможного, что сделает формулировку субъективного права расплывчатой, противоречивой и лишенной смысла.

Сведение субъективного права к правовому статусу субъекта помогает разграничить понятия «правоспособность», «правовой статус» и «субъективное право»: правоспособность охватывает собой общую возможность лица иметь права и обязанности; правовой статус включает в себя эти права и обязанности; субъективное право – это то, чем наделена личность в конкретном правоотношении: правом требования к другим лицам, независимостью и свободой применительно к своему поведению, в том числе по отношению к другим лицам (но это не «возможности» личности, а отображение ее правового статуса).

Следует также заметить, что авторы выработали новое определение исключительно для собственного исследования, посвященного в целом проблеме злоупотребления субъективным правом. В этой связи возникает вопрос о жизнеспособности этого определения применительно к другим правоотношениям. Если новое определение субъективного права будет приемлемо для всего многообразия гражданско-правовых отношений, тогда можно будет говорить и о новой теории субъективного гражданского права.

Резюмируя вышеизложенное, можно констатировать, что общепризнанное понимание субъективного права в качестве меры возможного или дозволенного поведения не отвечает в полной мере потребностям современной науки и практики. Однако, и построение новой теории субъективного права, в рамках которой субъективное право рассматривается как отображение правового статуса личности, требует дополнительной аргументации.

¹³⁰ Филиппов П.М., Белоножкин А.Ю. Новое определение субъективного гражданского права и злоупотребление им. С. 74.

Глава 8. Формы вовлечения корпоративных норм в систему российского права (российскую правовую систему) (Красильникова Т.К.)

Аннотация (-+)

Автор в своей работе посвященной формам вовлечения корпоративных норм с российскую правовую систему выделяет ряд различий между правовыми и корпоративными нормами, в частности: 1) Характер отношений, которые входят в сферу регулирования правовых норм, существенно отличается от характера отношений, которые реализуются через корпоративные нормы. 2) Одной из причин использования корпоративных, а не правовых норм в том, что некоторые общественные отношения не подлежат правовому регулированию в силу их специфической природы. Также им выделяются четыре формы вовлечения корпоративных норм. Рассматривает вопросы определения роли корпоративных норм в процессе государственно-правового регулирования корпоративной деятельностью.

Ключевые слова: корпоративные нормы, правовая оболочка, акционерные общества, правотворческая деятельность.

Annotation

The author in his work on the form of involvement of corporate standards with the Russian legal system allocates a number of differences between right-Vym and corporate standards, in particular: 1) the nature of relationships that fall within the scope of regulation of law differs significantly from the nature of the relationships that are sold through corporate norm. 2) One reason for the use of corporate, rather than legal rules that some public relations are not subject to legal regulation because of their specific nature. Also, they are four forms of involvement of corporate standards. Examines the definition of the role of corporate standards in the state and legal regulation of corporate activity.

Keywords: corporate rules, the legal envelope, joint stock companies, legislative work.

Под термином «корпоративные нормы» следует понимать всю совокупность норм, принимаемых внутриорганизационными структурами.

Можно выделить следующие различия между правовыми и корпоративными нормами:

1. Характер отношений, которые входят в сферу регулирования правовых норм, существенно отличается от характера отношений, которые реализуются через корпоративные нормы. Первые регулируют особо значимые и необходимые для общества и государства отношения. Вторые сосредоточены на отношениях межличностного и внутригруппового порядка.

Вместе с тем, отличие в характере регулируемых отношений не мешает правовым и корпоративным нормам в некоторых случаях совместно действовать в одной области регулирования.

2. Одной из причин использования корпоративных, а не правовых норм в том, что некоторые общественные отношения не подлежат правовому регулированию в силу их специфической природы. Так, вопросы организации, управления деятельностью общественных объединений, отдельных товариществ, не являющихся юридическими лицами, лежат за пределами правового регулирования. Интересы таких объединений могут быть удовлетворены лишь посредством внутренних регуляторов, выработанных членами организации.

Для формирования объективных и субъективных интересов организации существенное значение имеют те материальные условия, в которые их ставит государство в целях реализации общественных интересов. Такие корпоративные интересы, соотносимые с публичными, реализуются с помощью норм объективного права и возникающих на их основе субъективных прав. Эти интересы приобретают «правовую оболочку»¹³¹, что позволяет определить их как публично-корпоративные интересы.

Здесь необходимо заметить, что в организациях имеющих статус юридических лиц большая часть корпоративных норм возникает именно из публично-корпоративных интересов организации. Например, Федеральным законом «Об акционерных обществах» (ст. 85) установлено, что порядок деятельности ревизионной комиссии общества определяется внутренними документами общества (например, положением о ревизионной комиссии). Реализация этого интереса осуществляется в границах, установленных нормой права, т.е. в пределах утверждения соответствующего положения уполномоченным органом управления общества, и в этих же пределах осуществляется обеспечиваемая государством правовая защита данного корпоративного правового интереса.

Каким образом взаимодействуют между собой правовые и корпоративные нормы?

Значительная часть правовых норм, регулирующих деятельность юридических лиц, имеют диспозитивный характер и правила поведения, которые подлежат конкретизации или уточнению, устанавливаются корпоративными нормами. При этом, безразличное отношение законодателя к регулированию корпоративных отношений не означает передачу полномочий правотворчества корпоративной организации. Приоритет корпоративной нормы, в случае ее установления, и ее юридическое обеспечение всеми допускаемыми законом средствами возможны только как результат действия определенной правовой нормы. Например, п.2 ст.21 Федерального закона «Об обществах с ограниченной ответственностью» содержит диспозитивную норму, в соответствии с которой согласие общества и других участников общества на совершение сделки об уступке одним из участников своей доли в уставном капитале общества не требуется, «если иное не предусмотрено уставом общества». В этом случае для законодателя важен сам факт регулирования определенного общественного отношения правовой или корпоративной нормой и

¹³¹Михайлов СВ. Категория интереса в Российском гражданском праве. М, 2002. С.40.

если уставом общества предусмотрен иной порядок, данная корпоративная норма получает юридическое обеспечение как правовая, не трансформируясь при этом в последнюю.

Анализ взаимодействия правовых и корпоративных норм позволяет, выделить следующие формы вовлечения последних в правовую систему:

1. Альтернативную форму, при которой между правовой и корпоративной нормой, регулирующей то же отношение, выбирается наиболее приемлемое для субъекта правило поведения. В качестве примера взаимодействия диспозитивных правовых и корпоративных норм можно привести положение ч. 2 п.4 ст.72 Закона «Об акционерных обществах», в соответствии с которым оплата акций при их приобретении осуществляется деньгами, если иное не установлено уставом общества. Такая активная форма диспозитивной конструкции довольно распространена в законах о юридических лицах и заключается в предложении субъектам выработать корпоративную норму, отличную от правовой, что и будет являться условием ее применения в механизме правового регулирования.

К другой, менее распространенной пассивной форме диспозитивной конструкции следует отнести обязанность субъекта дублировать содержание правовой нормы в корпоративных документах как условие возможности ее реализации обществом.

2. Другую форму взаимодействия правовых и корпоративных норм составляет императивная корреляция. Присутствие некоторых групп корпоративных норм обязательно в уставе юридического лица в силу требований правовых норм. Так, статьей 11 Закона «Об акционерных обществах» предполагается наличие самого корпоративного акта общества – устава, а так же и сведений (корпоративных норм), которые непременно должны содержаться в уставе.

3. Взаимодействие правовых и корпоративных норм во внутренних документах компании может иметь бланкетный характер. В п.5 ст.49 Закона «Об акционерных обществах» установлено, что порядок принятия общим собранием акционеров решения по порядку ведения общего собрания акционеров устанавливается как уставом общества, так и внутренними документами общества, утвержденными решением общего собрания акционеров.

С помощью корпоративных регуляторов бланкетным правовым нормам придается исчерпывающая формальная определенность: формулируются права и обязанности на конкретные дозволенные и необходимые юридически значимые действия. В результате такой конструкции не происходит превращения корпоративной нормы в правовую, поскольку сама по себе корпоративная норма не выражает государственной воли и не служит удовлетворению государственных интересов. Тем не менее, её юридическая значимость состоит в придании бланкетным правовым нормам законченной регулятивной структуры.

4. Кроме того, корпоративные нормы могут вовлекаться как регуляторы, дополняющие положения установленные Законом. В качестве примера можно привести норму, содержащуюся в п.4 ст. 53

Закона «Об акционерных обществах», в соответствии с которой уставом или иными внутренними документами общества может предусматриваться требование предоставления дополнительных сведений о кандидатах на выборные должности, помимо тех, что обозначены в указанной правовой норме.

Анализ форм вовлечения корпоративных норм в механизм корпоративно-правового регулирования позволяет разделить их на две категории: к одной из них относятся формы вовлечения корпоративных норм на основе дискреционного принципа использования по усмотрению субъекта тех полномочий, которые делегируются ему правовыми нормами. Другую категорию составляет императивная форма, при которой корпоративное нормирование обязательно ввиду соответствующего требования правовых норм.

В корпоративных актах, безусловно, присутствуют корпоративные нормы, не имеющие юридической связи с нормами права и включенные в корпоративный документ по инициативе субъекта. Здесь необходимо отметить, что законодательная декларация о возможности наполнять устав организации любыми, не противоречащими закону корпоративными нормами (например п.3. ст. 11 Закона об АО) не может рассматриваться как полномочие на осуществление субъектом правового регулирования. Подобные правовые установления лишь подчеркивают диспозитивную сущность устава, во-первых, как документа используемого в целях корпоративного правового регулирования в строго очерченных законом границах и, во-вторых, как внутреннего корпоративного акта способного содержать любые, необходимые для деятельности организации корпоративные нормы.

Устав, как правило, является публичным документом организации и предназначается для ее юридической индивидуализации в качестве субъекта права. По причине данных обстоятельств учредители при подготовке этого документа снабжают его преимущественно юридически значимыми корпоративными нормами.

Нет в данном случае делегирования государством правотворческих полномочий юридическим лицам либо санкционирования их «правотворческой» деятельности. Хотя передача государственных функций в области правотворчества корпоративным организациям возможна для наиболее эффективного регулирования отношений в той или иной сфере профессиональных интересов (например, деятельности участников рынка ценных бумаг). Причем, такие юридические нормы распространяются на действия любого субъекта соответствующей деятельности, даже не являющегося участником (членом) корпоративной организации. Таким образом, при делегированном правотворчестве действие норм, создаваемых корпоративными организациями, выходит за рамки внутрикорпоративного регулирования и рассчитано на специфические отношения, возникающие в относительно узкой профессиональной среде.

Аналогичной точки зрения придерживались правоведы советского периода, когда было довольно распространено делегирование властных полномочий общественным организациям: действие норм, издаваемых общественными

ми организациями в процессе выполнения перешедших к ним государственных функций, не было связано с принадлежностью лиц и органов к этим организациям и могло распространяться на граждан и органы, не входящие в их состав.¹³²

Правотворческое делегирование есть дополнительная мера, сопровождающая акт передачи корпоративной организации части государственных функций. Функции, переходящие от государства к корпоративным организациям, имеют характерную социальную природу, определяющую соотношения сфер правового и внеправового регулирования. Казалось бы, что при сохранении такими функциями признаков и черт государственного характера регламентация отношений, возникающих в процессе их осуществления, в большей или меньшей степени должна производиться с помощью права¹³³. Вместе с тем, в данный момент законодательство о юридических лицах относится к частноправовой сфере регулирования и каких-либо специальных правотворческих функций за участниками гражданско-правовых отношений не закрепляет.

Говорить о санкционировании как форме легализации норм, устанавливаемых организациями вообще не приходится, поскольку ни один из корпоративных документов, в том числе устав организации в настоящее время не регистрируется и даже не проверяется на соответствие законодательству уполномоченными органами при образовании юридического лица¹³⁴.

Таким образом, для определения роли корпоративных норм в процессе государственно-правового регулирования корпоративной деятельностью, важно понимать, что сами по себе внутриорганизационные нормы, вовлеченные в механизм правового регулирования деятельности юридических лиц, не приобретают характера права, но с их помощью формируется этот механизм. Корпоративные нормы в результате такого вовлечения приобретают не характерную для них особенность, состоящую в обеспечении и охране от нарушений с помощью мер государственного воздействия. В отличие от норм права внеправовые нормы не обеспечиваются и не могут обеспечиваться в прямой форме юридическими средствами¹³⁵. Прекращение действия корреспондирующихся этим корпоративным нормам правовых регуляторов, изложенных законодателем в бланкетной форме, автоматически лишает первые юридического обеспечения.

¹³²Баймаханов М.Т. Нормотворческая деятельность общественных организаций в процессе выполнения переданных им государственных функций // Советское государство и право. 1963. №9. С.96.

¹³³Федеральный закон от 8 августа 2001 г. N 129-ФЗ "О государственной регистрации юридических лиц".

¹³⁴Собрание законодательства Российской Федерации от 13 августа 2001 г., N 33 (Часть I), ст. 3431.

¹³⁵Марченко М.Н. Проблемы теории государства и права. М, 2001. С.631

Глава 9. Право и свобода в понятийном аппарате юридической науки (Краснослободцева Н.К.)

Аннотация

Личная проблема свободы - одна из центральных в правовой науке. Будучи философской категорией, «свобода» еще не сформулирована однозначно в юриспруденции. Конечно, это можно объяснить многогранность рассматриваемой проблемы, но более подробное рассмотрение свободы с точки зрения юриспруденции позволит в полной мере использовать данную категорию в качестве активного юридически значимого информативного инструмента.

Ключевые слова: право, свобода личности, права человека, субъективное право, правомочие, естественное право

The right and freedom in the conceptual device of jurisprudence (N.K.Krasnoslobodtseva)

Annotation

The personal freedom problem – is one of central in a legal science. Being a philosophical category «freedom» yet hasn't taken the unequivocal position in system of jurisprudence. Certainly it is possible to explain it many-sided nature of considered concept, but the deep judgement of freedom from the point of view of jurisprudence will allow to use to the full the given category as the active informative tool of the legal validity.

Keywords: the right, personal freedom, human rights, the subjective right, the competence, the natural right

Проблема свободы личности – является одной из центральных в правовой науке. Будучи философской категорией «свобода» пока не заняла своей однозначной позиции в системе юридических наук. Это конечно можно объяснить многогранностью рассматриваемого понятия, но глубокое осмысление свободы с точки зрения юриспруденции позволит в полной мере пользоваться данной категорией в качестве активного познавательного инструмента правовой действительности.

Проблема интеграции права и свободы остается сложным и трудным вопросом.

Весьма широко распространено мнение о несовместимости права и свободы. Функция права заключается в управлении деятельностью человека, поэтому должно показаться парадоксом, что идея свободы может находить своё выражение в праве. Понять этот кажущийся парадокс можно, если обратить внимание на то, что человек является социальным существом, жизнь которого сложна, многогранна и тесно связана с жизнью других членов общества. И

та степень свободы, которой он обладает, или ограничений, которым он должен подчиняться, зависит от социального устройства общества, к которому он принадлежит.

Итак, свобода в системе правовых отношений имеет свою меру. Соответствующий правовой норматив всегда должен определять: о чьей и какой конкретно правовой свободе идет речь? Какими объективными потребностями она диктуется? Каковы её пределы? «Все вращается, – как писал немецкий философ Макс Штирнер, – вокруг вопроса: насколько может быть свободен человек? Что человек должен быть свободен, в этом никто не сомневается, в этом вопросе все занимают либеральную позицию. Но как обуздать чудовище, которое скрыто в каждом из нас? Как устроить, чтобы вместе с человеком не освободить...не-человека?»¹³⁶.

Профессор А.К. Черненко справедливо подчеркивал, что формальное взаимодействие права и свободы представляет первую и наиболее простую ступень познания этой интеграции. В рамках этого анализа ученый рассматривает три основных момента: 1) определение права как объективной меры свободы, то есть независимой от внутренней, субъективной природы отдельного человека; 2) право можно характеризовать как равную меру свободы; само равенство состоит в том, что поведение субъектов правовых отношений регулируется единой, равной мерой; 3) степень свободы, выраженная в праве, служит критерием истинности права¹³⁷.

Автор либертарно-юридической теории В.С. Нерсисянц отмечал, что «своим всеобщим масштабом и равной мерой право измеряет, отмеряет и оформляет именно свободу индивидов, свободу в человеческих взаимоотношениях. Дозволения и запреты права как раз и представляют собой нормативную структуру и оформленность свободы в общественном бытии людей, пределы достигнутой свободы, границы между свободой и несвободой на соответствующей ступени исторического развития». В этом смысле право служит официальным мерилom действующей свободы, предельной её нормой и указателем границ должного и возможного, оно выступает «официально установленной шкалой свободы...»¹³⁸.

Таким образом, право – это система норм, создаваемых (санкционируемых) и охраняемых государством, которые определяют вид и меру свободы индивидов (их коллективных образований) во взаимоотношениях друг с другом, на основе принципов справедливости и равенства.

Мы рассмотрели взаимодействие права и свободы на основе формальных связей

Логично будет продолжить исследование о взаимодействии этих двух категорий с содержательной стороны. Поэтому следующей ступенью решения проблемы интеграции права и свободы является раскрытие синтеза есте-

¹³⁶ См.: Штирнер М. Единственный и его собственность. Пер. с нем. СПб., 2003. С. 173.

¹³⁷ См.: Черненко А.К. Взаимодействие права и свободы: проблемы интеграции // <http://elima.ru/articles/?id=171>

¹³⁸ См.: Нерсисянц В.С. Общая теория права и государства. М., 1999. С. 59

ственного и позитивного права. Результатом процесса наполнения юридической формы естественно-правовыми ценностями является трансформация их в субъективные права, то есть в права и свободы человека, закрепленные в законодательстве.

Между правами и свободами личности в теории права не проводится четких различий.

Здесь также уместно будет применить философский подход для выявления соотношения названных понятий.

Как уже подчеркивалось нами, определить что такое свобода чрезвычайно сложно, поэтому часто наиболее приемлемым оказывается *анофатическое* (греч.-отрицание) определение свободы, пользующееся методом отрицания. То есть свобода имеет место там, где нет ограничений. Здесь, правда, подстерегает опасность соскользнуть в свободу, неотличимую от произвола. Но личность потому и личность, что человек живет вопреки как внешним, так и внутренним обстоятельствам. Как правило, в своём личностном бытии человеку приходится преодолевать свои желания и склонности, жить не по природе своих влечений, а по вектору сознательного устремления. Поэтому в самом общем абстрактно философском плане свобода заключена в действии, согласном с сущностью мира и сущностью самого человека¹³⁹.

Свобода от ограничений представляет собой актуализацию в социальном пространстве и времени деструктивного (разрушительного) аспекта свободы. В отличие от неё вторая ступень свободы – «свобода для» означает способность человека творить, создавать, работать. Это высшая креативная (созидательная) ступень свободы.

Если раскрыть соотношение прав и свобод человека в таком контексте, то различия выразятся в следующем: свобода – это возможность избежать человеку ограничений со стороны государства; это сферы, в которые государство не должно вмешиваться, оно лишь очерчивает с помощью правовых норм границы, контуры этой деятельности. В общетеоретическом понимании предоставление свободы означает самостоятельное самоопределение личности.

В свою очередь, права человека – это признанные и гарантированные государством возможности действий (правомочия) человека в конкретно указанной сфере. Смысловая нагрузка категории «право» в данном контексте состоит в предоставлении определенного социального блага.

В. С. Нерсесян определяет формальную свободу качественно и количественно¹⁴⁰. Качество (содержательная определенность) формальной свободы – это характеристика конкретно-определенного её вида, отличающего этот вид от других. К примеру, экономическая свобода, свобода объединений,

¹³⁹ См.: Кравцов Г.Г. Волевая сфера личности: культурно-исторический аспект // Мир психологии. 2007. №3. С. 73.

¹⁴⁰ См.: Нерсесян В.С. Право и правовой закон: становление и развитие / Под ред. В.В. Лапаевой. М., 2009. С. 34.

свобода территориального самоопределения, свобода совести, свобода творчества и т.д. – это отдельные (качественно различные) сферы формальной свободы, содержание которых раскрывается через совокупность однородных субъективных прав, наполняющих каждую отдельную сферу свободы человека.

Так, свобода совести включает в себя следующие виды субъективных прав: право исповедовать любую религию; право совершать религиозные обряды; право менять религию; право не исповедовать никакой религии; право на пропаганду религии; право на благотворительную деятельность; право на религиозное образование; культурно-просветительскую религиозную деятельность; равенство перед законом всех граждан, независимо от их отношения к религии¹⁴¹.

Свобода территориального самоопределения является совокупностью прав на свободу передвижения, выбор места пребывания и жительства, на выезд и беспрепятственный въезд в страну¹⁴².

Свобода труда включает право свободно распоряжаться своими способностями к труду, выбирать род деятельности и профессии, право не заниматься трудовой деятельностью¹⁴³.

Свобода предпринимательской деятельности включает в себя право на выбор: любого вида и формы предпринимательства; любой сферы предпринимательской деятельности; установленных законом организационно-правовых форм предпринимательской деятельности; создание новых форм предпринимательства¹⁴⁴.

Количество (размерная определенность) формальной свободы – это характеристика полноты отдельного, конкретно-определенного вида свободы. При этом акцент необходимо сделать на пределы субъективных прав, то есть условия, при наличии которых субъект наделяется соответствующим правом, и те рамки, в которых он по своему усмотрению будет его осуществлять¹⁴⁵. Это могут быть: определенный возраст (брачный, пенсионный), срок вступления в наследство, наличие необходимого образования (юридического, медицинского) для занятия определенной деятельности, стаж работы по специальности, права и интересы третьих лиц, средства и приемы защиты принадлежащего субъекту права, приемы и способы осуществления права и др.

¹⁴¹ См.: Ловинюков А.С. Свобода совести (анализ, практика, выводы) // Государство и право. 1995. №1. С. 26.

¹⁴² См.: Шапиро И.В. Конституционные права граждан на свободу передвижения, выбор места пребывания и возвращение: теоретический аспект // Конституционное и муниципальное право. 2009. № 13. С. 12.

¹⁴³ См.: Анишина В.И., Попонов Ю.Г. Свобода труда или право на труд? // Журнал российского права. 2007. №4. С. 92.

¹⁴⁴ См.: Гаджиев Г.А. Защита основных прав и свобод предпринимателей за рубежом и в Российской Федерации. М., 1995. С. 122.

¹⁴⁵ См.: Малиновский А.А. Пределы субъективного права // Журнал российского права. 2005. №11. С. 96.

По мнению А.А. Малиновского, анализ законодательства, регламентирующего права и свободы человека и гражданина, позволяет выделить абсолютно-определенные и относительно-определенные пределы субъективного права. Абсолютно-определенные пределы установлены четким указанием в законе на те критерии, которые не только очерчивают меру свободы субъекта в рамках предоставленного ему субъективного права, но и указывают момент приобретения и утраты субъективного права. При этом, как правило, используются императивные правовые предписания.

Относительно-определенные пределы (касающиеся, главным образом, процесса осуществления субъективного права) регламентируют возможность субъекта использовать предоставленное ему право по своему усмотрению, учитывая лишь достаточно размытые ориентиры (например, согласно ст. 7 Семейного кодекса РФ граждане по своему усмотрению распоряжаются принадлежащими им семейными правами, если иное не установлено настоящим Кодексом). Законодатель при этом использует оценочные понятия, что и приводит к относительной определенности пределов субъективного права. «Однако, – подчеркивает А.А. Малиновский – это нельзя считать серьезным недостатком, поскольку именно таким образом достигается необходимая степень свободы субъекта, основанная на диспозитивном методе правового регулирования общественных отношений. Это дает возможность субъекту быть свободным от диктата государства и общества хотя бы в рамках имеющегося у него права»¹⁴⁶.

Общеизвестно, что права человека обычно называются «субъективными правами». Этнографические данные свидетельствуют о сложных, многоступенчатых процессах формирования дозволений-субъективных прав. С.С. Алексеев видит развитие дозволений в двух плоскостях¹⁴⁷: а) в политической плоскости, когда государство, иные субъекты политической власти становятся носителями властных функций и через властные дозволения обретают право поступать по своему усмотрению; б) в плоскости дозволений для индивида, автономной личности, когда дозволения имеют характер меры социальной свободы, его самостоятельности и активности. Если первого рода дозволения образуют первооснову публичного права, то вторая плоскость дозволений свойственна частному праву.

Поэтому при установлении понятия и характеристики субъективного права целесообразно различать виды субъективных прав применительно к их отраслевой принадлежности. Поскольку отрасли права отличаются методом регулирования (а также предметом, функциями и принципами), то и субъективные права будут иметь свои специфические черты. Следуя этому, субъективное право в административном, таможенном, налоговом, финансовом или уголовном праве можно определить как «меру разрешенного поведения,

¹⁴⁶ См.: Малиновский А.А. Пределы субъективного права // Журнал российского права. 2005. №11.С. 100.

¹⁴⁷ См.: Алексеев С.С. Право – азбука, теория, философия. Опыт комплексных исследований. М., 1999. С. 198.

обеспечиваемого государством», поскольку все действия управомоченного лица строго регламентированы соответствующим законодательством. Субъективное право в семейных, трудовых, земельных, природоресурсных, гражданско-процессуальных и арбитражно-процессуальных правоотношениях представляют собой «меру дозволенного (допустимого) поведения» управомоченного лица, поскольку в данных правовых отраслях действуют как императивный, так и диспозитивный методы регулирования.

В свою очередь, субъективное право в гражданских правоотношениях – это «вид и мера возможного поведения» наделенного правом субъекта. Данная направленность объясняется особенностями гражданского правового регулирования: юридическим равенством сторон, преобладанием в их деятельности правовой инициативы и самостоятельности, правонаделением, доминированием диспозитивных правовых предписаний¹⁴⁸.

Данные характеристики выражают общую сущность субъективного права, которая заключается в известной юридически обеспеченной возможности действовать по своему желанию (усмотрению, воле). С точки зрения своего содержания субъективное право представляет собой сложное правовое явление, некую суммарную совокупность. Любое субъективное право включает в качестве элементов в свое содержание правомочие (обеспеченную законом возможность) собственных действий, правомочие требования (обеспеченную законом возможность требовать от обязанного субъекта) совершения конкретных действий либо воздержания от совершения их в запрещенной форме, а также правомочие защиты (обеспеченную законом возможность обращения к мерам государственного принуждения).

Итак, право даёт свободе форму, а свобода определяет проявление содержания права.

В контексте проведенного исследования уместно будет изложить вывод словами профессора С.С. Алексеева: «Свобода является главным позитивным результатом развития цивилизации, которая ни в чем ином кроме как в правах людей, то есть в субъективных правах, выразиться не может» – и далее – «только тогда, когда естественные права становятся юридическими, они приобретают стабильность и обеспеченность, а это как раз и достигается при помощи объективного права...»¹⁴⁹.

Глава 10. Функции правовой доктрины Конституционного Суда Российской Федерации (Любитенко Д.Ю.)

Аннотация.

Автор характеризует влияние правовой доктрины Конституционного Суда РФ на правовую систему России. Это влияние, как считает автор, заключается в осуществляемых правовой доктриной функциях: функции оптимизации правовой политики, функции гармонизации системы права, функ-

¹⁴⁸ См.: Гражданское право: учеб. в 3 т. Т.1. / Под ред. А.П. Сергеева. М., 2008. С. 117-118.

¹⁴⁹ См.: Алексеев С.С. Теория права. М., 1995. С. 247.

ции вовлечения научного знания в правотворческую сферу, познавательной функции, функции правового воспитания личности и функции легитимации правовой политики

Ключевые слова: функция, правовая доктрина, Конституционный Суд Российской Федерации

D. Lubitenko

FUNCTIONS OF THE LEGAL DOCTRINE OF THE CONSTITUTIONAL COURT OF THE RUSSIAN FEDERATION

Annotation

The author characterizes influence of the legal doctrine of the Constitutional Court of the Russian Federation on legal system of Russia. As the author considers, this influence is consisted in functions, which is carried out by the legal doctrine: functions of optimization of a legal policy, function of harmonization of system of the right, function of involving of scientific knowledge in law making, informative function, function of legal education of the person and function of proving the legal policy.

Keywords: function, the legal doctrine, the Constitutional Court of the Russian Federation.

Конституционный Суд Российской Федерации занимает особое положение в системе органов государственной власти России. Этот судебный орган обладает исключительными полномочиями по толкованию Конституции Российской Федерации, имеющему общеобязательный характер, а также осуществляет контроль за соответствием Конституции РФ законов и иных нормативных правовых актов.

Содержание и юридическое значение решений Конституционного Суда РФ выходят за рамки привычных представлений о негативном правотворчестве, присущем судебной системе, и уже сейчас во многом определяют облик практически каждой отрасли российского права (конституционного, гражданского, уголовного, административного, финансового и т.д.). Это дает основания для появления в научной литературе осторожных оценок общности решений Конституционного Суда в качестве целостной правовой доктрины.

Обратимся к одному из вопросов, которые позволяют раскрыть сущность правовой доктрины Конституционного Суда РФ, а именно к вопросу о функциях данной доктрины.

Как видится, правовая доктрина Конституционного Суда РФ распространяет свое влияние не только на законодательство, но и на правовую систему в целом, как неразрывное единство права, правосознания (правовой культуры) и правореализации. Функции правовой доктрины Конституционного Суда РФ, представляя собой основные направления воздействия док-

трины Конституционного Суда на российскую правовую систему, обладают широким спектром действия и особым содержанием, которые заключаются в следующем.

Функция оптимизации правовой политики

Под оптимизацией, в широком смысле слова, обычно понимается нахождение наилучшего (из множества возможных) варианта решения задачи при заданных требованиях, ограничениях. В частности, оптимизацией управления называют «процесс, состоящий в определении пути достижения цели управления при наилучших (обычно минимальных или максимальных) значениях показателей, характеризующих этот процесс, например за минимальный промежуток времени, с наибольшим экономическим эффектом, с максимальной точностью»¹⁵⁰.

Предпосылки к доктринальной значимости решений Конституционного Суда Российской Федерации наделяют этот судебный орган особой ролью. Эта роль заключается в участии Суда при отправлении правосудия в выборе тех направлений развития российского права, которые могут обеспечить наиболее полноценное воплощение конституционных ценностей при одновременном соблюдении ограничений и запретов, вытекающих из содержания Основного закона. Из многообразия возможных подходов, которые могут быть использованы законодателем в различных отраслях российского права, Конституционный Суд выбраковывает те подходы, которые могут завести правовое развитие страны в тупик, и корректирует законодателя, если выбранные им средства противоречат конституционным ценностям и принципам или могут повлечь существенные издержки. В ряде случаев Конституционный Суд не просто корректирует готовый правовой материал, исходящий от законодателя, а сам создает его.

К примеру, в Постановлении от 12.10.1998 № 24-П «По делу о проверке конституционности пункта 3 статьи 11 Закона Российской Федерации «Об основах налоговой системы в Российской Федерации»¹⁵¹ Конституционный Суд РФ впервые вовлек в нормативное поле понятие «добросовестный налогоплательщик» и производную из этого понятия презумпцию добросовестности налогоплательщика. В последующем это понятия и эта презумпция стали основой для формирования облика множества правовых норм и институтов налогового права, начиная с нормы, разрешающей вопрос, ставший поводом для вышеназванного судебного разбирательства, а именно, с какого конкретно момента обязанность налогоплательщика по уплате налога следует считать исполненной. Суд разрешил этот вопрос, основывая свои выводы на сформулированной им же презумпции добросовестности налогоплательщика, следующим образом: обязанность налогоплательщика – юридического лица по уплате налога считается исполненной в день списания с его расчетного

¹⁵⁰ Современная энциклопедия / Под ред. И.Е. Гусева. – Минск: Харвест, 1999. С. 183.

¹⁵¹ Постановление Конституционного Суда РФ от 12.10.1998 № 24-П «По делу о проверке конституционности пункта 3 статьи 11 Закона Российской Федерации от 27 декабря 1991 года «Об основах налоговой системы в Российской Федерации» // СЗ РФ, 1998. № 42. ст. 5211,

счета в кредитном учреждении денежных средств, а не в день, как до этого считали налоговые органы и арбитражные суды, зачисления средств в бюджет. Тем самым Конституционный суд признал сложившуюся правоприменительную практику по этому вопросу неконституционной, поскольку завершение процесса перечисления денежных средств в бюджет не зависит от налогоплательщиков, а зависит от воли и добросовестности третьих лиц – банковских учреждений, по чьей вине перечисление денежных средств может затягиваться.

В настоящее время презумпция добросовестности налогоплательщика сформулирована на уровне позитивного права (в соответствии со статьей 3 Налогового кодекса Российской Федерации все неустранимые сомнения, противоречия и неясности актов законодательства о налогах и сборах толкуются в пользу налогоплательщика (плательщика сборов) и активно используется в лексическом обороте судебных актов органов (данное понятие содержит в себе свыше 18 000 судебных актов, размещенных в справочно-правовой системе «КонсультантПлюс»¹⁵²).

Таким образом, из вышеприведенного примера следует, что даже будучи однократно выраженными по какому-либо единичному, конкретному вопросу, правовые позиции Конституционного Суда могут жить дальнейшей жизнью, формулируя ориентиры правовой политики государства. История, согласно расхожему выражению, не терпит сослагательного наклонения. Однако, можно предположить, что без активного участия Конституционного Суда в правообразовательных процессах, к примеру, уже упомянутое налоговое право России в условиях перманентно присущего государству бюджетного дефицита могла бы иметь более репрессивный характер в отношении налогоплательщиков.

Правовая доктрина Конституционного Суда РФ, как система взглядов относительно правового будущего России, образ которого заключен в тексте Основного Закона, представляет собой, что естественно и закономерно, перспективное видение Судом путей развития российского законодательства. Это видение не исчерпывается названными нами примерами.

Обладая свойствами общеобязательности, правовая доктрина Конституционного Суда не просто стремится к вхождению в формат действующего права в качестве «центрального звена общеправовой политики Российской Федерации»¹⁵³, как это свойственно конституционной доктрине в целом, но и активно формирует и определяет его. В 2001 году в канун 10 летней годовщины учреждения Конституционного Суда Российской Федерации его председатель М.В. Баглай дал следующую оценку решению о создании органа конституционного контроля: «Часто приходится слышать, что... многие законы, принимаемые на федеральном и региональном уровнях, еще весьма

¹⁵² Справочно-правовая система «Консультант-Плюс» [Электронный ресурс]. Раздел «судебные акты» (дата обращения 06.10.2010)

¹⁵³ Пряхина Т.М. Конституционная доктрина как фактор оптимизации правовой политики современной России // Правовая политика и правовая жизнь, 2001. № 1. С. 28-37.

далеки от высоких стандартов, заложенных в конституционном законодательстве... Но это ничуть не умаляет значения провозглашенных стандартов. Речь идет лишь о том, чтобы более настойчиво искать пути приближения к ним. Смысл существования и деятельности Конституционного Суда состоит в большой степени как раз в том, чтобы содействовать достижению такой цели»¹⁵⁴.

Во время встречи Президента РФ Д.А. Медведева с представителями органов государственной власти по вопросам современного состояния судебной системы в июле 2010 года председатель Конституционного Суда РФ В.Д. Зорькин, обсуждая возможные направления развития судебной системы России, сослался на одно из постановлений Конституционного Суда¹⁵⁵, которое, по его мнению, «затрагивало необходимость реформирования всей системы судов общей юрисдикции»¹⁵⁶. В резолютивной части данного постановления Конституционный Суд постановил, что положение Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации, являвшееся предметом исследования Судом, представляет собой чрезмерное, не пропорциональное конституционно значимым целям, а потому произвольное ограничение как имущественных прав кредитора, так и возможности гарантированной Конституцией Российской Федерации их надлежащей судебной защиты, а потому противоречит статьям отдельным, перечисленным в решении положениям Конституции Российской Федерации.

Признавая соответствующее положение Кодекса неконституционным, Суд установил, что «впредь до установления федеральным законодателем соответствующего регулирования судам и другим правоприменительным органам надлежит непосредственно применять Конституцию Российской Федерации, а также руководствоваться настоящим Постановлением». То есть фактически Суд, выразив свои правовые позиции, непосредственно определил дальнейшее направление правовой политики судебных органов по разрешению соответствующих дел.

Правовая доктрина Конституционного Суда РФ, в свете вышеизложенного, является не мнимой, со множествами оговорок и условиями, либо желаемой основой правовой политики, как юридическая доктрина в целом¹⁵⁷, а реальной и каждодневно действующей силой, определяющей векторы развития правового поля России.

¹⁵⁴ Баглай М.В. Конституционное правосудие в России состоялось // Российская юстиция, 2001. № 10. С. 2-4.

¹⁵⁵ Постановление Конституционного Суда РФ 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» // СЗ РФ, 2007. № 30. ст. 3988.

¹⁵⁶ Стенографический отчет о встрече с представителями органов государственной власти по вопросам современного состояния судебной системы 19 июля 2010 года в Санкт-Петербурге [Электронный ресурс]. URL: <http://www.kremlin.ru/transcripts/8377> (дата обращения: 06.10.2010)

¹⁵⁷ Голоскоков Л. В. Юридическая доктрина как основа правовой политики // Правовая политика и правовая жизнь, 2004. № 4. С. 6-12.

Конституцию Российской Федерации неслучайно именуют Основным законом страны, поскольку в этом законе законов заключены основные, основополагающие ценности и ориентиры развития российского права и государства¹⁵⁸. Однако Конституция РФ в полном объеме не включает и не может включать развернутую программу достижения этих ценностей и ориентиров. Представляя собой ценностную основу отечественной правовой политики, этот нормативный правовой акт просто нуждается в «судебном переплете», в котором бы содержались технологии претворения ее в жизнь.

Функция гармонизации системы права

При всей схожести, на первый взгляд, понятий «оптимизация» и «гармонизация», мы не усматриваем смешения уже названной функции оптимизации правовой политики и функции гармонизации системы права. Содержание формулировок, использованных при обозначении данных функций, несет в себе явное различие. Если первое понятие «оптимизация», учитывая его словарное определение, означает в интересующем нас контексте процесс выбора наилучшего варианта претворения в жизнь конституционных ценностей, то гармонизация – это деятельность по приведению законодательства в целостную, согласованную систему.

Гармонизация законодательства, как считают В.М. Баранов и М.А.Пшеничнов, «необходима для обеспечения нормального функционирования всего механизма правового регулирования» и «немыслима без согласования деятельности всех участников законотворческого процесса»¹⁵⁹. Примечательно, что в подтверждение значимости этой формы деятельности среди прочих аргументов исследователи приводят и правовые позиции Конституционный Суд РФ. Однако гармонизирующее воздействие Конституционного Суда на законодательство не ограничивается его обращением в несколько научительном тоне к законодателю, как можно предположить из решений, приведенных в качестве примеров в совместной работе В.М.Баранова и М.А.Пшеничнова¹⁶⁰.

Гармонизирующее воздействие доктрины Конституционного Суда Российской Федерации заключается в осуществляемом Конституционным Су-

¹⁵⁸ Лучин В.О. Конституционные основы национальной политики Российской Федерации // Закон и право, 2007. № 9. С. 108-109.

¹⁵⁹ Баранов В.М., Пшеничнов М.А. Гармонизация законодательства как общеправовой феномен // Журнал российского права, 2009. № 6. С. 41-46

¹⁶⁰ Постановление Конституционного Суда РФ от 14.07.2003 № 12-П «По делу о проверке конституционности положений статьи 4, пункта 1 статьи 164, пунктов 1 и 4 статьи 165 Налогового кодекса Российской Федерации, статьи 11 Таможенного кодекса Российской Федерации и статьи 10 Закона Российской Федерации «О налоге на добавленную стоимость» в связи с запросами Арбитражного суда Липецкой области, жалобами ООО «Папирус, ОАО «Дальневосточное морское пароходство» и ООО «Коммерческая компания «Балис» // СЗ РФ, 2003. № 30. ст. 3100.; Определение Конституционного Суда РФ от 06.11.2003 № 387-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданки Бовиной Ольги Павловны на нарушение ее конституционных прав положениями статей 16, 20 и 62 Градостроительного кодекса Российской Федерации» // Вестник Конституционного Суда РФ, 2004. № 1.

дом негативном правотворчестве, исключая из действующего правового регулирования нормы, выпадающие из общего правового контекста, устраняющем правовые коллизии, восполняющем пробелы в законодательстве¹⁶¹, которые нарушают конституционные права граждан и в целом ставят под сомнение продуктивность правового регулирования (примеры тому уже неоднократно приводились в настоящей работе). При этом, как считает Г.А. Жилин, и в этом с ним можно полностью согласиться, судебное нормотворчество, как следствие осуществления Судом нормоконтроля, не должно нарушать принцип верховенства Конституции РФ, и при отсутствии в исследуемом нормативном правовом акте признаков дефектности, влекущей нарушение Конституции РФ, а также прав и свобод должно быть ограничено¹⁶².

Правовая доктрина Конституционного Суда, объективированная в общности решений Конституционного Суда, ярко проявляет свою природу именно в своем гармонизирующем воздействии на право. В контексте этого гармонизирующего воздействия постановка вопроса о том, существует ли доктрина Конституционного Суда, приобретает риторические черты. Решения Конституционного Суда, как уже отмечалось, связаны между собой множеством явных (ссылки в решениях Конституционного Суда на ранее принятые им решения) и неявных (логико-системных) связей между собой. Именно воздействие связанных между собой в одну целостную доктрину решений Конституционного Суда, объединенных общим замыслом, и может гармонизировать действующее законодательство, поскольку воздействие единичных, оторванных друг от друга решений на законодательство не может обеспечить приведение его в состояние гармонии.

Согласование деятельности всех участников законотворческого процесса, на котором настаивают для целей обеспечения гармонизации законодательства В.М. Баранов и М.А. Пшеничных, как видится, может быть обеспечено только при наличии единого координатора, а поскольку координация правовой политики, по определению, может осуществляться только на основе права, то точнее, – единого интерпретатора Основного закона страны. В этом свете, приобретение роли координатора деятельности всех субъектов правовой политики именно Конституционным Судом РФ видится закономерным и органичным.

Вопрос о гармонизирующем (упорядочивающем) воздействии доктрин на право, следует признать, нельзя отнести к числу однозначных. Такое воздействие видится возможным только при условии наличия согласованности доктринальных положений, которые ложатся в основу модели действующего правового регулирования. Необходимость согласованности доктринальных

¹⁶¹ Бондарь Н.С. Конституционное правосудие как институт преодоления правовых дефектов, конфликтов и пробелов в правовой системе // Актуальные проблемы теории и практики конституционного судопроизводства : Выпуск 3. – Казань, Офсет-сервис, 2008. С. 47-59.; Гаджиев Г.А. О предназначении Конституционного суда Российской Федерации // Ученые записки юридического факультета. -2007. – № 8. – С. 22-29.

¹⁶² Жилин Г.А. Судебное нормотворчество в системе разделения властей // Закон , 2010. № 8. – С. 103-113.

положений означает, что общность этих положений должна сама по себе образовывать единую доктрину. Для правовой системы России, в свете вышеизложенного, в роли такой доктрины видится правовая доктрина Конституционного Суда Российской Федерации.

Интерпретационные акты Конституционного Суда РФ, обладая юридической силой, равной Основному закону России, приобретают широкую, насколько это возможно, сферу приложения своего гармонизирующего воздействия, включая федеральные законы, обладающие помимо Конституции РФ, высшей юридической силой. Систематическое толкование, к которому, как уже отмечалось в настоящей работе, часто прибегает Конституционный Суд, учитывая изложенное, приобретает особый масштаб и значение, обеспечивая, как справедливо отмечает А.Н. Булаев, единство российского законодательства¹⁶³.

Обладая столь широкой сферой практического приложения, правовая доктрина Конституционного Суда РФ иллюстрирует собой всю условность такого критерия отграничения отрасли конституционного права как «конституционность» составляющих ее источников права. Будучи результатом интерпретации Основного закона, доктрина Конституционного Суда РФ, распространяет пределы своего влияния на широкую сферу нормативно-правового регулирования. Влияние этой доктрины может ощущаться как в масштабе фундаментальных вопросов, отраженных в Конституции РФ (вопросы прав и свобод человека, организации государственной власти и.п.), так и менее значимых вопросах, упоминание которых нельзя встретить в Конституции РФ и по отношению к которым, Конституция, на первый взгляд, индифферентна.

Немаловажным аспектом гармонизирующего воздействия правовой доктрины Конституционного Суда РФ на систему права является поддержания с помощью этой доктрины законности, подразумевающей неукоснительное соблюдение всеми субъектами правоотношений требований Конституции России¹⁶⁴.

Вышесказанное рождает особые представления о юридической природе правовой доктрины Конституционного Суда РФ и особой ее роли в российской правовой системе в качестве своеобразного «скелета» для «живой ткани» системы права.

Функция вовлечения научного знания в правотворческую сферу

Конституционный Суд РФ и его доктрина не являются единственным источником и механизм претворения научного знания в российскую систему права. К таким источникам и механизмам, в частности, можно отнести со-

¹⁶³ Булаев А.Н. Роль систематического толкования в обеспечении единства российского законодательства: учебное пособие / под ред. И.Н. Сенякина. – Саратов: Изд-во Саратовской гос. акад. права, 2008. С. 68.

¹⁶⁴ Лучин В.О. Законность и реализация конституции // Укрепление социалистической законности – важнейшая политическая задача. – М., 1990. С. 54-70.; Вопленко Н.Н. Понятие и основные черты законности // Вестник Волгоградского государственного университета. Научно-теоретический журнал. Вып. 8 Волгоград, 2006 С. 33-48.

зданный при Президенте Российской Федерации Совет по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства, в который среди прочих известных ученых, входят и судьи Конституционного Суда РФ Гаджиев Г.А. и Красавчикова Л.О.¹⁶⁵ Однако указанный консультативный орган может рассматриваться лишь как механизм опосредованного, непрямого вовлечения научного знания в законодательство, поскольку выработанные им решения не имеют юридически обязывающего характера и лишь являются предложениями одному из субъектов права законодательной инициативы – Президенту Российской Федерации¹⁶⁶.

Правовая доктрина Конституционного Суда, аккумулируя в себе достижения юридической науки, является юридически значимым инструментом учета доктринальных достижений научного творчества, теоретических и методологических разработок правовых наук. Анализируя проблемы взаимодействия науки и практики, В.А. Летяев отмечает органичность и закономерность связи этих двух явлений человеческого бытия. Рассуждая о прагматических свойствах функционирования и развития науки, он находит воплощение этого свойства в способности ученого «создать продукт, востребованный не только самими творцами науки, т. е. не только как «искусство для искусства»¹⁶⁷. Роль Конституционного Суда Российской Федерации видится именно в создании особого «коридора» для научных идей, через прохождение которого они очищаются от инфантильности, приобретают черты прагматического знания и, в конечном итоге, формируют принципиально новый для России тип доктринального права.

Познавательная функция

Процессуальные формы конституционного судопроизводства во многом сходны с организацией познавательного процесса в научной среде. Главное отличие этих двух форм деятельности заключается в том, что познавательная деятельность Конституционного Суда, в отличие от более свободного, «чистого» научного творчества, изначально ориентирована на получение конкретного результата, а знание, полученное в ходе этой деятельности, отличается прагматическими чертами, имеет «практическую направленность, служит целям охраны Конституции, преодоления правовых коллизий, разрешения споров о праве и правомочиях»¹⁶⁸.

Однако, как нам представляется, это отличие довольно условно: сугубо научное познание хотя и более свободно, но также нормировано. Только в

¹⁶⁵ Указ Президента РФ от 18 июля 2008 г. № 1108 «О совершенствовании Гражданского кодекса Российской Федерации» // СЗ РФ, 2008 г. № 29 (часть I). ст. 3482.

¹⁶⁶ Указ Президента РФ от 5 октября 1999 г. № 1338 «О Совете при Президенте Российской Федерации по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства» // СЗ РФ, 1999. № 41. ст. 4904.

¹⁶⁷ Летяев В.А. Научные направления и школы как категории систематизации истории и теории юридической науки // Вестник Саратовской государственной академии права, 2009. С. 8-15. С.8-9.

¹⁶⁸ Ветров Д.М. Актуальные вопросы построения системы источников конституционного права России // Вестник Челябинского университета. Сер. 9. Право. 2003. № 2. С. 5-11.

основном это нормирование осуществляется этическими нормами. Известно по этому поводу высказывание норвежского философа Г.Скирбекка: «Будучи деятельностью, направленной на поиск истины, наука регулируется нормами: «ищи истину», «избегай бессмыслицы», «выражайся ясно», «старайся проверять свои гипотезы как можно более основательно» – примерно так выглядят формулировки этих внутренних норм науки»¹⁶⁹.

Используя разнообразные методы юридической науки в ходе интерпретационной деятельности, обобщая и осуществляя оценку действующего правового регулирования, сложившейся правоприменительной практики, Конституционный Суд действительно не только разрешает вопросы, связанные с осуществлением возложенных на него полномочий, но и выявляет закономерности развития правовой системы и, тем самым, создает «побочный продукт» в виде нового научного знания, необходимого для эффективного осуществления его деятельности. Как отмечает С.П. Маврин, множество решений Конституционного Суда РФ, в том числе решений, обращенных к тематике трудового права, влекут весьма серьезные последствия не только для практики правотворчества и правоприменения, но и для правовой теории¹⁷⁰.

Функция правового воспитания личности

Правовая доктрина Конституционного Суда РФ распространяет свое влияние не только на законодательство, но и на правовое сознание личности. Конечно, влияние этой правовой доктрины ощущают на себе, главным образом, носители профессионального правосознания (судьи, прокуроры, адвокаты, сотрудники правовых служб органов государственной власти и местного самоуправления и другие юристы). Это влияние заключается в прививании профессиональному сообществу юристов и обществу в целом высокой правовой культуры. Это влияние включает в себя множество направлений.

Во-первых, судебные акты Конституционного Суда воплощают в себе и соответствуют высочайшим требованиям, предъявляемым к юридическим текстам: к их логической последовательности, аргументированности, использовании в процессе исследования правового материала разнообразных способов и приемов толкования права. Как отмечается в Комментарий к Федеральному конституционному закону «О судебной системе Российской Федерации» под редакцией первого заместителя Председателя Верховного Суда РФ В.И.Радченко, «теоретическая и юридическая убедительность большинства сформулированных Конституционным Судом РФ правовых позиций не могут не оказывать значительного влияния на правоприменительную деятельность судей, на формирование их юридического мировоззрения»¹⁷¹. В этом плане решения Конституционного Суда выступают образцом того, каким

¹⁶⁹ Цитируется по: Юдин, Б. Г. Этика науки и ответственность ученого // Философия и методология науки. – Ч. II. – М., 1994. С. 135-136.

¹⁷⁰ Маврин С.П. Трудовое право в решениях Конституционного Суда Российской Федерации // Правоведение, 2006. № 4. С. 40-49.

¹⁷¹ Комментарий к Федеральному конституционному закону «О судебной системе Российской Федерации» / Отв. ред. Первый заместитель Председателя Верховного Суда РФ В.И.Радченко. – 2-е изд., перераб. и доп. – М.: Норма, 2003. С. 124.

должно быть юридическое исследование и каким должен быть правоприменительный акт.

Во-вторых, Конституционный Суд РФ активно вовлекает в свою аргументацию нормы международного права и практику Европейского Суда по правам человека¹⁷² и тем самым обращает внимание сообщества практикующих юристов на перспективность использования этих правовых источников в обосновании собственных правовых позиций.

В-третьих, Конституционный Суд в своих решениях подчеркивает исключительное значение неукоснительного соблюдения юристами правил юридической техники и в целом требований к юридическим процедурам и технологиям, как для законодателя, так и правоприменителя, обращается с критикой к фактам нарушения этих правил и требований, показывая масштаб негативных последствий подобной небрежности¹⁷³. Авторитет суда и юридическое значение его актов делает такие «наущения» для юридического сообщества значимыми.

В целом, значение Конституционного Суда РФ в правовом воспитании личности, вне зависимости от ее профессиональной принадлежности, заключается в повышении общественного статуса Конституции РФ, заключенных в ней правых ценностей и идеалов.

Функция легитимации правовой политики

Правовые доктрины в целом могут служить целям легитимации правовой политики. Такая функция доктрин обычно вызвана к жизни авторитетностью знания, положенного в их основу. Эта функция является также характерной и для правовой доктрины Конституционного Суда Российской Федерации.

Степень проникновения доктрины Конституционного Суда РФ в российское законодательство по истине впечатляет, учитывая, что еще двадцать лет назад такой объем участия органов судебной власти в осуществлении правотворческой функции российского государства было сложно представить¹⁷⁴. Известны примеры судьбоносных для страны решений Конституционного Суда, от которых во многом зависело дальнейшее правовое и политическое развитие России. Подтвердив соответствие решений, принятых органами власти, Конституции РФ, или внося в них коррективы, Конституционный Суд придает правовой политике в целом необходимую степень легитимности в глазах населения страны, поскольку тем самым удостоверяет ее соот-

¹⁷² Каширкина А.А., Морозов А.Н., Тиунов О.И. Влияние норм международного права на развитие национального законодательства // Журнал российского права, 2010. № 6. С. 35-44.

¹⁷³ Маврин С.П. Юридическая техника Трудового кодекса Российской Федерации // Правоведение, 2004. № 4. С. 15-21.

¹⁷⁴ Жаркова Л.М. Реализация решений Конституционного Суда Российской Федерации // Правовая наука и реформа юридического образования. Выпуск 16. - Воронеж: Изд-во Воронежского университета, 2004. С. 105-122.; Маврин С.П. Трудовое право в решениях Конституционного Суда Российской Федерации // Правоведение, 2006. № 4. С. 40-49.

ветствие Основному закону и приобщает к ее облику свое авторитетное видение должного правового регулирования.

Таким образом, подытоживая вышеизложенное, мы можем утверждать о том, что функции правовой доктрины Конституционного Суда Российской Федерации, представляя собой основные направления ее воздействия на правовую систему России, обладают широким спектром действия, охватывающим все элементы правовой системы России. К основным функциям правовой доктрины Конституционного Суда следует отнести функцию оптимизации правовой политики, функция гармонизации системы права, функция вовлечения научного знания в правотворческую сферу, познавательная функция, функция правового воспитания личности и функцию легитимации правовой политики.

Глава 11. Теории интеграции в международном праве и их влияние на правовое регулирование общественной жизни. (Орешкина И.Б.)

Аннотация

Глобальной тенденцией современного этапа развития мировой экономики и международного права являются интеграционные процессы, которые представляют собой движение к экономическому, валютно-финансовому, научно-техническому, информационному, правовому и политическому объединению. Международная интеграция является специфическим феноменом международных отношений 21 века. Модели международной интеграции представляют собой на уровне регионов общемировой тенденции к интернационализации экономики, развитие единой системы права, изменение функций государства, то есть тенденции называемые глобализацией. В настоящее время особое значение имеет разработка комплексно-международной экономико-правовой концепции и политики интеграционного взаимодействия. Определение эффективных интеграционных моделей, организационно-правовых форм, валютно-финансовых, экономических, правовых способов и методов международного сотрудничества – важнейшая проблема как экономической и юридической наук.

Ключевые слова: международное право, глобализация, государство, право, интеграция, мировая экономика, национальное право, международно-экономическое право.

Annotation

Global trend of the present stage of development of world economy and international law is the integration processes, which represent movement toward economic, monetary, financial, scientific, technical, informational, legal and political unification. International integration is a specific phenomenon in international relations 21 centuries. Model of international integration are at the regional level the global trend towards the internationalization of the economy, the development of a

unified system of law, a change of state functions, that is called globalization trends. At present, special importance is the development of complex international economic and legal concepts and policy integration interaction. Identify effective models of integration, organizational forms, financial and monetary, economic, legal means and methods of international cooperation – the most important issue of economic and legal sciences.

Keywords: international law, globalization, government, law, integration, global economy, domestic law, international economic law.

Мировое правовое пространство, состоящее из международного права и национального права отдельных государств, до недавнего времени развивалось таким образом, что все происходящие в нем изменения зависели, в основном, от решений, принимаемых как на государственном уровне, так и на внешнеполитической арене. Однако с конца XX века доминирующее влияние на международное право стали оказывать экономические связи. Конечно, силу государственной власти не следует недооценивать, ведь экономическая интеграция не проявит себя в полной мере, если государства-участники не будут вносить соответствующие изменения в свои правовые порядки. Именно целенаправленное изменение правовых порядков и отличает процесс интеграции от простого экономического сотрудничества.¹⁷⁵

Сегодня необходимо по-новому взглянуть на роль, место, цели и задачи международного права в условиях в корне изменившегося по форме и сути мирового сообщества, когда уничтожены барьеры на пути свободного движения капиталов, товаров, услуг и труда.¹⁷⁶

Благодаря влиянию объективного процесса интеграции современное мировое хозяйство все более отчетливо приобретает очертания некоего целостного организма, развиваясь сразу в нескольких направлениях.

Принципиальные изменения в межгосударственном сотрудничестве в мире сегодня определяются открытостью и прозрачностью экономики, государства и общества, которые являются несомненными показателями современного экономического развития. Господствующие последние два десятилетия прежние протекционистские тенденции, связанные с нефтяным кризисом, уходят в прошлое. В настоящее время наблюдается устойчивый процесс постепенного сокращения величины таможенных барьеров и растущего признания необходимости либерализации международных экономических отношений.

¹⁷⁵ Н.А. Цивадзе. Задачи международного права в глобальном мире (по материалам Московского юридического форума «Глобализация, государство, право, XXI век»)//Государство и право. – №10. -2003. – С.114.

¹⁷⁶ И.З.Фархутдинов. Иностранные инвестиции как фактор глобализации мирового хозяйства (правовые аспекты)// Материалы Московского юридического форума «Глобализация, государство, право, XXI век». – 22-24 января.-2003.

Поэтому, прежде всего, необходимо рассмотреть и подчеркнуть важность и своеобразие рассматриваемых процессов во взаимодействии мировой экономики и права.

Интеграционные процессы, происходящие в правовой сфере, часто неверно именуются интернационализацией или глобализацией. В то же время назначение правовой интеграции в международном праве существенно отличается от целей глобализации и заключается в создании условий для стабильного развития адекватных складывающимся в мировом пространстве тенденциям в экономической, политической, социальной и прочих сферах жизнедеятельности правовых норм при помощи международного сближения. При этом такое назначение может быть осуществимо лишь с учетом объективно существующих национальных особенностей всех членов международного сообщества.

Термин «интеграция» получил достаточно широкое распространение в современной жизни. Указанная категория используется сегодня все чаще в таких областях знаний как: философия, культурология, правоведение, экономика и т.д.

Понятие «интеграция» (лат. *integratio* – восстановление, восполнение, от *integer* – целый) в общефилософском смысле означает состояние связанности отдельных дифференцированных частей и функций системы в целое, а также процесс, ведущий к такому состоянию.¹⁷⁷

Что касается теорий интеграции, то в науке международного права выделяют три основные модели (концепции) социального интегрирования: «федерализм»; «функционализм»; «транснационализм» («плюралистическая модель»). Представители каждой из данных концепций по-своему определяют механизмы, пути, темпы, этапы, а также возможные результаты и способы международного сближения при, в общем-то, одинаковом подходе к оценке целей интеграции.¹⁷⁸

По мнению представителей «*федералистской*» концепции (Ж. Моне, А. Спинелли, К. Фридрих, Р. Шуман, А. Этциони и др.) объединение государств возможно не на основании экономической интеграции, а посредством сближения политических институтов государств при договорном отказе от централизма и при распределении полномочий между центром и субъектами федерации.¹⁷⁹ Следовательно, результатом осуществления подобного сближения станет создание государства с федеративной формой государственного устройства. Преимущества данной концепции по нашему мнению заключаются в том, что субъекты интегрирования лишаются своей суверенной государственной власти и становятся структурными элементами «интегрированной» федерации не в принудительном порядке, а только в силу собственного волеизъявления.

¹⁷⁷ См.: Советский энциклопедический словарь / Гл. ред. А.М. Прохоров. 2-е изд. – М.: Сов. энциклопедия, 1982.-С. 494.

¹⁷⁸ См.: Егоров А.В. Правовая интеграция и ее содержание. // Государство и право. 2004. – № 6, С. 74.

¹⁷⁹ См.: Euro-Politics: Institutions and Polisymaking in the European Community / Ed. by A.M. Sbragia. London. 1992. P. 110-112; Barnes I., Barnes P.M. The Enlarged European Union. London, 1995. P. 4-5.

Начиная уже с 20-х годов, федералисты, например, Коденхов-Калерги (Coudenhove-Kalergi) считали, что европейские нации только что взаимно опустошившие друг друга в абсурдной братоубийственной войне, принадлежали, естественно, к реальности, которая, обладая федеральной конституцией, могла бы стать глобальной силой.¹⁸⁰ После второй мировой войны, которая катастрофически помешала европейской нации главенствовать над другими, Альтиеро Спинелли (Altiero Spinelli) отмечал, что Государства-нации потеряли основание быть таковыми, так как они не могут больше гарантировать политическую и экономическую безопасность своих граждан, и должны уступить место федерации, называемой им «Европейский Союз», основанной на конституции, подготовленной учреждающим собранием и одобренной всеевропейским референдумом.¹⁸¹ Таким образом, федералисты помещали плуг (конечную цель европейской интеграции) впереди быков (создание прочных связей на основе общих интересов среди бывших врагов).

Согласно концепции «функционализма», представителями которой являются С.С. Джорж, Л. Линдберг, Д. Митрани, Я. Тинберген, Э. Хасс, и др., политическая интеграция (объединение государств) возможна только благодаря экономической интеграции. Экономическая интеграция представляет собой «переплетение» национальных хозяйств и проведение согласованной межгосударственной экономической политики, результатом которой является создание так называемого единого экономического пространства на международном уровне. По мнению функционалистов, в ходе экономической интеграции произойдет естественный эволюционный переход от государственной власти к межрегиональной, и затем к всемирной.¹⁸² Итогом действия указанных интеграционных процессов является появление некой «всемирной социально-психологической общности» при постепенном отмирании суверенитетов государств.¹⁸³ Таким образом, экономическая интеграция приведет к образованию единого, централизованного мирового сообщества (и в экономическом, и в политическом, и в правовом смысле). Однако данные взгляды по нашему мнению являются утопичными, поскольку не учитывают всей сложности единого управления мировым сообществом в целом.

Функционалисты, такие как Дэвид Митрани¹⁸⁴ и Тэйлор¹⁸⁵ правильно отмечали, что международные организации не являются самоцелью, но инструментами управления, в первую очередь, продиктованными человеческими потребностями, и, следовательно, должны обладать гибкостью, видоизменяя свои задачи и выполняемые функции, в соответствии с нуждами времени.

¹⁸⁰ См. подробнее: Coudenhove-Kalergi Richard N. Pan-Europe. – New York, Knopf. – 1926.

¹⁸¹ См. Подробнее: Spinelli Altiero. The Growth of the European Movement since the Second World War. – in M. Hodges (ed.). – European Integration. – Harmondsworth. – Penguin. – 1972.

¹⁸² Там же. С. 74.

¹⁸³ См.: Mitmny D. A working Peace System. London, 1943. P. 10-15; Marks Gari, oth. Governance in the European Union. London. 1996. P. 5-7.

¹⁸⁴ См. подробнее: Mitrany David. A Working Peace System. – Chicago. – Quadrangle Books. – 1966.

¹⁸⁵ См. подробнее: Taylor Paul. Functionalism: the Approach of David Mitrany. – A.J.R. Groom and P. Taylor (eds.) Frameworks for International Co-operation. – London. – Pinter. – 1994.

В своем оптимизме относительно создания паутины по-настоящему интернациональных организаций, каждая из которых специализируется на одной глобальной функции, функционалисты небрежно (если не сказать, презрительно) относились к потенциалу мира и благосостоянию такого регионального объединения, как Европейское экономическое сообщество.

Транснационалисты (К. Дойч, Д. Пучала и др.) полагают, что интегрирование реализуется благодаря так называемой единой идее. При этом к субъектам интеграции не предъявляется жестких требований по поводу того, как себя вести при той или иной форме сближения.¹⁸⁶ Как справедливо отмечает К. Дойч, при данной модели интеграции основные интересы государств, как политические, так и социокультурные, не должны противоречить друг другу, а наиболее общие интересы должны быть предсказуемы и прогнозируемы.¹⁸⁷ Сущность «транснационализма», таким образом, состоит в том, что интегрирование осуществляется исходя из общности интересов субъектов интегрирования при сохранении последними суверенного, государственно-властного характера политической власти. Следовательно, реализация плюралистической модели интеграции ведет к созданию конфедерации, представляющей собой временный союз государств, созданный для достижения экономических, политических, социальных, культурных целей.

Учитывая некоторые аспекты европейской реальности, транснационалистская теория Карла Дойча определила интернациональную интеграцию как создание на одной территории понимания общности (содружества), а также достаточно сильных институтов и практик для обеспечения надежд на мирные преобразования в пользу населения.¹⁸⁸ Утверждения о том, что понимание общности между нациями может зависеть от уровня коммуникации между ними, а также от создания многонациональной торговой сети, подтвердились опытом Европейского Союза. Тем не менее, предположение Дойча о том, что развитие функциональных связей путем неформальных экономических и социальных взаимодействий разных народов подтолкнуло бы политическую элиту к приданию официального характера и формализации первоначальных связей опровергнуто европейским опытом. Теперь уже очевидно, что в основе лежит институциональная структура, а, опираясь на нее, могут строиться неформальные отношения и, как следствие приходит понимание общности.

Практика показала, что конфедерация является «нежизненной» формой государственного устройства, которая либо трансформируется в более прочную форму государственного устройства – федерацию, либо распадается на самостоятельные, суверенные, независимые государства.

¹⁸⁶ См.: Егоров А.В. Правовая интеграция и ее содержание. // Государство и право. 2004. – № 6, С. 74.

¹⁸⁷ См.: Deutsch K.W. The Impact of Communications upon International Relations Theory // Said A. Theory' of International Relations: The Crisis of Relevance. London. 1968. P. 143-145.

¹⁸⁸ См. подробнее: Deutch Karl W. Nationalism and Social Communication. – 2-nd edition. – Cambridge. – MA, MIT Press. – 1966; The Analysis of International Relations. – Englewood Clififs NJ. – Prentice Hall. – 1968.

С теорией интеграции Ж. Моннэ схожа *неофункционалистская* теория, разработанная Эрнстом Хаасом (Ernst Haas)¹⁸⁹, который, как и Моннэ, отвергал идеализм федералистов и опускал функционализм Митрани с его высоких межнациональных сфер на конкретный региональный уровень. Активно поддерживал процесс объединения Европы в 50-е годы министр иностранных дел Франции Роберт Шуман. Знаменитая декларация Роберта Шумана (Robert Schuman) от 9 мая 1951 г., была создана под влиянием идей уже упомянутого генерального комиссара планирования Ж. Моннэ, и ясно обозначила путь, по которому должна проходить европейская интеграция: «Европа образуется не сразу и не в совместной структуре. Она образуется в результате конкретных реальных действий, прежде всего, создавая фактическую солидарность».

Логика неофункционализма была построена на эффекте распространения (spillover effect). Интеграция должна была начинаться в немногочисленных, но важных секторах экономики и должна была с самого начала оснащаться учреждениями наднационального значения, которые могли бы управлять и воплощать в жизнь более передовую интеграцию. Если бы не было связей между экономическими секторами, то эта интеграция происходила бы от функционального давления интеграции множества участников. Леон Линдберг (Leon Lindberg) определил «эффект распространения» как ситуацию, в которой некоторое действие, связанное со специфичной целью, порождает ситуацию, в которой первоначальная цель может быть обеспечена только другими действиями, которые, в свою очередь, создают другие условия и порождают необходимость дополнительных действий, и т.д.¹⁹⁰

Многие другие утверждения неофункционалистов находили подтверждение в результате приобретенного Европой опыта, подтверждением тому являются случаи, когда действия заинтересованных групп не были мотивированы идеалистической погоней за всеобщим благом, но вдохновлялись интересами и целями, свойственными, каждой из них. По верному, на наш взгляд, утверждению неофункционалистов, восприятие этими группами изменения местонахождения правовых структур и органов власти направляло бы все в большей и большей степени их активность к наднациональной арене, наднациональное правительство было бы соответствующей компенсацией национальному государству, которое не смогло бы больше адекватно выполнять поставленные задачи в узких границах. Другими словами создание Таможенного союза породило бы принуждение создать Общий рынок и финансовый союз.¹⁹¹ Этот процесс смог бы достичь высшей точки в тотальной экономической интеграции. Разрастающаяся экономическая интеграция потребовала бы создать наднациональное правовое урегулирование. Таким

¹⁸⁹ См. подробнее: Haas Ernst. The Uniting of Europe: Political, Social and Economic Forces 1950-1957. – 2nd ed. – Stanford CA. – Stanford University Press. – 1968.

¹⁹⁰ См. подробнее: Lindberg Leon. The political Dynamics of European Economic Integration. – Stanford CA. – Stanford University Press. – 1963.

¹⁹¹ См. подробнее: Balassa Bela. The Theory of Economic Integration. – London. – Allen and Unwin. – 1962.

образом, политическая интеграция следовала бы за интеграцией экономической.

Некоторые тезисы неофункционалистов, особенно тезис об упадке государственной системы, основанной на власти, спровоцировали сильную *межправительственную* альтернативу неофункционалистам, как будто прочная очевидность европейской интеграции могла быть сметена теориями с идеологическим душком. В сущности, Маастрихтский и Амстердамский договоры опровергли предсказание Стенли Хофмана о том, что государства не подорвут свой суверенитет, интегрируя не только области малой политики, т.е. экономики, но, охватив и область высокой политики, т.е. иностранной политики и безопасности¹⁹². *Либерально-межправительственный* анализ, выдвинутый Эндрю Моравчик, не смог объяснить, как национальные интересы, выраженные национальными правительствами во время межправительственных переговоров, смогли бы объединиться, чтобы способствовать развитию европейской интеграции.¹⁹³ Даже если неофункционалистская теория и отражает наиболее достоверно реальный процесс европейской интеграции, особенно благодаря концепту эффекта распространения, все же критики неофункционалистов справедливо указывают на некоторые слабые стороны их рассуждений. Указывая на возможность *многоуровневого правительства* – европейского, национального, регионального и на взаимодействие политиков сквозь эти уровни, Гэри Маркс и его соавторы доказали наличие теоретической западни в постулатах, противоположных ослаблению Государства-нации или его сопротивлению всякому испытанию.¹⁹⁴ *Неоинституционалисты*, в частности Марч и Олсен, подчеркивали важность роли учреждений (не только наднациональных официальных органов, но и неформальных взаимодействий) в подготовке контекстов, в которых действующие лица могут проводить большинство переговоров с позитивным исходом¹⁹⁵.

Кроме того, неоинституционализм, как и другие теории, которые были упомянуты выше, не принимал во внимание основной феномен процесса интеграции, которым является формулирование, развитие и умножение совместных политик государствами – участниками. Дальнейшая часть исследования интеграционных процессов будет посвящена теоретическому синтезу, с помощью которого появится возможность продемонстрировать этот важный элемент.

Изучив различные теории интегрирования, выделяемые наукой международного права, можно заключить, что ни одна из данных теорий не отрицает того, что целью международной интеграции является развитие основных общественных ценностей, достижение экономического процветания и обес-

¹⁹² См. подробнее: Hoffmann Stanley. The European Process at Atlantic Crosspurposes. – Journal of Common Market Studies. – № 3. – 1964.

¹⁹³ См. подробнее: Moravcsik Andrew. Preferences and Power in the European Community: A Liberal Intergovernmentalist Approach. – Journal of Common Market Studies. – № 31 (4). – 1993.

¹⁹⁴ См. подробнее: Marks G., Scharpf F., Schmitter P.C. and Streeck W. Governance in the European Union. – London. – 1996.

¹⁹⁵ См.: March J.G. and Olsen J.P. The New Institutionalism Organizational Factors in Political Life. – American Political Science Review. – № 78. – 1984.

печение безопасности, поскольку отдельно взятое государство в современных условиях объективно не способно качественно обеспечить названные приоритеты.¹⁹⁶

Глава 12. Влияние глобализации на унификацию законодательства России (Осьмаков В.Н.)

Аннотация (-+)

Автор исследования поднимает вопросы общетерминологического понятия унификации и процессов связанных с нею. Рассматривает точки зрения основных авторов в данной области, поднимающих вопросы интеграции и координации взаимодействия иностранных государств. В качестве примеров, подтверждающих положения статьи, использовались нормы стран СНГ. Рассмотрены вопросы вступления России в ВТО. Особое внимание было уделено сотрудничеству России и Белоруссии. В качестве теоретической базы были использованы как российские так и зарубежные источники.

Ключевые понятия: унификация, глобализация, государственно-правовая интеграция, правовая инфляция, сравнительно-правовой анализ

Annotation

Author of the study raises questions of the terminological notion of unification and the processes associated with it. Selects the main theorists in the field, covering the issues of integration and coordination of cooperation of foreign countries. As examples, confirming the article used the norms of the CIS countries. The problems of planning of Russia's accession to the WTO. Particular attention was paid to cooperation between Russia and Belarus. As a theoretical framework was used both Russian and foreign works.

Keywords: harmonization, globalization, public-legal integration, legal inflation, comparative legal analysis

Термин «унификация» обязан своему появлению в понятийном аппарате юриспруденции именно науке международного права. Вплоть до последнего времени в качестве основной причины, побуждающей к исследованию вопросов унификации, указывали на существенные расхождения в правовых системах государств, на трудности для международного общения, которые проистекают из этих различий. Стремительное развитие международной торговли в конце XIX века обусловило начало проведения работ по сближению систем национального права. По мнению французских юристов С. Жамена и Л. Лакура именно расцвет международной торговли в этот период дал толчок

¹⁹⁶ См.: Егоров А.В. Правовая интеграция и ее содержание. // Государство и право. 2004. – № 6, С. 75.

к унификации регулирующих ее норм¹⁹⁷. В качестве другого обстоятельства, обуславливающего сближение правовых систем, обычно указывают на распространение видов деятельности, имеющих трансграничный характер и, прежде всего, транспорта¹⁹⁸.

Таким образом, в качестве объективной основы унификации в условиях глобализации следует определить экономические процессы. Отражением интернационализации хозяйственной жизни в праве является усиливающаяся тенденция к унификации и гармонизации права. По мнению А.Л. Маковского для отношений международного экономического оборота унификация фактически неизбежна¹⁹⁹. Подобная постановка вопроса характерна не только для исследований по проблемам сближения правовых систем в целом, но и применительно к созданию единообразного права в отдельных отраслях регулирования или в рамках отдельных интеграционных группировок. Так, А.И. Абдуллин отмечает, что анализ процессов унификации правовой охраны интеллектуальной собственности в ЕС приводит к выводу, что причины и предпосылки, приведшие к необходимости самой унификации, лежат в чисто экономической плоскости и детерминированы императивами рыночной экономики²⁰⁰.

Усиление тенденции по сближению правовых систем во второй половине XX века, как правило, связывают с интеграцией и глобализацией. Процессы интеграции предполагают объединение материальных, организационных, финансовых, трудовых, интеллектуальных ресурсов отдельных стран для совместного решения проблем, связанных с их функционированием и развитием. Основу интеграционных процессов составляют интернационализация хозяйственной жизни, международное разделение труда, усиление взаимосвязи и взаимозависимости между отдельными странами, объединениями государств, регионами. Интеграция предполагает согласование государственных интересов на основе формирования общего экономического, научно-технического, информационного пространства и создание с этой целью различных международных объединений, организаций и органов.

Важнейшей частью интеграционных процессов является межгосударственное сближение в сфере правовой политики. В зависимости от потребностей и готовности государств к подобной координации она может простираться от согласования отдельных правовых решений вплоть до формирова-

¹⁹⁷ См.: Жамен С., Лакур Л. Торговое право: Учебное пособие. Пер. с фр. М., 1993. С. 10.

¹⁹⁸ См.: Бахин С.В. Сотрудничество государств по сближению национальных правовых систем (унификация и гармонизация права). Дисс. ...докт. юрид. наук. СПб., 2003. С. 27; Иванов Г.Г. Унификация материально-правовых норм и юридическая природа конвенций по унификации // Материалы по морскому праву и международному торговому мореплаванию: (Нормативные материалы, практика, комментарий). М., 1979. Вып. 18. С. 19; Ермаков В.Г., Сивков О.В. Международное частное право: курс лекций. М., 1998. С. 28.

¹⁹⁹ См.: Иванов Г.Г., Маковский А.Л. Международное частное морское право. Л., 1984. С. 34.

²⁰⁰ См.: Абдуллин А.И. Унификация правовой охраны интеллектуальной собственности в Европейском союзе. Автореф. дисс. ...канд. юрид. наук. Казань, 1997. С. 8.

ния единого правового пространства. «Интеграция и координация в области правовой политики – это две стороны одной медали: интеграция невозможна без создания единых или сходных правовых норм, а последние, в свою очередь, служат стимулом к интенсификации интеграционного процесса»²⁰¹

Однако причины унификации необходимо искать не только в экономической, но и в социально-политической сфере. Сближение правовых систем представляет собой исторически обусловленный процесс взаимовлияния и взаимодействия национальных законодательств, правовых культур и юридических практик различных стран. В качестве внутренней причины интеграции для правовых явлений и процессов выступает наличие существенных различий в порядке правового регулирования международных торгово-экономических, внешнеполитических и иных отношений.

Следует отметить особо тот факт, что национальное законодательство все больше подпадает под влияние унифицированного права. А.Н. Жильцов и А.И. Муранов на основе анализа новейших национальных кодификаций приходят к выводу, что все чаще международные унифицированные акты становятся образцом для подражания в процессе национального нормотворчества²⁰². Данную тенденцию можно констатировать и для российского законодательства. Например, в части третьей Гражданского кодекса Российской Федерации можно выявить многочисленные заимствования из Конвенции о праве, применимом к контрактным обязательствам 1980 г. (Римская конвенция 1980 г.) и некоторых других унификационных актов.

В науке международного права бытует мнение, что первые попытки осуществления унификации в праве должны быть отнесены ко второй половине, а иногда и к концу XIX века. Однако датировка старта процесса унификации во многом зависит от трактовки существа этого процесса. Те, кто связывает истоки унификационных процессов с XIX веком неизменно понимают унификацию как создание единых и единообразных норм в форме международных договоров²⁰³.

Особенность названных проблем в том, что они являются глобальными и могут быть решены лишь совместными усилиями государств. Международное сообщество должно стать сообществом спасения человечества. Для этого необходим более высокий уровень управления социальными процессами, как на национальном, так и на глобальном уровне. Существенное совершенствование управления выдвинулось на первый план. В результате возрастает роль таких инструментов управления, как государство, международные

²⁰¹ См.: Бахин С.В. Указ. соч. С. 29.

²⁰² См.: Жильцов А.Н., Муранов А.И. Национальные кодификации в современном международном частном праве. Тенденции и противоречия в его развитии на пороге третьего тысячелетия // Международное частное право: Иностранное законодательство. М., 2000. С. 28.

²⁰³ См.: Бахин С.В. указ. соч. С. 33.

организации, право. Особое значение приобретает взаимодействие международного и внутреннего права государств²⁰⁴.

Тенденцией развития современного международного права выступает то, что осуществление им своих функций возможно лишь при все более тесном взаимодействии с внутренним правом государств. С другой стороны, нормальное функционирование национальных правовых систем зависит от взаимодействия с международным правом. Углубление взаимодействия международного и внутригосударственного права носит характер объективной закономерности, которая отражает более общую закономерность – углубление взаимодействия национального общества с мировым сообществом.

Глобализации уделяют значительное внимание экономисты, политологи, социологи, философы. Они констатируют серьезные изменения, происходящие в обществе и государстве в результате глобализации. К сожалению, теории права не проявляют должного интереса к изучению влияния глобализации на государство и законодательство. Это вызывает определенное беспокойство, поскольку такое влияние возрастает, сказывается на характере и функциях государства и права, как внутреннего, так и международного, не говоря уже об их взаимодействии²⁰⁵.

Глобализация в государственно-правовой сфере (более точно в литературе ее называют интернационализацией) означает, прежде всего, сближение политических и правовых систем государств, углубление их взаимодействия, взаимного влияния. Интернационализация государства в основном определяется глобализацией экономики и других сфер жизни общества. Одновременно на нее оказывают влияние и иные факторы, в том числе присущие именно политике.

Глобализация находит выражение во взаимозависимости. Наиболее ощутима она в социально – экономической сфере – мировое хозяйство и глобальное гражданское общество. Здесь главными действующими лицами выступают индивиды и их объединения. Отношения взаимозависимости есть фактор повышения благосостояния социальной группы.

Вместе с тем транснациональные связи населения усложняют жизнь общества. Они делают необходимой более высокую степень социальной организации, включая соответствующее правовое регулирование. Главная цель – обеспечить стабильность и выживаемость организационной системы как целого, несмотря на неизбежный внутренний конфликт интересов. Высказывается мнение, что «взаимозависимость является основой социальной организации и может рассматриваться как важный фактор при объяснении развития права»²⁰⁶.

Взаимозависимость имеет национальный и интернациональный аспекты. Национальный аспект состоит в том, что вступление в отношения взаимоза-

²⁰⁴ См.: Лукашук И.И. Взаимодействие международного и внутригосударственного права в условиях глобализации // Журнал российского права. 2002. № 3.

²⁰⁵ См.: Там же.

²⁰⁶ Цит по: Лукашук И.И. Указ. соч. Brus M. Third Party Dispute Settlement in Interdependent World. Dordrecht, 1995. P. 45.

висимости диктуется необходимостью удовлетворения внутренних потребностей государства: в зарубежном сырье и энергоресурсах, технике, медикаментах и т.д. Важные элементы национальной социально – экономической системы вышли за пределы государственных границ. Эффективное управление ими требует сотрудничества с другими государствами и соответствующего взаимодействия международного и внутреннего права.

Интернациональный аспект состоит в том, что государство вступает в отношения взаимозависимости в результате необходимости обеспечения общих интересов, с которыми связаны национальные интересы. Прежде всего это интересы всеобщего мира и безопасности, сохранения окружающей среды, экономического развития, пресечения терроризма и др. Интернациональный аспект – сравнительно новое явление. Лишь недавно человечество достигло уровня цивилизации, позволяющего осознать единство национальных и общечеловеческих интересов.

Глобализация проявляется также в интернационализации внутреннего права государств, представляя собой одну из главных тенденций развития этого права в XXI веке. Единство мирового сообщества, упрочение взаимозависимости государств диктуют необходимость того, чтобы их социально – экономические и политико-правовые системы были совместимы и способны взаимодействовать друг с другом и с глобальной системой в целом в качестве ее составных частей. Проблема решается в процессе взаимодействия международного и внутреннего права. Во имя обеспечения единства международного сообщества государства должны подчиняться установленному ими порядку, который является социально и политически необходимым. Это касается деятельности не только международной, но и внутригосударственной в той мере, в которой она затрагивает международные отношения.

Обеспечение подобного положения требует признания приоритета международного права как во внешней, так и во внутренней политике²⁰⁷. Согласно Венской конвенции о праве международных договоров 1969 г. «участник не может ссылаться на положения своего внутреннего права в качестве оправдания невыполнения им договора...» (ст. 27). Международный суд ООН считает, что является «основным принципом международного права то, что оно превалирует над внутренним правом государств»²⁰⁸. Обоснованность подобного положения едва ли может вызывать сомнения. При ином положении государство могло бы своим законом отменять для себя обязательную силу норм международного права, и, следовательно, последнее перестало бы быть правом.

Под влиянием международного права происходят важные изменения во внутреннем праве. Наиболее показательны в этом плане нормы о правах человека, образующие сердцевину конституций. Принимаются законы, призванные обеспечить реализацию международных норм. В качестве примера

²⁰⁷ См.: Карташкин В.А. Права человека в международном и внутригосударственном праве. М., 1995. С. 131 – 132.

²⁰⁸ ICJ. Reports. 1988. P. 34.

можно назвать российские законы о международных договорах, о международных и внешнеэкономических связях субъектов Федерации, о континентальном шельфе, об исключительной экономической зоне. Рост влияния международного права на право государств породил тенденцию к конституционализации международного права. Все большее число конституций содержат положения, посвященные международному праву и призванные обеспечить его реализацию. Более того, многие из них устанавливают приоритет международно-правовых норм, в том числе и Конституция РФ 1993 года.

Интернационализация права государств переплетается с доместикацией или интернализацией международного права. Все большее число международных норм инкорпорируется внутренним правом, национальным законодательством и там обретает свое полное значение. Внутригосударственный правовой механизм выдвигается на первый план в повседневном осуществлении международного права²⁰⁹. Обеспечение международного правопорядка перестало быть задачей исключительно международного права. Это стало и задачей национальных правовых систем.

Взаимодействие международной и внутренних правовых систем осуществляется на всех уровнях, включая правосознание и организационно – правовые механизмы²¹⁰. Международное право оказывает существенное метаюридическое влияние на функционирование внутреннего права, на процесс принятия решений при создании и при применении права. Принимая решение, государственные органы учитывают его международные последствия. Нормы международного права нередко служат образцом для правового регулирования внутри страны и т.д.

Таким образом, все более ощутимо проявляет себя тенденция к глобализации правового регулирования. В рамках глобальной системы правового регулирования будут активно взаимодействовать национальные правовые системы друг с другом, с региональными системами и общим международным правом. Фундаментом такой системы служат основные принципы международного права. Поэтому она не имеет отношения к концепциям мирового государства, мирового права или аналогичным концепциям²¹¹.

Процесс государственно-правовой интеграции происходит в разных формах.

Во-первых, развиваются и становятся все более многообразными двусторонние и многосторонние связи государств, опосредуемые соответствующими договорами.

Во-вторых, расширяются прямые международные экономические отношения с участием национальных и международных экономических компаний и транснациональных корпораций и консорциумов.

²⁰⁹ См.: Марочкин С.Ю. Действие норм международного права в правовой системе Российской Федерации. Тюмень, 1998.

²¹⁰ См.: Поленина С.В. Взаимодействие международной и внутригосударственных правовых систем // Правовая система социализма. Кн. 2. М., 1987.

²¹¹ Лукашук И.И. Указ. соч.

В-третьих, усиливаются интеграционные процессы в рамках и между национальными законодательствами.

Указанная интеграция осуществляется следующими способами:

1. сближение посредством согласования программ и концепций развития национальных законодательств;
2. выработка общих нормативно-правовых понятий и оценок;
3. гармонизация законодательств – отражение общих правовых программ, согласование юридических принципов и режимов, упорядоченность процессов подготовки и принятия правовых актов;
4. унификация законодательств как способ осуществления единообразного регулирования правовых отношений, создания единообразных норм или актов, как бы заменяющих соответствующие национальные нормы;
5. введение стандартов как технико-юридических норм, обязательных для применения при совершении действий технико-экономического и иного характера;
6. имплементация как исполнение государством международно-правовых норм путем их включения в национальную правовую систему, фактическая реализация международных обязательств на внутригосударственном уровне.

В-четвертых, создаются международные организации – общие, региональные и специализированные²¹².

В процессе государственно-правовой интеграции особую роль играют межгосударственные объединения²¹³. Объединения такого рода признаны конституциями целого ряда государств, в том числе и в ст. 79 Конституции РФ.

В настоящий момент можно говорить и о наличии отрицательной тенденции в государственно-правовой интеграции, которая выражается либо в дублировании, либо в противоречиях между нормами-стандартами разных межгосударственных объединений, что затрудняет правоприменение и, соответственно, требует определенной работы по унификации. Кроме того, допускается определенная бессистемность в реализации международных норм, встречаются юридические коллизии.

В отношении российского законодательства возникла проблема правильного соотношения международных норм с соответствующими законодательными актами – их признания, включения, совмещения, унификации. И нельзя допускать неравномерность, когда в гражданском праве это сближение идет быстрее, а в административном, экологическом – медленнее²¹⁴.

Процессы интеграции в рамках Содружества независимых государств сопровождаются становлением все новых и новых институтов и интенсификацией унификационно-правовых работ. Так, в рамках СНГ действует свыше 1500 соглашений и более 100 модельных законодательных актов, готовятся

²¹² См.: Тихомиров Ю.А. Общая концепция развития законодательства... С. 38.

²¹³ См. подробнее: Право и межгосударственные объединения. СПб., 2003.

²¹⁴ См.: Тихомиров Ю.А. Общая концепция развития законодательства... С. 42.

десятки новых модельных актов. Однако количество в данном случае не всегда переходит в качество. Порой происходит перенасыщение отдельных сфер взаимодействия и имеется явный переизбыток правовых актов глав государств, правительств, Межпарламентской Ассамблеи. В результате юридическое перенасыщение не стимулирует процесс межгосударственной интеграции. В других сферах. Наоборот, интегративные процессы не обеспечены в должной мере нормативно-правовой базой.

Ю.А. Тихомиров справедливо и своевременно обращает внимание на проблему «правовой инфляции»: «...институты Содружества принимают много актов, в том числе и модельных, которые в точности воспроизводят национальные акты. Модельные правовые акты, зародившиеся в начале 1992 г. и оказавшиеся сначала сложными для восприятия, теперь становятся слепком национальных актов. Они нередко возникают из национальных законов. На наш взгляд, что некоторые из них не являются по сути модельными актами, особенно в тех областях, где нет реальных интеграционных процессов»²¹⁵.

Отсюда можно сделать вывод, что прежде чем проводить унификацию законодательства необходимо создать почву для реальных интеграционных процессов в сфере экономики, политики, культуры и др. Преждевременная работа по приведению к единообразию нормативно-правовой базы не имеет какой-либо социальной ценности.

Важным аспектом унификации законодательств государств на международном уровне выступает обеспечение однозначности и единообразия используемой терминологии. Анализируя опыт западноевропейской интеграции и международного сотрудничества, можно убедиться в необходимости проведения такой работы и в рамках СНГ. Например, в договоре пяти государств есть понятия «экономическое пространство», «образовательное пространство», «таможенное пространство», «информационное пространство». В данном случае возможны различные варианты толкования столь неопределенного термина «пространство»: как пространство, которое обозначено концепцией сотрудничества в определенной сфере; как пространство, обеспеченное суммой соглашений; как пространство, где действуют модельные акты; как пространство, где имеется правовой режим защиты граждан и юридических лиц и т.д. Должна быть точная наполняемость всех нормативных понятий и терминов.

Можно привести и еще весьма показательный пример. В ряде международных договоров применяются следующие варианты обозначения по сути одних и тех же явлений: единый стандарт; обязательный акт; модельный законодательный акт; модельный акт; унифицированная система законодательства; унификация правил; единая нормативная база и т.д. Следует согласиться с мнением Ю.А. Тихомирова о необходимости более строгой типологии актов Содружества и унификации их форм и содержания. Институт законо-

²¹⁵ См.: Тихомиров Ю.А. Общая концепция развития законодательства... С. 44.

дательства и сравнительного правоведения подготовил типологию модельных актов и рекомендации по их принятию и реализации²¹⁶.

Кроме того, значение модельных актов и вовсе принижается на практике. В российской правотворческой практике почти нет случаев, когда модельный акт ощутимо влиял на национальный закон. Зачастую модельные акты просто неизвестны.

Международные договоры и соглашения весьма существенно влияют на современное российское законодательство и правоприменение. Различные договоренности о научно-техническом, торговом, культурном сотрудничестве, о взаимной защите капиталовложений оказывают серьезное воздействие на правовые акты Российской Федерации, деятельность государственных органов и иных субъектов права. Формируются своеобразные общие или согласованные юридические режимы.

Планируемое вступление России в ВТО потребовало существенной корректировки ряда действующих и подготовки новых актов. Принятие единообразных норм, регулирующих договоры международной купли-продажи товаров и учитывающих различные правовые системы, способствует устранению правовых препятствий в международной торговле. Действует значительное число унифицированных норм, регулирующих расчеты по инкассо, для документарных аккредитивов, конвенции, устанавливающие единообразные законы о чеках, о переводном и простом векселях. Отмеченные нормы напрямую повлияли на содержание ст. 454-491 об общих положениях о купле-продаже ГК РФ и статей о видах договоров. Таким образом, вводимые юридические режимы исходят из следующих основных положений: установление общих, единых правил, процедур, согласование объема нормативных понятий и терминов, признание норм российского законодательства, обязательства принимать новые, изменять или отменять устаревшие национальные акты.

В расширяющемся использовании сравнительно-правового анализа большой удельный вес занимают специальные способы сближения правовых систем. В рамках СНГ это программы сближения национальных законодательств в целом либо их отраслей. В 1998 году Межпарламентский комитет «четырех» одобрил рекомендации по сравнительно-правовому анализу национальных государств, в основе которых методика, подготовленная Институтом законодательства и сравнительного правоведения. Европейский Союз в Белой книге «Подготовка ассоциированных стран Центральной и Восточной Европы к вступлению в рынок Европейского союза» в других стандартах предложил строгий набор юридических нормативов для этих стран. С учетом данного опыта полезно больше внимания уделять разработке общих юридических понятий, подготовке глоссариев, критериев «соответствия» и рамках унификации законодательств стран-участниц СНГ.

С учетом процессов глобализации можно рекомендовать продолжить унификационную работу путем упорядочения организационно-правовых

²¹⁶ См.: Тихомиров Ю.А. Общая концепция развития законодательства... С. 45.

процедур вступления Российской Федерации в межгосударственные объединения, согласования программ подготовки к вступлению и координации деятельности соответствующих государственных органов, причем необходимо своевременно вносить изменения в учредительные и иные нормативные правовые акты СНГ и других межгосударственных объединений с учетом постоянно изменяющихся условий.

Ю.А. Тихомиров отмечает актуальность вопроса о механизме взаимодействия органов межгосударственных объединений и национальных органов государственной власти стран-участниц СНГ. Это позволит по его мнению повышать роль межведомственных советов, комитетов и других органов межгосударственных объединений в обеспечении приведения национального законодательства в соответствии с актами межгосударственных объединений²¹⁷.

Кроме того, следует усилить внимание к вопросам реализации международных актов и актов межгосударственных объединений, своевременно приводить в соответствие с ними российское законодательство. Научным учреждениям можно рекомендовать подготовить новые методики сравнительно-правового анализа и научные рекомендации по сближению законодательства России и законодательства других стран в рамках СНГ, ЕврАзЭС и Союзного государства Белоруссии и России. При этом следует четко увязывать формы гармонизации и унификации национальных законодательств с реальным уровнем интеграции государств. Необходимо определить статус Экономического суда ЕврАзЭС, который призван рассматривать не только споры предусмотренные договором, но и споры о соответствии национальных законодательств государств-участников соглашениям, принятым в рамках объединения.

На повестке дня стоит вопрос о расширении изучения вопросов унификации российского законодательства и международного права в рамках учебных программ юридических вузов и программ повышения квалификации депутатов, государственных служащих, специалистов и экспертов.

Однако унификация внутригосударственного права с международными нормами не должна иметь безграничного характера. Государство не только вправе, но и обязано использовать внутренние законодательные запреты с целью установления в пределах унификации. Подобные запретительные механизмы необходимы для защиты от предполагаемого негативного влияния на основы правопорядка, жизнь и здоровья нации²¹⁸.

Подытоживая сказанное, можно определить следующие основные направления воздействия процессов глобализации на российское законодательство:

²¹⁷ См.: Тихомиров Ю.А. Общая концепция развития законодательства... С. 52.

²¹⁸ Пиголкин А.С., Абрамова А.И., Рахманина Т.Н. и др. Современные тенденции законодательного творчества // Концепции развития российского законодательства / Под ред. Т.Я. Хабриевой, Ю.А. Тихомирова, Ю.П. Орловского. М., 2004. С. 75.

1. возрастание интереса к делению права на публичное и частное, что обусловлено активными заимствованиями элементов рыночных механизмов западных экономически развитых стран, а результатом стала экспансия гражданского права по отношению к другим структурным подразделениям системы российского законодательства²¹⁹;

2. наблюдается прямое заимствование нормативных предписаний и институтов законодательств других стран, чем достигается единообразие в правовом регулировании сходных групп общественных отношений в разных странах;

3. в условиях глобализации, несмотря на выравнивание позиций судебной практики и законодательства как источников права в отдельных областях правового регулирования, в Российской Федерации приоритетной формой законодательства остается закон;

4. учет международных стандартов, особенно в области прав человека (в законодательстве России также нашли отражение стандарты в сфере уголовного процесса, приводится в соответствие практика регулирования внешней торговли);

5. развитие инвестиционного законодательства с целью привлечения иностранного капитала;

6. повышение роли миграционного законодательства в связи с влиянием глобализации в экономической сфере и необходимостью урегулирования вопросов по привлечению иностранной рабочей силы;

7. усиление законодательных начал по борьбе с наиболее опасными преступлениями международного характера, угрожающих в условиях глобализации национальной и международной безопасности.

Одной из важнейших задач, стоящих перед Российской Федерацией в настоящий момент, признается создание единого правового пространства в рамках Союза Беларуси и России²²⁰. В основу решения этой задачи положены: Договор о создании Союзного государства, Программа действий Российской Федерации и Республики Беларусь по реализации положений Договора о создании Союзного государства, Концепция формирования единого информационного пространства Союза Беларуси и России (проект), Единый правовой классификатор Республики Беларусь (утвержден Указом Президента РБ от 04.01.1999), Классификатор правовых актов России (одобрен Указом Президента РФ 15 марта 2000), Регламент Парламентского Собрания Союза Беларуси и России.

Цели правового регулирования в настоящее время определены многозначно и представлены терминами: обеспечение "единой политики", единых характеристик определенной сферы ведения, "совместной политики", "совместной деятельности", "согласованной политики". Наряду с этим преду-

²¹⁹ См.: Никитина Н.К. Российское законодательство в условиях глобализации (вопросы теории и практики): Автореф. ... дисс. канд. юрид. наук. М., 2008. С. 13.

²²⁰ См.: Бачило И.Л. Проблемы гармонизации в законодательстве // Журнал российского права. 2000. N 8.

смотрена, большая научная работа по упорядочению терминов, понятий в правовых системах России и Беларуси. Цель унификации – обеспечить единообразие в подходах к согласованности, стройности, как минимум – непротиворечивости, в системах законодательства.

От тщательности и глубины постановки вопроса по унификации в области важнейших узлов национального законодательства создания единых и общих актов Союза зависит успех решения всех последующих проблем в создании единого правового пространства. На первый взгляд это деятельность, относящаяся к юридической технике. Но такой оценки этой деятельности недостаточно. Здесь не только чисто техническая работа. Но и выявление и сравнение состояния духа законов и всего законодательства. Необходимы и соответствующие критерии оценки по каждому участку работы, учитывающие соответствие каждого нормативного акта целям Союза, задачам каждого государства – участника Союза, соответствие наличных и прогнозируемых норм международным требованиям в области правовой защиты прав и интересов человека и гражданина. Важное значение имеет и организационная сторона для успеха открывшегося нового поля правовой работы. Наличие мощных центров по правовой информации в России и в Республике Беларусь, внимание к этой работе всех заинтересованных органов власти является залогом ее успеха.

К настоящему моменту накоплен большой опыт гармонизации законодательства в пространстве СНГ. Здесь активно реализуется опыт рамочных, модельных законов и иных приемов, влияющих на состав и содержание правовых актов заинтересованных сторон. История предложила еще один вариант унификации законодательства и правотворчества в рамках Союза Российской Федерации и Республики Беларусь. На этом примере возможно проследить не только подход к упорядочению, гармонизации законодательства государств, которые значительное время имели разные модели своих национальных экономик, решения социальных проблем, но и увидеть множество внутренних проблем унификации законодательства. Договор о создании Союзного государства Российской Федерации и Республики Беларусь знаменует начало нового исторического этапа единения народов этих государств. Оценка значения этого документа для формирования Союзного государства, которое базируется на принципах суверенного равенства государств-участников, добровольного сотрудничества при выполнении взаимных обязательств, подлежит исторической проверке. Но фактом является то, что Договор закладывает легитимную основу для развития правовых механизмов взаимодействия всех видов субъектов в рамках единого правового пространства Союза, что означает более высокую степень интеграции, чем межгосударственная.

Однако на первых этапах создания единой системы законодательства предстоит пройти значительный период гармонизации, сближения действующих систем законодательства. При объединении большого объема своих полномочий для реализации целей Союзного государства каждый ее участник сохраняет суверенитет, независимость, территориальную целостность,

государственное устройство, Конституцию, государственный герб, флаг и другие атрибуты государственности. Сохраняя членство каждого государства Союза в ООН и других международных организациях. Договор предусматривает и вариант реализации единого членства в международных объединениях. При этом заложена достаточно логичная основа развития правовой основы союзного сотрудничества России и Белоруссии. Термин "создание" предполагает процесс, а тексты Договора и Программы действий по реализации положений Договора о создании Союзного государства, подписанные президентами России и Беларуси 8 декабря 1999 г., раскрывают основные этапы этого процесса.

Договор и прилегающие к нему документы как акты нормативные, как часть законодательства этих государств, закрепляют правовые механизмы движения субъектов к более тесной и взаимно ответственной форме единения по самым важным параметрам развития России и Белоруссии. Этапы и приемы работы по созданию реальной правовой основы Союзного государства Процесс становления правового пространства Союза, как он просматривается через призму названных документов, имеет достаточно сложную структуру. Отражая многогранность реальных задач Союза Договор предусматривает разнообразие форм и средств для наиболее естественного пути формирования правовой основы. Фронт формирования правового пространства в данном случае имеет свои предметные, временные и пространственные характеристики. Договором и Программой предусмотрена работа по девятнадцати конкретным направлениям реализации исключительной компетенции Союза и в областях совместного ведения.

На первом месте проблемы прав граждан, гражданско-правовое законодательство. Особая область упорядочения нормативного материала – это область налогового законодательства. Здесь используются все формы правовой работы: от унификации до реализации единой налоговой политики. Не менее сложным участком работы является унификация законодательства в правоохранительной сфере. Предполагается ориентация на концепцию безопасности Союза, международные договоры. Стратегическая цель – создание единой Конституции Союза. Она не может быть достигнута без необходимых поправок в национальные Конституции государств-участников Союза. Однако следует понимать, что коррекция этих конституций имеет основанием не только наличие Союза, здесь действуют и иные факторы внутреннего и внешнего свойства²²¹. В их числе: назревшие внутринациональные для России и Белоруссии проблемы государственного устройства за период с момента принятия последних конституций; необходимость учета процессов в экономической, информационной, гуманитарной, правоохранительной сферах, продиктованные условиями подвижек от постиндустриального этапа развития к новым характеристикам мирового сообщества; учета развивающихся форм сотрудничества в рамках региональных мировых структур типа ЕС, других мировых ассоциаций регионального и функционального назначения.

²²¹ См.: Бачило И.Л. Указ. соч.

Именно на таком широком фоне происходит развитие демократических и правовых основ государственного и межгосударственного сотрудничества в рамках Союза. И если создание единой Конституции Союза Российской Федерации и Республики Беларусь можно рассматривать как завершающую акцию формирования правового пространства этого Союза, то на пути к этой вехе предстоит осуществить большую программу действий по совершенствованию правовых систем обоих государств. Одновременно и, по возможности, синхронно будут развиваться различные формы правового строительства.

В их числе необходима реализация следующих мер.

1. Сближение национальных законодательств России и Белоруссии.

2. Принятие унифицированных национальных нормативно-правовых актов по предметам совместного ведения согласно ст. 18 и ст. 59 Договора. Унификация правовых решений России и Беларуси (принятие идентичных решений) по ряду общих проблем. Имеются в виду унифицированные законы «О транспортной деятельности», «Об автомобильных дорогах». Кроме законодательных актов, предусмотрено большое количество совместных, межгосударственных программ по таким проблемам как экология, научно-техническое развитие и др. Вопросы социальной защиты предполагается решить через унифицированные законы каждого государства: «О социальном страховании», «О страховании от несчастных случаев», «О занятости населения», «Об охране труда», Кодексов законов о труде, а также ряда методических документов. Эта форма правовой работы предполагает принятие национальных законов по проблемам, которые требуют ответственных контактов. Например, Программой предусмотрена разработка и принятие только белорусских законов: «О рынке ценных бумаг» (и правила работы с различными ценными бумагами по образцу, установленному в России); «О естественных монополиях»; «О государственном регулировании тарифов на электрическую и тепловую энергию»; «О газоснабжении». В планах предусмотрена разработка идентичных таможенных кодексов, законов о таможенных тарифах, унификации правовой базы в области связи и информатики. Упомянутая специальная программа в области социальной проблематики предусматривает разработку следующих унифицированных законов обоих государств: "О социальном страховании", "О страховании от несчастных случаев на производстве и профессиональных заболеваний", "О занятости населения", "Об охране труда", Кодексов законов о труде.

3. Принятие общих союзных актов в виде законов, декретов, постановлений и резолюций, определенных ст. 17 и ст. 59 Договора об исключительных предметах ведения Союзного государства. Предполагается, что Высшим Государственным Советом будет учреждена Комиссия по правам человека и утверждено Положение о ней. Естественно, что консолидирующим актом по этому кругу вопросов должен быть закон Союза о правах граждан Союза.

4. Принятие основ законодательства, директив и резолюций, а также национальных нормативно-правовых актов по предметам совместного ведения согласно ст. 18 и ст. 59 Договора. На первом плане работа по созданию законодательства в области гражданско-правовых отношений. Итогом нача-

той работы в этой области должны стать «Основы гражданского законодательства Союзного государства», Закон «О собственности Союзного государства».

5. Общие и совместные акты предусматривают большой комплекс стандартов и методических материалов, единых форм учетных документов и статистической отчетности, а также разных перечней – например, перечни продукции и услуг, реестры и регистры, позволяющие унифицировать формы учета материальных, нематериальных ресурсов, население, юридических лиц и факты совершения различных сделок.

При наличии материальной основы сближения, согласования правового регулирования большая нагрузка ложится на механизмы юридической техники. Первые шаги в этом направлении связаны с установлением совместности терминологии, правовых дефиниций. В связи с проблемой унификации юридических терминов и понятий важное значение имеет не только определение терминов в структуре отдельных законодательных актов одной системы права, например, российской. Это необходимо для однозначного понимания предметов и областей регулирования в пределах всего законодательства Российской Федерации. Здесь большую роль выполняют классификаторы отраслей права и предметных областей правового регулирования.

Составление классификаторов правовых актов по предметным областям регулируемых отношений идет достаточно трудно. Важным шагом к совершенствованию этой работы является одобрение указом Президента Российской Федерации от 15 марта 2000 г. N511 "Классификатора правовых актов". Нужно подчеркнуть, что работа в направлении развития классификатора правовых актов на основе предложений органов государственной власти, местного самоуправления будет продолжаться. Вместе с тем классификатор в представленном виде рекомендовано использовать в процессе формирования банков данных правовой информации и при автоматизированном обмене правовой информации. Это значительный шаг к унификации правовой работы в пределах России.

В Белоруссии 4 апреля 1999 г. был утвержден указом Президента "Единый классификатор Республики Беларусь". Наступил этап сравнительного изучения этих двух важных документов. В работе по унификации законодательства в национальном и международном масштабе весьма полезен тезаурус – свод данных (словарь), охватывающий термины и понятия законодательства, разработанный в интересах Европейского Союза – EURO-VOC. Он выпущен на семи, а затем на девяти европейских языках, без учета русской версии. На русский язык этот тезаурус переведен и снабжен русскими эквивалентами на уровне названий его разделов, микротезаурусов и дескрипторов в машиночитаемой форме Парламентской библиотекой Федерального Собрания Российской Федерации. Одновременно подготовлено его представление на русском, английском и французском языках.

Подготовленный с учетом этого европейского тезауруса Информационно-поисковый тезаурус Парламентской библиотеки России используется для индексации всех документов, поступающих в библиотеку и для поиска необ-

ходимой информации. Следует заметить, что такие справочные издания полезно использовать не только при классификации, индексации и поиске уже принятых правовых актов, но и на стадии подготовки их проектов, т.е. обеспечить их более активное применение в правотворческом процессе.

На основе изложенного, можно заключить, что унификация российского законодательства в условиях глобализации принимает все более и более сложные формы и осуществляется не только через прямое изменение содержания нормативно-правовых актов, но посредством развития всей структуры законодательства (отраслевой, иерархической, федеративной), а также с использованием широкого арсенала инструментов юридической техники.

Глава 13. К вопросу о соотношении категорий «работы» и «услуги» (Севостьянов М.В.)

Аннотация

В статье рассматривается вопрос соотношения понятий «работы» и «услуги». Приводятся различные мнения и взгляды ученых в сфере юриспруденции и экономики на эту тему. Делается очевидный вывод, что понятие «услуга» воспринимается и юристами и экономистами неоднозначно. Иногда им охватывается почти любая полезная деятельность, а иногда авторы сводят услугу к деятельности, потребляемой в процессе самого ее осуществления. Уделяется внимание понятиям: «сфера обслуживания», «сфера услуг», «сфера бытового обслуживания».

Ключевые слова: работы, услуги, договор подряда, возмездное оказание, сфера обслуживания, сфера услуг, сфера бытового обслуживания.

Annotation

The article discusses the relation of concepts of "work" and "services". The various views and opinions of scholars in law and economics on this topic. Made the obvious conclusion that the concept of "service" is perceived and lawyers and economists is ambiguous. Sometimes they are covered in almost any useful work, and sometimes the authors reduce service to the work consumed in the process of the implementation. Attention is paid to the concepts of: "service industry", "service industry", the "sphere of consumer services."

Keywords: work, services, construction contracts, onerous provision, service sector, service sector, the sphere of consumer services.

Категории «работы» и «услуги», наряду с вещами, включая деньги и ценные бумаги, иным имуществом, в том числе имущественными правами, результатами интеллектуальной деятельности, в том числе исключительными правами на них (интеллектуальной собственностью), а также нематериаль-

ными благами, отнесены действующим ГК РФ к объектам гражданских прав (ст.128). Кроме того, названный статус услуги подтверждается нормами и иных статей Кодекса.

С отношениями по оказанию различного вида услуг цивилистика знакома уже на протяжении тысячелетий. Римское право регулировало услуги в рамках договора найма, в который включало «наем вещей», «наем работ» и «наем услуг». Отсутствие самостоятельного договора услуг объяснялось незначительным объемом отношений по найму услуг, которые, не шли ни в какое сравнение с возможностью использования рабов, то есть пользования вещью. Ведь пока лицо, осуществляющее действия, не свободно, то не употребим и термин «нанявшийся» поскольку таковое возможно только на основании двусторонней сделки.²²² Деятельностью более высокого порядка занимались представители высших классов бесплатно. В основе такого подхода лежало разграничение свободной и несвободной профессии и отличие между гонораром и платой.²²³ «А уже в начале 19 века во Французский гражданский кодекс была включена глава III Титула VIII «О найме работы и услуг», в которой выделены разделы «О найме услуг и рабочих», «О перевозке по земле и по воде», а также «О подряде».

В Германском гражданском уложении в составе раздела «Отдельные виды обязательств», наряду с договором подряда, были урегулированы и трудовой договор, и ряд иных договоров, традиционно относимых к договорам услуг (маклерский договор, договоры поручения, хранения и др.). При этом глава «Подряд» включила наряду с изготовлением или изменением вещи также иной результат, достигнутый путем «Выполнения работ или оказания услуги». Впоследствии главу разделили на две части: «Договоры подряда» и «Туристического обслуживания». Соответственно было сочтено целесообразным, изменить прежнее название главы на «Подряд и подобные договоры».²²⁴ Таким образом, германский законодатель подчеркнул существование договоров, отличных от подряда.

В русской дореволюционной науке было множество мнений по вопросу о соотношении подряда и договора услуг.²²⁵

ГК РСФСР 1922 и ГК РСФСР 1964 года совсем не выделяли договора услуг, однако эта категория была им известна. Например, ГК РСФСР 1964 года не исключал возможность отграничения данных договоров от подряда, хотя бы потому, что легальное определение подряда указывало только на вы-

²²² Степанов Д. Зарождение и развитие услуг в римском частном праве // Российское право. 2001. №3. С. 153.

²²³ Денбург Г. Пандекты: Т. III. Обязательственное право. 2-ое изд. /Пер. П. Соколовского. М., 1904. С.371.

²²⁴ Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Книга третья: Договоры о выполнении работ и оказании услуг. М.: «Статут», 2002. С.206.

²²⁵ См. например Синайский В.И. Русское гражданское право. Вып. II. Обязательственное, семейное и наследственное право. Киев, 1915. С. 158; Исаченко В.А. Свод кассационных положений по вопросам русского гражданского материального права. М.. 1906. С. 600.

полнение «работ», но не «услуг». В ГК РСФСР 1964 года урегулированными и тем самым легально признанными были договоры поручения, комиссии, хранения, перевозки.²²⁶ В отечественной и зарубежной цивилистике в 60-х годах договоры на выполнение работ и оказании услуг стали разграничиваться. Основанием послужил двойкий характер услуг (материальные и нематериальные), что обусловило разницу в их правовом регулировании.²²⁷ Действующий ГК РФ, наконец, выделил оказание услуг в самостоятельную главу 39, оставив многие услуги без подробного регулирования. В.А. Ойгензихт отмечал незавершенность таких институтов договорного права, как договоры, обслуживающие культурные и бытовые нужды граждан.²²⁸ Автор указывал на их нетипичность.²²⁹

«Услуга является специфическим действием, и чтобы определить его сущность, необходимо отделить его от действий другого вида, указав на ее признаки».²³⁰ Однако до настоящего момента общая теория права и теория гражданского права не дает однозначного ответа, какими признаками должны обладать услуги, чтобы регулироваться главой 39 ГК РФ. В современном мире наблюдается большое разнообразие отношений в этой сфере, и их число неуклонно преумножается в связи с развитием общества, поскольку его потребности, в том числе и потребности в услугах, со временем эволюционируют, на что и было указано Н.А. Бариновым, который отмечает: «Постоянное возрастание потребностей, их последующее удовлетворение не ведет к их «ухудшению». Потребности затем углубляются, обогащаются, образуя новую ступень их развития, способствуя появлению новых потребностей, более высокого уровня».²³¹ Еще несколько десятилетий назад С.С. Алексеев указывал на перспективу развития услуг.²³² В условиях рыночной экономики, в процесс удовлетворения потребностей, наряду с государством, включились и субъекты предпринимательской деятельности. В сфере оказания услуг они также имеют массу возможностей достижения своих основных целей – получения прибыли и удовлетворения соответствующих потребностей заказчиков. Более того, частный бизнес берет на себя сегодня основную нагрузку в услугах еще и потому, что свыше 70 % предприятий и организаций находятся

²²⁶ Шешенин Е.Д. Предмет обязательства по оказанию услуг //Сб. трудов. Свердловск 1964. Вып.3. С.156.

²²⁷ Измайлов Е.В. Место договора на выполнение маркетинговых исследований в системе гражданско-правовых договоров // Юрист. 1999. №8. С.58.

²²⁸ Ойгензихт В.А.Специфика регулирования некоторых гражданско-правовых отношений //Советское государство и право. 1978. №3. С.50.

²²⁹ Ойгензихт В.А. Нетипичные договоры по оказанию услуг личного характера: Учеб. пособ. Душанбе, 1984, а также см.: Садиков О.Н. Нетипичные институты в советском праве // Советское государство и право. 1979. № 2.

²³⁰ Фетюхин М.И. Фетюхин Ю.М. Хабаров А.Н. Договор возмездного оказания услуг. Учебное пособие. Волгоград. 2001. С. 6-7.

²³¹ Баринов Н.А. Услуги: Изд. 2-е, дополненное. Саратов: Изд-во «Надежда», 2003. С.8.

²³² Алексеев С.С. Гражданское право в период развернутого строительства коммунизма.М., 1962. С.99-100.

в его руках.²³³ При всем этом на плечах государства лежит обязанность регулирования экономики в целях обеспечения экономического и социального развития страны, осуществления правовой и социальной защиты населения.²³⁴ Следует заметить, что некоторые виды услуг регламентированы на законодательном уровне, а в отношении других налицо нормативно-правовые пробелы и противоречия. Очевидным является и то, что услуги различаются по своему экономическому и социальному содержанию. Рассматриваемая категория исследуется как юридической, так и экономической наукой.

«Будучи обусловленным экономикой, право, однако, обладает относительной самостоятельностью, оно оказывает обратное воздействие на экономику. В вопросах соотношения экономики и права следует исходить из примата экономики. Поэтому право, правовая форма должна соответствовать экономическому содержанию и наиболее эффективно обеспечивать имущественные потребности граждан».²³⁵ Поскольку между правом и экономикой существует такого рода взаимосвязь, то целесообразным будет уяснение сущности «услуги» в понимании и той и другой отрасли знаний.

Итак, среди гражданско-правовых объектов, кроме прочих, выделена группа «*работы и услуги*». Принятие нового ГК РФ придало дополнительный импульс дискуссии о соотношении этих объектов, т.к. в его вторую часть включена глава 39, посвященная возмездным услугам. Причины споров заключаются в отсутствии единого легального определения «услуги» как юридической категории. В российском законодательстве услугами именуется и «предпринимательская деятельность, направленная на удовлетворение потребностей других лиц, за исключением деятельности, осуществляемой на основе трудовых отношений»,²³⁶ и «деятельность профессионально подготовленного физического лица по ознакомлению туриста с туристическими ресурсами в стране временного пребывания»,²³⁷ и «продукт деятельности по приему, обработке, перевозке и доставке почтовых отправлений, почтовых и телеграфных переводов денежных средств»²³⁸. Налоговый Кодекс Российской Федерации часть первая от 31 июля 1998 г. № 146-ФЗ (с изменениями и дополнениями) называет услугой «деятельность, результаты которой не имеют материального выражения, реализуются и потребляются в процессе

²³³ Яковлев В.Ф. Россия: экономика, гражданское право. М. 2000. С.15.

²³⁴ Таланина Э.В. Вопросы правового регулирования экономической функции государства // Гос-во и право. 1999. №11. С.73.

²³⁵ Баринов Н.А. Услуги: Изд. 2-е, дополненное. Саратов: Изд-во «Надежда», 2003. С.28.

²³⁶ Об основах государственного регулирования внешнеторговой деятельности: ФЗ РФ от 8 декабря 2003 г. № 164-ФЗ: в ред. ФЗ РФ от 2 февраля 2006 г. № 19-ФЗ // СЗ РФ. 2003. № 50. Ст. 4850; 2004. № 35. Ст. 3607; 2005. № 30 (Ч. II). Ст. 3128; 2006. № 6. Ст. 636. Ст. 2.

²³⁷ Об основах туристской деятельности в Российской Федерации: ФЗ РФ от 24 ноября 1996 г. № 132-ФЗ: в ред. ФЗ РФ от 5 февраля 2007 г. N 12-ФЗ // СЗ РФ. 1996. № 49. Ст. 5491; 2003. № 2. Ст. 167; 2004. № 35. Ст. 3607 2007. № 7. Ст. 833. Ст. 1.

²³⁸ О почтовой связи: ФЗ РФ от 17 июля 1999 г. № 176-ФЗ: в ред. ФЗ РФ от 7 июля 2003 г. № 126-ФЗ // СЗ РФ.1999. № 29. Ст. 3697; 2003. № 28. Ст. 2895; 2004. № 35. Ст. 3607; 2007. № 27. Ст. 3213. Ст. 1.

осуществления этой деятельности» (п. 5. ст. 38). Определение услуги можно встретить и в нормативных актах некоторых европейских стран. Например, в Гражданском Кодексе Чехии закреплено положение о том, что организация оказывает гражданам услуги в целях удовлетворения их материальных и культурных потребностей. Правовому регулированию услуг в ГК Чехии посвящена специальная часть, именуемая «Услуги». В чешском гражданском праве под услугами принято понимать группу (вид) обязательственных отношений, возникающих в связи с предоставлением материальных и иных результатов работ или производством действий, либо «других исполнений» между специально созданными для этих целей организациями и гражданами с целью удовлетворения личных (материальных и культурных) потребностей.²³⁹ В российском же праве термин «услуга» толкуется учеными и практиками неодинаково, имеет размытые границы и массу смысловых оттенков. Прибегнув к помощи словаря русского языка, мы находим, что под услугой понимается «действие, приносящее помощь, пользу другому лицу» либо «работа, выполняемая для удовлетворения чьих-либо нужд, потребностей».²⁴⁰

Экономический же словарь определяет услугу как «виды деятельности, работ, в процессе выполнения которых не создается новый, ранее не существовавший продукт, но изменяется качество уже имеющегося, созданного продукта. Это блага, предоставляемые не в виде вещей, а в форме деятельности. Таким образом, само оказание услуг создает желаемый результат. К услугам относят бытовое, коммунальное, транспортное обслуживание, обучение, лечение, культурно-воспитательную работу, уход за детьми и престарелыми».²⁴¹

Термину «работа» дается иное определение: 1) та или иная деятельность по созданию, изготовлению, обработке чего-либо; 2) То, что подлежит обработке, находится в процессе изготовления.²⁴²

С другой стороны, работа – это синоним труда, дела, занятия, деятельности и т. п.²⁴³ Из приведенного анализа, по нашему мнению, видно, что термин «работа» шире по содержанию чем «услуга». Последняя отграничилась от работ в процессе эволюции общественных отношений и заняла свое место, став самостоятельной категорией. Вот почему некоторые авторы определяют «услуги», противопоставляя их «работе».

В юридической литературе мы также находим такое же разнообразие мнений. С.Э. Жилинский утверждает, что «работа есть процесс трудовой деятельности, в результате которого создается конкретная материальная ценность: построен дом, сшит костюм, выкопан колодец и т. д. Трудовые же

²³⁹ Дворжак Я., Суханов Е.А. Услуги в Чехословацком гражданском праве // Вест. Моск. ун-та. Сер. II. Право. 1981. № 4. С. 37.

²⁴⁰ Словарь русского языка в четырех томах. Том 4. М., 1984. С. 519.

²⁴¹ Райзберг Б.А., Лозовский Л.Ш., Стародубцева Е.Б. Современный экономический словарь. М., 1997. С.352.

²⁴² Словарь русского языка в четырех томах. Том 3. М., 1983. С. 575.

²⁴³ Александрова З.Е. Словарь синонимов русского языка / Под ред. Л.А. Чешко. 5-е изд. Стереотипное. М., 1986. С.543.

усилия по оказанию услуг не материализуются в каком-то новом предмете. Они лишь увеличивают стоимость уже созданных предметов, восстанавливают его утраченные свойства, удовлетворяют духовные и иные нематериальные потребности людей. Услуги могут выражаться в техническом обслуживании и ремонте автомобилей, перевозке грузов, организации туризма, предоставлении телефонной и телеграфной связи и т.д.».²⁴⁴ Похожую позицию занимала Е.И. Свеженцева,²⁴⁵ а Е.П. Грушевая, допуская возможность вещественного воплощения некоторых услуг, называет их материальными, и овеществление услуги, по ее мнению, также заключается не в создании новой вещи, а в изменении потребительной стоимости уже созданных вещей.²⁴⁶

С этим не соглашается Н.А. Баринов. «Как оценить, например, деятельность предприятий бытового обслуживания, изготовившего для гражданина костюм по договору бытового подряда. Здесь налицо вещественная услуга, так как создана новая вещь».²⁴⁷

Е.П. Грушевая дает следующее определение: «Услуга – это экономическое отношение, но не по поводу результатов труда, а по поводу труда, как деятельности».²⁴⁸

Н.А. Баринов, возражая Е.П. Грушевой, отмечает: «Считать, что экономическое отношение возникает по поводу труда как деятельности и что сама деятельность, труд становится особым товаром, имеющим невещественную потребительную стоимость, которая потребляется в процессе осуществления услуги, на наш взгляд, не совсем верно. Во-первых, гражданина будет интересовать результат труда (например, парикмахера), а не сам процесс труда (стрижка, бритье и т.д.). Во-вторых, оплачивается не процесс труда (который мог бы длиться весь рабочий день парикмахера в отношении одного человека, или столько, сколько пожелал бы сам парикмахер), а его результат – услуга – полезный эффект труда парикмахера. И, наконец, потребляется не процесс труда, а потребительная стоимость – услуга, о чем, кстати, говорит и сама Е.П. Грушевая».²⁴⁹ В.А. Яковлев отметил диалектическое единство двух сторон услуги: услуги как процесса труда, как одной из форм труда (и в этом плане она не является

²⁴⁴ Жилинский С.Э. Предпринимательское право (правовая основа предпринимательской деятельности). М., 1998. С. 154-155.

²⁴⁵ Свеженцева Е.И. Законодательство России о защите прав потребителей. Учебное пособие. Курск, 1996. С. 8-9.

²⁴⁶ Грушевая Е.П. Обязательство по предоставлению услуг в хозяйственных отношениях // Сов. гос-во. 1982. №1. С. 83

²⁴⁷ Баринов Н.А. Услуги: Изд. 2-е, дополненное. Саратов: Изд-во «Надежда», 2003. С.17

²⁴⁸ Грушевая Е.П. Обязательство по предоставлению услуг в хозяйственных отношениях // Сов. гос-во. 1982. № 1. С. 82.

²⁴⁹ Баринов Н.А. Услуги: Изд. 2-е, дополненное. Саратов: Изд-во «Надежда», 2003. С.16.

потребительной стоимостью), и услуги как результата конкретного труда, его полезного эффекта, имеющего потребительную стоимость.²⁵⁰

Б.Л. Патушинский высказывал мнение, что подряд охватывает «любой результат труда, хотя бы этот результат и не выражался в материальной форме». Он уточнял, что «здесь нет надобности входить в теоретические различия возможных на практике многообразных мелких случаев промежуточного типа как, например, договора с артистом на концертное выступление, соглашение с врачом об операции и т.п. Подобные рассуждения нередко сводятся к схоластическим разграничениям всякого рода «казусов», не имеющих решающего значения для характеристики основного типа подрядного договора».²⁵¹ Похожую позицию занимали З.И.Шкундин²⁵² и И.Л. Брауде, подчеркивая, что в договоре подряда «работа может состоять в изготовлении какой-либо вещи или в предоставлении услуги».²⁵³ Н.А. Баринов подчеркивает: «Договор подряда является распространенным договором, опосредующим широкий круг имущественных отношений по производству работ и оказанию услуг».²⁵⁴

Помимо распространенного мнения, относящего услугу к разновидности работ, высказывалась и противоположная позиция. Так, Ю.Х.Калмыков полагал, что правильнее «считать услуги не разновидностью договора подряда, а наоборот, подряд – разновидностью договора услуг».²⁵⁵

Экономическая теория имеет похожее понимание услуги. Еще Карл Маркс отмечал: «Услуга есть не что иное, как полезное действие той или иной потребительной стоимости товара ли, труда ли».²⁵⁶ «К. Марксом подчеркнута, что один и тот же труд может быть производительным, если он покупается с целью увеличения стоимости, и непроизводительным, если создаваемая им потребительная стоимость приобретает для личного потребления. Один и тот же труд может быть производительным, когда я покупаю его как капиталист, как производитель, для того, чтобы применение его принесло мне увеличенную стоимость, и непроизводительным, когда я покупаю его как потребитель, когда я трачу свой доход с целью потребления его как потребитель (труда), потребительной стоимости, независимо от того, исчезает ли эта потребительная стоимость вместе с прекращением самого функционирования рабочей силы, или же она материализуется, фиксируется в какой-нибудь вещи.

С учетом изложенного, и исходя из теории производительного труда, в определении последнего следует исходить в капиталистическом обществе из

²⁵⁰ Яковлев В.А. Услуги: вопросы теории и методологии. Краснодар. 1973. С. 16.

²⁵¹ Гражданское право. Т. 2. М., 1944. С.79.

²⁵² Гражданское право. Ч. 2. М., 1938. С.143.

²⁵³ Отдельные виды обязательств. М., 1954. С.221.

²⁵⁴ Баринов Н.А. Указ. Соч. С.39.

²⁵⁵ Гражданское право. Т.2. М., 1985. С.118.

²⁵⁶ Маркс К. Капитал. Маркс К., Энгельс Ф. Соч. 2-е изд. Т. 23. С. 203-204.

того, обменивается ли этот труд на капитал или же на доход».²⁵⁷ «Вместе с тем К. Маркс недвусмысленно высказался о том, что и в сфере услуг труд может быть производительным».²⁵⁸

«В подтверждение вывода о том, что труд в сфере услуг, в сфере обслуживания вообще является производительным, следует указать на то, что уже в XIX столетии две отрасли нематериального производства – транспорт и связь – получили широкое развитие. В них не создается «новых вещественных продуктов» и, независимо от того, обслуживают ли они товарное производство или население, их следует отнести к промышленным отраслям, где имеется производительный труд».²⁵⁹

Как пишут многие экономисты, если результат услуги воплощается в товарах, то таковые называются материальными (производственными), а если они не оставляют осязаемого результата, то нематериальными (непроизводственными).²⁶⁰ По М.Б. Россинскому услуга – это специфическая потребительная стоимость в форме конкретной трудовой деятельности и специфическая форма экономических отношений, предполагающих наличие производителя и потребителя услуг.²⁶¹

А.И. Кочерга считает, что «По своей экономической природе услуга есть определенное общественное отношение, которое складывается по поводу полезного действия труда, потребляемого в качестве товара, вещи или деятельности и присвоения его результатов».²⁶²

В Большой Советской Энциклопедии услуга характеризуется как форма непроизводительного труда, определенная целесообразная деятельность, существующая в форме полезного эффекта труда.²⁶³ В понимании Э.М. Агабабяна, услуга есть не что иное, как «полезный эффект, который возникает в результате процесса производственного труда как целесообразной деятельности. Полезный эффект есть совокупность полезных свойств, непосредственно направленных на удовлетворение той или иной потребности человека. Полезный эффект и есть потребительная стоимость, которая называется «услугой» лишь потому, что природа делает носителем полезных свойств само протекание производства (труда). Предметом потребления человека, следовательно, может быть само протекание процесса производства какого-нибудь полезного эффекта».²⁶⁴ Н.П. Индюков под услугой понимает потре-

²⁵⁷ Баринов Н.А. Услуги: Изд. 2-е, дополненное. Саратов: Изд-во «Надежда», 2003. С.12.

²⁵⁸ Там же.

²⁵⁹ Там же.

²⁶⁰ См., например, Семенов В.С. Сфера обслуживания и ее работники. М., 1966, С. 4., Солодков М.В., Полякова Т.Д., Овсянников Л.Н. Теоретические проблемы услуг и непроизводительной сферы при социализме. М., 1972. С. 107-108.

²⁶¹ Россинский М.Б. Сфера услуг в экономике развитого социализма. Саратов. 1976. С. 8.

²⁶² Кочерга А.И. Сфера обслуживания населения. М. 1979 С. 67.

²⁶³ БСЭ. 1971. Т.4. С.117.

²⁶⁴ Агабабян Э.М. Экономический анализ сферы услуг. М., 1968. С.24-25.

бительную стоимость в форме деятельности (положительный эффект), которая способна удовлетворить те или иные человеческие потребности. При этом положительный эффект неотделим от деятельности (таким образом из сферы услуг исключаются конкретно экономические отношения по выполнению работ в форме создания вещей). Услуги он подразделяет на две группы – материальные и нематериальные. Нематериальные услуги не принимают форму предметной реальности. Их действия направлены на самого субъекта, на создание удобств, для услугополучателя. Это услуги информационного характера (справочные службы), услуги юридического характера (комиссия, поручение), услуги, связанные с удовлетворением культурных потребностей.

Действия материальных услуг непосредственно направлены на принадлежащий услугополучателю предмет, через который удовлетворяется потребность субъекта. При этом материальные услуги подразделяются на два вида: первому свойственно отсутствие вмешательства в вещественную субстанцию предмета (отношения по хранению, перевозке грузов и т. п.), услуги второго вида направлены на восстановление потребительских свойств имеющихся предметов (стирка белья, химчистка, различные виды ремонта).²⁶⁵ Исходя из данной классификации, автор предложил отношения по оказанию нематериальных услуг и материальных первого вида опосредовать договором оказания услуг, а материальные услуги второго вида договором подрядного типа.²⁶⁶ С учетом вышеизложенного, становится очевидным, что понятие «услуга» воспринимается и юристами и экономистами неоднозначно. Иногда им охватывается почти любая полезная деятельность, а иногда авторы сводят услугу к деятельности, потребляемой в процессе самого ее осуществления. И все же большинство авторов придерживалось позиции отделения договора услуг от договора подряда. Например, Е.А.Суханов замечает, что «к обязательствам по производству работ в известной мере примыкают и многие обязательства по оказанию услуг (например, транспортных, культурно – зрелищных и даже комплексных, типа туристско-экскурсионного обслуживания граждан), поскольку они также оформляют предоставление услугополучателю – заказчику результата определенной деятельности исполнителя. Исторически большинство из них действительно сложилось и развивалось в рамках подрядных отношений. Однако все они существенно отличаются от обычных обязательств по производству работ, ибо результат работы в таких случаях всегда имеет нематериальный (неовещественный) характер. Здесь речь идет о нематериальных услугах, результат которых хотя и имеет товарную форму, но не существует отдельно от исполнителя, а сама услуга, по сути, потребляется заказчиком одновременно с ее оказанием исполнителем. Такое положение исключает возможность возникновения для заказчика

²⁶⁵ Индюков Н.П. Услуга как объект гражданского правоотношения / В кн.: Проблемы права социалистической государственности и его социального управления. Свердловск, 1978. С.32-33.

²⁶⁶ Там же.

(услугополучателя) каких-либо вещных прав на результат услуги и тем самым препятствует распространению на данные отношения действия большинства норм о подрядном договоре».²⁶⁷ Похожих взглядов придерживались, в частности, Б.И. Пугинский²⁶⁸, О.С.Иоффе²⁶⁹, Ю.Х.Калмыков²⁷⁰, В.Ф. Яковлев²⁷¹, Е.Д. Шешенин²⁷² и другие. Данная точка зрения является доминирующей в юридической литературе.

В литературе встречаются различные понятия: «сфера обслуживания», «сфера услуг», «сфера бытового обслуживания», «услуги».

В.С. Семенов, например, считал, что понятия «сфера обслуживания» и «сфера услуг» в целом идентичны, совпадают, хотя при этом он обращал внимание на то, что у них имеются определенные оттенки. Понятие «сфера обслуживания» более полное и четкое, оно указывает на то, что эта сфера направлена на обслуживание постоянно возникающих у людей потребностей. А понятие «сфера услуг» указывает на то, что эта сфера, где производятся полезные людям действия.²⁷³

Некоторые авторы возражают против этой позиции, говоря, что «сфера обслуживания» не идентична «сфере услуг», и эти понятия нельзя отождествлять.²⁷⁴

«Рассматривая сферу обслуживания, А.П. Кочерга утверждает, что она не только направлена на удовлетворение постоянно возрастающих потребностей населения, но и охватывает производство услуг, связанных с этим процессом».²⁷⁵

Н.А. Баринов отмечает следующее: «Представляется, что сфера услуг – это сфера, где производятся услуги, а сфера обслуживания – это сфера, где кроме производства осуществляется также доведение произведенных услуг до потребителя, где удовлетворяются потребности граждан в услугах. Отсюда следует, что понятие «сферы обслуживания» более широкое, чем понятие «сферы услуг».²⁷⁶

Примерно также Н.А. Баринов определяет и понятие «сфера обслуживания населения».²⁷⁷

²⁶⁷ Гражданское право: Учебник. Том.2. / Под ред. Е.А. Суханова. М., 1993. С.200.

²⁶⁸ Гражданское право. Т.2. М., 1993. С.46.

²⁶⁹ Иоффе О.С. Советское гражданское право. Отдельные виды обязательств. Л., 1961. с. 211.

²⁷⁰ Калмыков Ю.Х. К понятию обязательств по оказанию услуг в гражданском праве. // Советское государство и право. 1966. № 5. С.116.

²⁷¹ Яковлев В.Ф. Гражданско-правовой договор в сфере обслуживания. М., 1980. С. 17.

²⁷² Шешенин Е.Д. Предмет обязательств по оказанию услуг. Сборник ученых трудов СЮИ. Вып. 3. М.: Госюриздат, 1964 С.161.

²⁷³ Семенов В.С. Сфера обслуживания и ее работники. М., 1966. С.4.

²⁷⁴ См.: Шешенин Е.Д. О правовой природе договоров в сфере обслуживания. // Бытовое обслуживание населения (правовые вопросы). М. 1968. С.15.

²⁷⁵ Баринов Н.А. Услуги: Изд. 2-е, дополненное. Саратов: Изд-во «Надежда», 2003. С.18.

²⁷⁶ Баринов Н.А. Указ.соч.С.18-19.

²⁷⁷ Баринов Н.А. Указ.соч.С.19.

«Создаваемые в сфере обслуживания услуги – потребительные стоимости – могут быть выражены либо в вещной форме, либо в форме деятельности услугодателя. Потребительной стоимостью становится вследствие ее полезности (полезного эффекта), да и сама потребительная стоимость осуществляется, реализуется в пользовании. В потреблении продукт становится действительно продуктом. Например, жилище становится действительно жилищем, когда им пользуются».²⁷⁸

Отдельные авторы проводят классификацию. «Так, А.И. Кочерга все отрасли сферы обслуживания делит на три подразделения; сферу обслуживания материального производства, сферу обслуживания общества и сферу обслуживания населения».²⁷⁹ На вопрос классификации отраслей в сфере обслуживания и правовой регламентацией отношений, возникающих в данной сфере, обращали внимание и иные ученые-правоведы.²⁸⁰

Н.А. Баринов выражает мнение, что понятия «торговое», «жилищно-коммунальное», «медицинское» и «кредитное» обслуживание довольно условны и свидетельствуют только о сфере экономических, товарно-денежных отношений, где происходит оказание, предоставление услуг в дополнение к основным отношениям. Сами же эти термины не означают, что, например, отношения по купле-продаже, найму жилого помещения, лечению больного человека и т.д. являются услугами, и поэтому их следует отнести к сфере обслуживания. Автор отмечает, что купля-продажа, например – это не обслуживание в собственном смысле слова. Однако обслуживание вполне связано с торговлей, торговым оборотом, торговыми отношениями, и условно можно употреблять термин «торговое обслуживание». Купля-продажа связана с оказанием массы дополнительных услуг, которые являются неотъемлемыми в современной торговле.

Говоря о жилищно-коммунальном обслуживании, мы подразумеваем не сами жилищные правоотношения, связанные с договором найма жилого помещения, а обслуживание граждан, проживающих в домах государственного и общественного жилого фонда (газо-энерго-водоснабжение, деятельность слесарей, сантехников и т.д.).²⁸¹

Резюмируя сказанное можно сделать следующие выводы:

1. Услуги могут выражаться как в создании новых объектов материального мира (по мнению большинства экономистов), таким образом иметь делимый от самого процесса оказания результат, так и не иметь такого результата, а заключать свой полезный эффект в самом процессе их оказания, как полагает большинство правоведов.

²⁷⁸ Там же. С.28.

²⁷⁹ Там же С.20.

²⁸⁰ Мозолин В.П., Кабалкин А.Ю. Совершенствование законодательства об обслуживании граждан СССР // Правовое регулирование отношений в сфере обслуживания граждан. М. 1983

²⁸¹ Баринов Н.А. Услуги: Изд. 2-е, дополненное. Саратов: Изд-во «Надежда», 2003. С.21-23.

2. В силу доминирующей в юридической науке точки зрения о том, что услуги необходимо отличать и отделять от работ, опосредуемых подрядом и имеющих целью создание новой вещи, считаем целесообразным не употреблять к отношениям по созданию новых объектов материального мира категорию «услуга».

3. Услуги, в результате которых не производится новая вещь, также делятся авторами на материальные и нематериальные. Однако материальность понимается учеными по-разному. В одних случаях имеется в виду получение осязаемого результата (химчистка, стрижка), а в других направленность правоотношения на вещи (например: перевозка, хранение).

Считаем возможным деление услуг на материальные и нематериальные по признаку осязаемого результата, несмотря на то, что в некоторых случаях такой результат может быть недолговечным (услуги салонов красоты, услуги прачечных и т. д.).

Анализ юридической литературы показывает, что в отношении к категории «услуга» наблюдается большое разнообразие мнений и только услуги нематериальные, не имеющие осязаемого результата, названные

А. Кабалкиным «чистыми», не вызывают споров об отнесении их к сфере регулирования главой 39 ГК РФ.

Глава 14. К вопросу о содержании презумпции невиновности в российском законодательстве (Сенякин И.Н.)

Аннотация (-+)

В работе рассматриваются вопросы научной трактовки термина «презумпция невиновности», выделяются подходы к данному понятию, рассматриваются исторические предпосылки (начиная с Европейской Конвенции о защите прав человека и основных свободах 1950 и завершая действующим законодательством) её возникновения и особенности взаимодействия с презюмируемыми фактами и нормативной регламентацией данного понятия в административном, гражданском и уголовном отраслях права. Выделяются комплексы признаков, требований, принципов, присущих исследуемым подходам. Отмечены недостатки в рассмотренных исследованиях.

Ключевые слова: презумпция невиновности, презюмируемый факт, доказательство вины, деликтные обязательства, обвиняемый.

Annotation

The article examines the scientific interpretation of the term "presumption of innocence", identifies a number of approaches to this concept, considering the historical background (beginning with the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms of 1950 and ending with the current legislation) for its appearance and features of the interaction with the presumed fact and normative regulation this concept in administrative, civil and criminal areas of law. Stand complex evidence, requirements, principles inherent in the studied approaches.

Marked deficiencies in these areas of study (according to the viewpoints DN Bakhrakh, E. N. Renova).

Keywords: the presumption of innocence, the presumed fact, the proof of fault, tort liability, the defendant.

Состояние ныне действующего законодательства характеризуется крайне сложными и противоречивыми процессами. Это отчасти объясняется тем, что экономические, политические и социальные реформы, проводимые в Российской Федерации, требуют интенсивного правотворчества, его эффективного и всестороннего воздействия на происходящие в стране преобразования. Речь идет не только об улучшении законодательства или совершенствовании юридической техники, но и об уточнении статусного содержания многих правовых институтов, соответствующих реальным условиям рыночной экономики, критериям правового государства, международным стандартам защиты прав и свобод личности. Среди них особое место принадлежит правовым презумпциям. Познавательные усилия ученых в этом вопросе пока не дали быстрого продвижения к разработке здесь комплексной теории²⁸².

Термин «*praesumptio*» латинского происхождения и в этимологическом плане имеет разную смысловую нагрузку: предположение, ожидание, надежда; предвосхищение возражений, заблаговременное опровержение их; предупреждение, упорство и т.д.

В словаре русского языка С.И. Ожегова презумпция определяется как «предположение, признаваемое истинным, пока не доказано обратное»²⁸³.

Характерными чертами презумпции являются, во-первых, то, что она выступает понятием абстрактного характера с точки зрения формальной логики.

Во-вторых, она конкретна, охватывает все предметы и явления, служащие основой ее образования.

В-третьих, выражает наиболее обычный порядок вещей и явлений.

В-четвертых, наделена предположительным характером.

В-пятых, обладает возможностью опровержения²⁸⁴.

В-шестых, является инструментом любого вида познавательной деятельности.

Презумпция вообще представляет собой «предположение о наличии или отсутствии предметов (явлений), основанное на связи между ними и предметами (явлениями) наличными, подтвержденное предшествующей жизненной практикой»²⁸⁵.

В литературе существует три направления понимания презумпции: философское, социальное и юридическое.

²⁸² См.: Баранов В.М., Першин В.Б., Першина И.В. Методологические предпосылки формирования теории правовых презумпций // Юридическая техника. 2008. № 2. С. 18.

²⁸³ См.: Ожегов С.И. Словарь русского языка. М., 1972. С. 535.

²⁸⁴ См.: Бабаев В.К. Презумпция в советском праве. Горький, 1974. С. 5-9.

²⁸⁵ Там же.

Юридический характер презумпций просматривается с позиций их правовой сущности, определения места и роли в правотворческой и правоприменительной практики.

Трактовка правовых презумпций неоднозначна.

М.С. Строгович, основоположник разработки данного института в области уголовного процесса, определял правовую презумпцию как «общее правило, обязывающее суд признать определенный факт установленным или не установленным, если по делу установлен другой факт (или акт), с которым это правило связывает заранее определенные следствия»²⁸⁶.

О.С. Иоффе и М.Д. Шаргородский понимали это явление как предположение о существовании юридического факта, вызвавшего наступление данных юридических последствий²⁸⁷.

В некоторых формулировках наблюдается отсутствие связи факта доказанного и факта презюмированного, что, к примеру, вытекает из определения правовой презумпции, данного в свое время В.И. Каминской. По ее мнению, «правовой презумпцией является такое положение, выраженное прямо или косвенно в правовой норме, которым какой-либо порядок явлений в области отношений, возникающих из человеческого поведения, признается обычным, постоянным, нормальным и не требует в силу этого специальных доказательств»²⁸⁸.

В гражданско-процессуальном законодательстве правовые презумпции рассматривались как предположения, основанные на эмпирических обобщениях, которые закон объявляет установленными, следовательно, и судья должен считать за истину²⁸⁹.

И.М. Зайцев понимал презумпцию как логический прием, при котором из установленных фактов делается предположение о существовании или несуществовании другого обстоятельства²⁹⁰.

Довольно интересным является определение правовой презумпции, данное Е.А. Наховой, которая понимает ее как «предположение, являющееся видом неполного индуктивного умозаключения, обладающего относительно высокой степенью вероятности, основанное на связи с реально происходящими процессами и подтвержденное предшествующим опытом, о существовании какого-либо факта (презюмируемого факта) при наличии другого дока-

²⁸⁶ Строгович М.С. Учение о материальной истине в уголовном процессе. М., 1947. С. 168.

²⁸⁷ См.: Иоффе О.С., Шаргородский М.Д. Вопросы теории права. М., 1961. С. 262.

²⁸⁸ Каминская В.И. Учение о правовых презумпциях в уголовном процессе. М., 1948. С. 3.

²⁸⁹ См.: Левенталь Я.Б. К вопросу о презумпциях в советском гражданском процессе // Советское государство и право. 1949. № 6. С. 54.

²⁹⁰ См.: Викут М.А., Зайцев И.М. Гражданский процесс России: Учебник. М., 1999. С. 165.

занного факта (основание презумпции), закрепленное в федеральном законе»²⁹¹.

Общетеоретическую модель правовой презумпции наиболее удачно сформулировал В.К. Бабаев «как закрепленное в нормах права предположение о наличии или отсутствии юридических фактов, основанное на связи между ними и фактами наличными и подтвержденное предшествующим опытом»²⁹².

При всем разнообразии трактовок правовой презумпции за основу должна браться не только степень вероятности презюмируемого факта, но и способность правовой презумпции выступать эффективным правовым регулятором общественных отношений²⁹³, что, в конечном счете, и предопределяет разнообразие их видовой классификации.

Так, по факту правового закрепления они подразделяются на фактические²⁹⁴ и законные презумпции.

Те презумпции, которые не нашли своего оформления в нормах права, принято называть фактическими. Они бывают двух видов:

- презумпции, которые возникли и существуют независимо и вне права;
- презумпции, существование которых связано с правоприменительной деятельностью.

К первым относятся достоверные знания общечеловеческой практики во всех областях науки и техники. Вторые фактические презумпции вырабатываются в процессе реализации правовых предписаний и служат презюмированию истинных знаний в отдельной отрасли права²⁹⁵.

Законные презумпции, исходя из названия, основываются на действующем законодательстве и считаются общими правилами деятельности правоприменительных органов.

В этом же ключе законные правовые презумпции характеризует Л.Д. Кокарев как «предусмотренные нормами права или вытекающие из них правила, согласно которым на основании установленных юридических фактов можно предположительно или утвердительно судить о существовании двух фактов, связанных с первыми»²⁹⁶.

И.Л. Петрухин также полагает, что законная презумпция – «это предусмотренное законом правило, предписывающее суду (прокурору, следовательно) считать определенный факт существующим и поэтому не нуждающимся

²⁹¹ Нахова Е.А. Роль презумпций и фикций в распределении обязанностей по доказыванию. Дисс. канд. юрид. наук. Саратов, 2004. С. 48.

²⁹² Бабаев В.К. Презумпция в советском праве. Горький, 1974. С. 14.

²⁹³ См.: Цуканов Н.Н. Правовые презумпции в административной деятельности милиции. Красноярск, 2003. С. 14.

²⁹⁴ См.: Там же. С. 28-35.

²⁹⁵ См.: Левченко О.В. Презумпции и преюдиции в доказывании. Астрахань, 1999. С. 54.

²⁹⁶ Горский Г.П., Кокарев Л.Д., Элькин П.С. Проблема доказательств в советском уголовном процессе. Воронеж, 1978. С. 237.

в подтверждении доказательствами, если по уголовному делу установлен другой факт, с которым закон связывает применение данной презумпции»²⁹⁷.

Законная презумпция окажет влияние на процесс доказывания по уголовному делу и на внутреннее убеждение лица, производящего дознание, только при наличии двух факторов: юридических фактов, которые установлены законом, и юридических фактов, которые установлены в процессе доказывания по конкретному уголовному делу.

Без наличия указанных фактов законная презумпция не существует, так как правило, установленное в законе, будет носить формальный характер. Такие юридические факты составляют единое содержание законной презумпции²⁹⁸.

По возможности опровержения – опровержимые и неопровержимые.

Опровержимыми презумпциями являются те, которые считаются истинными, пока не установлено иное и закон позволяет опровергать презюмируемый факт. При неопровержимой презумпции предположение о существовании определенного факта опровергать запрещается.

Следовательно, неопровержимость презумпции представляет собой правовое предположение о существовании факта, предусмотренного законом как достоверное, не допускающее исключений и влекущее юридические последствия²⁹⁹. К неопровержимым презумпциям можно отнести также недееспособность несовершеннолетних, не достигших четырнадцатилетнего возраста. К опровержимым уголовно-правовым презумпциям относятся: знание закона; вменяемость лица; истинность приговора суда и т.д.

По предмету правового регулирования – материально-правовые и процессуальные.

По сфере действия – общеправовые, отраслевые и межотраслевые³⁰⁰.

Кроме того, правовые презумпции могут быть убедительные и доказательственные, разрешительные, презумпция знания закона, презумпция справедливости закона, презумпция добросовестности и т.д.

Особое место в этой классификационной системе отводится презумпции невиновности. Она является важнейшим институтом всей системы российского законодательства, решающая роль которого, по справедливому замечанию М.С. Строговича, «проявляется именно при постановлении приговора, когда суд проверяет, полностью соблюдена ли презумпция невиновности в проведенном по делу предварительном и судебном следствии и доказана ли в полной мере виновность обвиняемого (подсудимого), имеются ли все необ-

²⁹⁷ Петрухин И.Л. Презумпция и преюдиция в доказывании // Теория доказательства в советском уголовном праве. М., 1973. С. 63.

²⁹⁸ См.: Левченко О.В. Указ. работа. С. 56.

²⁹⁹ См. об этом: Кругликов Л.Л., Зуев Ю.Г. Виды презумпции в уголовном праве // Законотворческая техника современной России: состояние, проблемы, совершенствование. Т. 2. Н. Новгород, 2001. С. 313.

³⁰⁰ См.: Бабаев В.К. Презумпция в советском праве. С. 41.

ходимые основания для постановления обвинительного приговора или подсудимый должен быть оправдан»³⁰¹.

Ученые-юристы по-разному раскрывают ее содержание³⁰².

Так, Ю.К. Орлов считает, что презумпцию невиновности обвиняемого характеризуют три правила:

- 1) правило об обязанности доказывания;
- 2) правило о толковании сомнений;
- 3) правило, что недоказанная виновность приравнивается к доказанной невиновности³⁰³.

Л.Д. Кокорев и Н.П. Кузнецов включают в содержание презумпции невиновности обвиняемого следующие положения: обвинительный приговор не может быть основан на предположениях, недопустимы выводы о виновности лица на основании противоречивых данных и т.д.³⁰⁴

По мнению Ю.В. Францифорова, В.А. Пономаренкова, Н.А. Громова, действие презумпции невиновности в процессе доказывания означает:

- а) при производстве по уголовному делу недопустим односторонний обвинительный подход к исследованию обстоятельств дела;
- б) обвинительный приговор не может быть основан на предположении и постановляется лишь при условии, что в ходе судебного разбирательства виновность подсудимого доказана;
- в) всякое сомнение в доказанности обвинения, если его невозможно устранить, толкуется в пользу обвиняемого;
- г) при недостаточности доказательств об участии обвиняемого в совершении преступления и невозможности собрать дополнительные доказательства он признается невиновным;
- д) обязанность доказывания лежит на обвинителе;
- е) обвиняемый не обязан доказывать свою невиновность³⁰⁵.

Приведенные суждения, по мнению О.В. Левченко, позволяют сделать вывод, что данная презумпция толкуется довольно широко и это связано со смешением трех понятий: невиновность обвиняемого как уголовно-процессуальная презумпция; презумпция невиновности обвиняемого как принцип уголовного судопроизводства; презумпция невиновности обвиняемого как правовой институт³⁰⁶. Думается, что такое смешение не меняет сути рассматриваемого явления, не нарушает его логическую природу, главного

³⁰¹ Строгович М.С. Право обвиняемого на защиту и презумпция невиновности. М., 1984. С. 93.

³⁰² Характеристика точек зрения дается по книге О.В. Левченко «Презумпция невиновности обвиняемого в доказывании по уголовным делам». Астрахань, 2001. С. 42-43.

³⁰³ См.: Орлов Ю.К. Основы теории доказательств в уголовном процессе. М., 2001. С. 96-97.

³⁰⁴ См.: Кокорев Л.Д., Кузнецов Н.П. Уголовный процесс: доказательства и доказывание. Воронеж, 1995. С. 255-257.

³⁰⁵ См.: Францифоров Ю.В., Пономаренков В.А., Громов Н.А. Презумпция невиновности в уголовно-процессуальном доказывании // Следователь. 1999. № 3. С. 10.

³⁰⁶ См.: Левченко О.В. Презумпция невиновности обвиняемого в доказывании по уголовным делам. С. 43.

предположения о честности и добропорядочности гражданина. Именно эти постулаты должны лежать в основе презумпции невиновности, ибо обратное не соотнобразуется с нормами морали, честью и достоинством личности. Человек предполагается честным, добропорядочным и невиновным, пока в установленном законом порядке не будет доказано иное.

Презумпция невиновности – важнейшая гарантия соблюдения законности, способ обеспечения прав и свобод граждан, предупреждения их необоснованного обвинения и привлечения к ответственности, защиты от произвола властей.

«Суть презумпции невиновности состоит вовсе не в том, что обвиняемый считается невиновным до вынесения судом обвинительного приговора, а в том, что наше законодательство гарантирует признание лица виновным в совершении преступления от имени государства со всеми отрицательными последствиями, лишь когда оно действительно виновно. Существующая система гарантий исключает признание невиновных виновными»³⁰⁷.

В силу этого формула презумпции невиновности, по справедливому замечанию В.М. Абдрашитова, должна обладать рядом специфических характеристик³⁰⁸:

- иметь универсальное общетеоретическое выражение в Конституции РФ;
- возможность императивного ограничения правоприменителя в рамках процессуальных сроков;
- гарантирование определенного процессуального порядка доказывания;
- установление истины должно быть подтверждено вступлением в законную силу соответствующего акта суда;
- процессуальные акты должны иметь окончательный характер;
- наличие логического приема обоснования тезиса добропорядочности, добросовестности, невиновности лица путем опровержения его антитезиса.

Различие подходов к пониманию презумпции невиновности вызывает неоднозначное толкование некоторых ее положений.

Э.И. Клямко вполне резонно выделяет здесь пять разночтительных вопросов³⁰⁹.

1. Вытекает ли толкование в пользу обвиняемого сомнений в обвинительных доказательствах из презумпции невиновности или же это толкование может быть обусловлено какими-то другими правовыми или логическими принципами?

³⁰⁷ Ефимичев П.С. Презумпция невиновности: в чем ее сущность? // Журнал российского права. 2000. № 7. С. 108.

³⁰⁸ См.: Абдрашитов В.М. Презумпция невиновности: генезис и перспективы развития в законодательстве и практике Российской Федерации. Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Волгоград, 2001. С. 18.

³⁰⁹ См.: Клямко Э.И. О правовом содержании презумпции невиновности // Государство и право. 1994. № 2. С. 90-91.

2. Является ли нарушением презумпции невиновности возложение на обвиняемого бремени доказывания достоверности оправдывающих обстоятельств?

3. Является ли предусмотренный законом возможный отказ суда постановить оправдательный приговор при недоказанной вине отступлением от презумпции невиновности?

4. Должна ли презумпция невиновности указывать на процессуальный смысл понятия «невиновный» или же она «безразлична» к его смыслу?

5. Можно ли считать обвинительный приговор суда первой инстанции основанием относить к обвиняемому «виновный», то есть заканчивается или нет действие презумпции невиновности в момент постановления обвинительного приговора?

Для их разрешения, полагает он, необходимы общие логико-правовые концепции в качестве исходных предпосылок, обязательным условием реализации которых должны выступать следующие положения:

а) при анализе понятия «доказательство вины» следует максимально придерживаться смысла ключевого понятия «доказательство»;

б) презумпция невиновности не должна порождать противоречий в тех отраслях права, где она применяется;

в) изменения и модификация формулы презумпции невиновности не коснулись ее основного смысла – невиновности обвиняемого, если не доказано обратное.

Детальный анализ поставленных выше вопросов относительно сущностного содержания презумпции невиновности позволил указанному автору сделать ряд заслуживающих внимания выводов.

Во-первых, презумпция невиновности должна требовать ограничения законом периода обвинения.

Во-вторых, она должна указывать на альтернативный характер вывода суда о виновности (невиновности) обвиняемого.

В-третьих, не должна связывать этот вывод с вхождением приговора в законную силу.

В-четвертых, формула принципа презумпции невиновности должна всегда строиться с учетом главного условия – с указанием только на критерий невиновности лица³¹⁰.

Вместе с тем остаются проблематичными и некоторые другие вопросы, среди которых хотелось бы выделить по крайней мере еще три:

1) презумпция невиновности – положение или предположение?

2) опровержима ли она?

3) является ли виновным лицо в период следствия?

Многие ответы на эти вопросы мы можем найти при анализе современного законодательства.

Согласно УПК РФ необходимым условием юридического признания лица виновным в совершении преступления служит вся та система процессу-

³¹⁰ См.: Клямко Э.И. Указ. статья. С. 96.

альных гарантий, которая заключается в установленном законом процессуальном порядке, предшествующем постановлению приговора и вступлению его в законную силу. Любые другие суждения и даже выводы органов уголовного преследования о виновности обвиняемого, в том числе завершающие производство по делу и имеющие правовое значение, не могут находиться на одном юридическом уровне о признании лица виновным вступившим в законную силу приговором суда, поскольку они сделаны без соблюдения всех процессуальных гарантий правильного разрешения вопроса о виновности.

В этом и заключается объективный характер презумпции невиновности, ее относительная независимость от результатов доказывания на отдельных стадиях процесса и от субъективного (хотя и основанного на доказательствах) мнения участников процесса по вопросу о виновности³¹¹. С вынесением обвинительного приговора презумпция невиновности утрачивает свое значение для судей первой инстанции, но как объективное правовое положение, выражающее точку зрения государства по вопросу о виновности, она продолжает действовать вплоть до вступления приговора в законную силу.

Два основных признака определяют сущность презумпции невиновности.

Одно требование (признак) презумпции невиновности – виновность должна быть установлена вступившим в законную силу приговором суда, пока приговор не вступил в законную силу обвиняемый считается невиновным с позиции государства. Но это не исключает признание его виновным следователем и прокурором. Они должны быть глубоко убеждены в виновности обвиняемого, направляя дело в суд.

Другие требование презумпции состоит в том, что виновность обвиняемого должна быть доказана, подтверждена доказательствами. Утверждение любого органа или лица, участвующего в судопроизводстве, о виновности обвиняемого имеет значение лишь в той мере, в какой оно основывается на доказательствах, подтверждается доказательствами. Если же нет достаточных доказательств виновности обвиняемого – он признается невиновным.

Только оба этих признака вместе определяют презумпцию невиновности. Если ограничить содержание презумпции невиновности только одним признаком, получится, что никто не вправе считать обвиняемого виновным, пока нет приговора, какие бы доказательства виновности обвиняемого не имелись при этом. Когда же приговор вынесен, все обязаны считать обвиняемого виновным, хотя достаточных доказательств его виновности собрано не было.

Если же презумпцию невиновности ограничить другим признаком – доказанностью виновности, получится, что обвиняемый может быть признан

³¹¹ См.: Либус И.А. Презумпция невиновности в советском уголовном процессе. Ташкент, 1981. С. 64-100; Ларин А.М. Презумпция невиновности. М., 1982. С. 17; Касумов Ч.С. Презумпция невиновности в советском праве. Баку, 1984. С. 21-22; Мажинян Дж.Р. Презумпция невиновности и гарантии ее осуществления. Ереван, 1989. С. 27 и др.

виновным и без приговора суда, если следователь и прокурор собрали доказательства виновности, которые они считают достаточными.

Поэтому необходимо для опровержения презумпции невиновности сочетание двух признаков – доказанности виновности обвиняемого по существу и обвинительного приговора суда, вступившего в законную силу.

Причем опровергнуть презумпцию невиновности можно только в установленном законом порядке, т.е. порядке, предусмотренном УПК РФ. Если этот порядок не был соблюден, обвиняемый считается невиновным.

Из презумпции невиновности вытекает ряд правовых следствий, определяющих правила доказывания в уголовном судопроизводстве и правовое положение обвиняемого (подозреваемого).

Институт презумпции невиновности известен и гражданскому процессуальному праву.

Так, в соответствии со ст. 56 ГПК РФ каждая сторона должна доказать те обстоятельства, на которые она ссылается. Соответственно, если истец указывает на факт нарушения его права ответчиком, он и обязан доказывать этот факт. По сути ответчик может занять пассивную позицию – просто молчать или ограничиться лишь отрицанием, а если истец не обоснует свои требования с помощью доказательств, то в иске ему будет отказано.

И.М. Зайцев писал, что для гражданского процесса первостепенное значение имеют так называемые доказательственные презумпции. Их суть заключается в том, что лицо, участвующее в деле, ссылаясь на какой-то резюмируемый факт, не должно его доказывать, а иные юридически заинтересованные лица не вправе его опровергать³¹².

Доказательственная презумпция – это установленное законом предположение о том, что определенный факт существует, если доказаны некоторые другие связанные с ним факты³¹³.

Приведенная выше позиция поддерживается Е.А. Наховой, которая отмечает, что доказательственную презумпцию следует рассматривать как предположение, закрепленное федеральным законом, устанавливающее частное правило (или изменяющее общее правило) распределения обязанностей по доказыванию и обладающее всеми признаками опровержимых презумпций³¹⁴.

Главная особенность презумпции состоит в ее двояком отношении к процессу доказывания. Презумпция состоит из вероятного предположения (презюмируемого факта) и действительного факта (факта – основания презумпции). Если при рассмотрении конкретного спора лицом, в пользу которого установлена презумпция, доказан факт – основание презумпции, то сама презумпция как бы «включается в действие» таким образом, что от доказывания презюмируемого факта это лицо освобождается. Презюмируемый факт

³¹² См.: Вукот М.А., Зайцев И.М. Гражданский процесс: Курс лекций. Саратов, 1998. С. 144.

³¹³ См.: Гражданское процессуальное право / Под ред. М.С. Шакарян. М., 2004. С. 173.

³¹⁴ См.: Нахова Е.А. Роль презумпций и фикций в распределении обязанностей по доказыванию. Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Саратов, 2004. С. 7.

не входит в предмет доказывания по делу. Следовательно, с одной стороны, презумпция (с точки зрения презюмируемого факта) является основанием для освобождения от доказывания. Но с другой – основание презумпции (действительный факт) в любом случае подлежит доказыванию, поэтому входит в состав предмета доказывания³¹⁵.

Таким образом, существенным признаком презумпции является возможность ее опровержения. В связи с этим правовые презумпции представляют собой исключения из общего правила распределения обязанности доказывания, потому что перераспределяют бремя доказывания. Перераспределение бремени доказывания выражается в том, что правовая презумпция (предположение) освобождает от доказывания презюмируемого факта то лицо, которое ссылается на него как на основание своего требования или возражения, возлагая на противоположную сторону обязанность по опровержению презюмируемого факта³¹⁶.

В науке гражданского процессуального права такими учеными, как К.С. Юдельсон, В.П. Воложанин, М.К. Треушников и другие, неоднократно высказывалось мнение о наличии в гражданском судопроизводстве презумпции невиновности ответчика.

Гражданское судопроизводство как единая процессуальная система использует в своей структуре два типа презумпций: материально-правовые и процессуальные³¹⁷.

Так вот, презумпция невиновности ответчика является процессуальной и существовать вне судопроизводства как процессуальная категория не может.

Презумпция невиновности вытекает из еще более общей презумпции – добропорядочности и добросовестности граждан, которая считается общеправовой. Вполне обоснованно, перефразируя вышеупомянутый конституционный принцип, ответчик при нарушении гражданско-правовых обязанностей (в широком смысле слова) считается невиновным (а значит и не может быть привлечен к ответственности), пока его виновность не будет доказана в предусмотренном федеральным законом порядке и установлена вступившим в законную силу решением суда.

Причем речь идет именно о гражданском судопроизводстве, а не о гражданском праве, в котором действует презумпция вины должника.

Если ответчиком лицо становится, когда вступает в процесс, то должником – только после вступления в законную силу судебного решения. Это положение является еще одним свидетельством наличия в гражданском процессуальном праве презумпции невиновности.

В отличие от уголовного процесса, в котором действует презумпция (предположение) невиновности, в силу которой обязанность доказывания вины обвиняемого лежит на обвинителе, в гражданском процессе действует

³¹⁵ См.: Лим А.А. Распределение обязанности доказывания в арбитражном процессе по российскому законодательству. Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2008. С. 23.

³¹⁶ См.: Осокина Г.Л. Гражданский процесс. Общая часть. М., 2003. С. 573-574.

³¹⁷ См.: Сериков Ю.А. Презумпции в гражданском судопроизводстве. М., 2008. С. 79.

презумпция неответственности, в силу которой обязанность доказывания фактов, свидетельствующих о совершении ответчиком нарушения права, лежит на истце. Если истец не сможет представить доказательств, подтверждающих его требование, в иске должно быть отказано³¹⁸.

Презумпция невиновности ответчика стимулирует доказательственную деятельность истца, так как именно от этого зависит формирование доказательственной базы предъявленного иска. Главная функция презумпции невиновности ответчика заключается в охране прав и интересов ответчика от необоснованного привлечения к ответственности. Кроме того, презумпция невиновности ответчика выступает одним из важнейших условий для справедливого и объективного рассмотрения дела и осуществления правосудия в целом³¹⁹.

Таким образом, данная презумпция позволяет обезопасить ответчика, который привлекается к участию в деле не по своему желанию. Следуя презумпции добропорядочности и добросовестности, он подразумевается не нарушившим никаких обязательств, а поэтому и не обязан доказывать данное положение.

Кроме того, в соответствии с общим правилом подсудности иск предъявляется в суд по месту жительства ответчика, иск к организации – по месту нахождения организации (ст. 28 ГПК РФ). Данное правило установлено не случайно: гораздо удобнее участвовать в процессе по месту своего жительства, а поскольку ответчик считается невиновным и добропорядочным гражданином, ГПК установлено такое правило.

Презумпция невиновности ответчика является основой состязательности, охраняет ответчика от необоснованного привлечения к ответственности и играет важную роль в обеспечении справедливости судебного разбирательства по гражданским делам.

Примечательно, что презумпция невиновности не упрощает процесс доказывания по делу, не освобождает правоприменителя от обоснования имеющихся фактов. Отыскивая истину и всесторонне исследуя обстоятельства случившегося, правоприменительные органы тем самым соблюдают презумпцию невиновности и обеспечивают право граждан на судебную защиту.

Презумпция невиновности призвана помочь гражданину в его противостоянии власти, когда последняя действует вне рамок закона, нарушает правовые предписания своего воздействия на личность.

Вместе с тем указанный институт присущ не всем отраслям права. Например, в гражданском законодательстве он неприменим. Здесь действует презумпция вины. «Отсутствие вины доказывается лицом, нарушившим обязательство» (п. 2 ст. 401 ГК РФ). Это один из основных признаков гражданско-правовой ответственности – так называемая объективность вины.

³¹⁸ См.: Гражданский процесс / Под ред. В.А. Мусина, Н.А. Чечиной, Д.М. Чечота. М., 1996. С. 200.

³¹⁹ См.: Сериков Ю.А. Процессуальные функции правовых презумпций в гражданском судопроизводстве. Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Екатеринбург, 2005. С. 21.

В договорных обязательствах. 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. К таким обстоятельствам не относятся, в частности, нарушение обязанностей со стороны контрагентов должника, отсутствие на рынке нужных для исполнения товаров, отсутствие у должника необходимых денежных средств. Заключенное заранее соглашение об устранении или ограничении ответственности за умышленное нарушение обязательства ничтожно (п. 3, 4 ст. 401 ГК РФ).

В деликтных обязательствах. В соответствии с п. 2 ст. 1064 ГК РФ лицо, причинившее вред, освобождается от возмещения вреда, если не докажет, что вред причинен не по его вине.

Таким образом, любой субъект гражданских правоотношений, совершивший противоправные действия (бездействие), считается виновным, если не докажет отсутствия своей вины.

По общему правилу, доказательством отсутствия вины будут являться действия (бездействие) должника (причинителя вреда), явившиеся следствием непреодолимой силы, то есть чрезвычайных и непредотвратимых при данных условиях обстоятельств (см.: подп. 1 п. 1 ст. 202; п. 4 ст. 358; п. 3 ст. 401 ГК РФ).

Общими основаниями (условиями) возложения деликтной гражданско-правовой ответственности на причинителя вреда являются: 1) наступление вреда; 2) противоправное поведение лица, причинившего вред; 3) причинная связь между противоправным поведением и наступившим вредом; 4) вина причинителя вреда.

Вина причинителя вреда – психическое умышленное или неосторожное отношение субъекта к своему поведению и его результату. Субъектом ответственности могут быть как граждане, так и организации. Вину организации будет составлять умышленное либо неосторожное действие (бездействие) любого его работника, не только действующего в соответствии с трудовым соглашением, но и по гражданско-правовому контракту (что является новеллой в гражданском законодательстве). Однако у юридического лица остается право предъявить регрессный иск.

Законодатель учитывает не только вину причинителя вреда, но и вину потерпевшего при определении возмещения вреда. Если был умысел со стороны потерпевшего, то вред не возмещается. Грубая неосторожность потерпевшего, которая содействовала возникновению или увеличению вреда, также может повлиять на размер возмещения. Решающую роль при решении этого вопроса будет играть соотношение вины потерпевшего и причинителя вреда.

Современное российское законодательство уточнило и конкретизировало многие положения, составляющие содержание презумпции невиновности, и закрепило ее в ст. 49 Конституции Российской Федерации как один из общих принципов правового государства, суть которого состоит в том, что рос-

сийское законодательство гарантирует признание лица виновным лишь на основе решения суда, а не доказывает достоверность презумпции невиновности. «Знаменательно, что конституционное закрепление данного принципа является одним из наглядных проявлений того, как современное российское право, опираясь на естественные законы, может служить действенным инструментом их реального осуществления»³²⁰.

Из смысла этого принципа вытекает, что всякое неустранимое сомнение в законе или деле толкуется в пользу обвиняемого.

Данное положение закреплено как во внутреннем законодательстве, так и во многих международно-правовых актах. К примеру, в ст. 11 Всеобщей декларации прав человека 1948 года она сформулирована следующим образом: «Каждый человек, обвиняемый в совершении преступления, имеет право считаться невиновным до тех пор, пока его вина не будет установлена законным порядком путем гласного разбирательства, при котором ему обеспечиваются все возможности для защиты».

В международном пакте о гражданских и политических правах, принятом Генеральной Ассамблеей ООН 18 декабря 1966 года, ратифицированном СССР 18 сентября 1973 года, указано: «Каждый обвиняемый в уголовном преступлении имеет право считаться невиновным, пока его виновность не будет доказана согласно закону».

Подобная формула содержится и в ст. 6 Европейской Конвенции о защите прав человека и основных свобод 1850 года.

Принцип презумпции невиновности отражен и в отраслевом законодательстве. Ему, например, специально посвящена ст. 14 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации, в которой сказано, что «1. Обвиняемый считается невиновным, пока его виновность в совершении преступления не будет доказана в предусмотренном настоящим Кодексом порядке и установлена вступившим в силу приговором суда.

2. Подозреваемый или обвиняемый не обязан доказывать свою невиновность. Бремя доказывания обвинения и опровержения доводов, приводимых в защиту подозреваемого или обвиняемого, лежит на стороне обвинения.

3. Все сомнения в виновности обвиняемого, которые не могут быть устранены в порядке, установленном настоящим Кодексом, толкуются в пользу обвиняемого.

4. Обвинительный приговор не может быть основан на предположениях».

Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях в ст. 1.5 также закрепляет этот принцип и гласит, что лицо, в отношении которого ведется производство по делу об административном правонарушении, считается невиновным, пока его вина не будет доказана в порядке, предусмотренном данным Кодексом, и установлена вступившим в законную силу постановлением судьи, органа, должностного лица, рассмотревших дело.

³²⁰ Байтин М.И. О принципах и функциях права: новые моменты // Правоведение. 2000. № 3. С. 10.

Некоторые особенности проявления принципа презумпции невиновности мы можем наблюдать при анализе ст. 12.8 КоАП РФ, согласно которой запрещается управление транспортным средством в состоянии алкогольного опьянения. В такой ситуации органы милиции должны доказать виновность правонарушителя путем медицинского освидетельствования.

В советском законодательстве развернутая трактовка принципа презумпции невиновности была в свое время дана в постановлении Пленума Верховного Суда СССР «О практике применения судами законов, обеспечивающих обвиняемому право на защиту» от 16 июня 1978 года, в котором нижестоящим судам предписывалось: «В целях обеспечения обвиняемому права на защиту суды должны строго соблюдать конституционный принцип, согласно которому обвиняемый (подсудимый) считается невиновным до тех пор, пока его вина не будет доказана в предусмотренном законом порядке и установлена вступившим в законную силу приговором суда»³²¹.

Но и она, по мнению некоторых ученых (Д.Н. Бахраха, Э.Н. Ренова и др.), нуждалась в определенных уточнениях, смысл которых сводился к конкретизации сущности и назначения презумпции невиновности в той ее части, кого считать невиновным – обвиняемого (подсудимого), подозреваемого или всякого гражданина.

Подразумевая под термином «обвиняемый» только лицо, привлеченное к уголовной ответственности в качестве такового, обычно предполагается, что в определение презумпции невиновности необходимо включить не только обвиняемого, но и подозреваемого. По мнению указанных авторов, сферу действия этого института не следует ограничивать указанием конкретной процессуальной фигуры (обвиняемый, подсудимый, подозреваемый), ибо презумпция добропорядочности каждого гражданина трансформируется в презумпцию невиновности с момента появления в уголовном производстве лиц, невиновность и законность поведения которых вызывает сомнения у правоохранительных органов. В содержание принципа презумпции невиновности должно включаться каждое лицо, привлекаемое к уголовной или административной ответственности³²². И с этим трудно не согласиться, ибо правоприменительные ошибки, рецидив обвинительного уклона не исключены из практики правоохранительной системы и по сей день.

«Давно замечено, что есть два способа разложить нацию: наказывать невиновных и не наказывать виновных. К сожалению, у нас встречается и то и другое, что деформирует правосознание граждан, подрывает нравственно-правовые основы общества. Печать полна сообщений о злоупотреблениях в деятельности милиции, прокуратуры, судов, других органов и структур»³²³.

Зачастую политические веяния гораздо убедительнее влияют на их сознание и профессиональную переориентацию, нежели действующее законо-

³²¹ Бюллетень Верховного Суда СССР. 1978. №4.

³²² См.: Бахрах Д.Н., Ренов Э.Н. Производство по делам об административных правонарушениях. М., 1989. С. 10-11.

³²³ Матузов Н.И. Презумпция невиновности // Матузов Н.И., Малько А.В. Теория государства и права. М., 2001. С. 454.

дательство. В таких случаях предпочтение отдается определенным установкам, сложившимся на практике (обвинительный уклон, оправдательная политика в отношении определенной категории граждан), которые ничего не имеют общего с законностью и объективностью принимаемых решений. Это – чистейшая юридическая конъюнктура, своеобразная «подгонка» права под те или иные обстоятельства без всестороннего учета квалифицирующих признаков и истинной оценки содеянного. Результатом такого правоприменения обычно становятся произвол и беззаконие. Поэтому вполне закономерно, что не только в юриспруденции, но и в публицистической литературе уделяется столь много внимания сущности, юридической природе, реализации принципа презумпции невиновности, так как его значение для защиты чести и достоинства, обеспечения прав и свобод личности весьма значительно.

Принцип презумпции невиновности призван быть своеобразным барьером, который бы ограждал граждан от незаконного посягательства государственных органов и должностных лиц на их права и свободы.

«Всесторонний процесс демократизации права и законодательства, который был характерен для второй половины XX в., убедительно показал, что гражданин должен быть надежно защищен от произвольного вмешательства государства в его жизнь, а принцип презумпции невиновности является важнейшим элементом таких взаимоотношений государства и личности»³²⁴.

Он призван искусственно создать гарантию того, что лицо не будет наказано за несовершенно преступление. Содержание принципа презумпции невиновности правильно отражает его сущность: каждый обвиняемый предполагается невиновным, пока его вина не будет доказана в установленном законом порядке.

К сожалению, в повседневной жизни мы довольно часто сталкиваемся с грубым нарушением презумпции невиновности, которое заключается в том, что у нас десятки тысяч людей, вина которых не доказана, длительное время находятся до суда в следственных изоляторах. Многие впоследствии оправдываются судом и освобождаются как невиновные. Однако за время предварительного заключения им объективно причиняются физические страдания, так как условия содержания в следственных изоляторах не соответствуют элементарным требованиям³²⁵.

Для того чтобы невиновное лицо не было привлечено к уголовной ответственности, государство, закрепив законодательно презумпцию невиновности, берет на себя обязательства по доказыванию вины подозреваемого (обвиняемого).

Вместе с тем данный законодательный принцип вызывает возражение у ряда ученых. Из числа последних публикаций, затрагивающих эту проблему, особый интерес вызывает монография В.П. Проценко «Система и антисистема».

³²⁴ Сырых В.М. Логические основания общей теории права. В двух томах. Том 1. Элементный состав. М., 2000. С. 65.

³²⁵ См.: Матузов Н.И. Презумпция невиновности // Теория государства и права / Под ред. Н.И. Матузова и А.В. Малько. М., 2001. С. 455.

ма права»³²⁶, где дан развернутый анализ принципа презумпции невиновности с экскурсом в историю вопроса.

Образно излагая существующие точки зрения, автор, как нам представляется, порою дает весьма жесткие оценки работам ученых, которые стояли у истоков разработки данной темы или затрагивали ее в связи с изучением других проблем в своих трудах (М.С. Строгович, В.М. Савицкий, И.Л. Петрухин, И.А. Либус, А.М. Ларин, С.С. Алексеев, Л.Д. Кокарев, В.М. Сырых и т.д.).

Опровергая их мнение по данному вопросу, В.П. Проценко приходит к выводу о том, что «презумпция невиновности в современной России овладела умами ученых, практических работников правоохранительных органов, студентов юридических вузов и широкими кругами общественности и стала принципом формирующейся антисистемы уголовного процесса. Под ее выстроены многие нормы УПК РФ 2002 года»³²⁷.

Как получилось, вопрошает автор, что презумпция невиновности превратилась в принцип, что за перевоплощение одной самобытной категории в другую?³²⁸

Не меньшее возмущение уважаемого профессора вызвал и тот факт, что «став принципом антисистемы уголовного процесса, презумпция невиновности (от этого словосочетания «презумпция – принцип» у теоретиков права должны появиться головные боли, а систему права – охватить конвульсии или аритмия) обозначила тенденцию превращения системы уголовного процесса в антисистему уголовного процесса (права, деятельности и правоотношений). К превращению уголовного процесса в целый ряд благотворительных мероприятий для подозреваемого, обвиняемого, к забвению интересов других участников процесса и, прежде всего, потерпевшего»³²⁹. Слов нет, поставленные вопросы требуют глубокого дополнительного исследования и аргументации. Необходим тщательный функциональный анализ всех стадий механизма правового регулирования на предмет уточнения юридической природы института презумпции невиновности, его содержания, роли и значения в правореализационном процессе.

Свое несогласие с трактовкой презумпции невиновного как принципа права высказывает и профессор В.М. Баранов³³⁰.

«При любой степени условности теоретического анализа правовая презумпция и юридический принцип – всегда различные формы систематизации знаний. Роль правовых принципов в механизме социального регулирования значительно весомее, чем презумпций (даже общеправовых), которые в силу своего назначения призваны оформлять узкоспециальные, частные процессы

³²⁶ См.: Проценко В.П. Система и антисистема права. Краснодар, 2004.

³²⁷ Проценко В.П. Указ. работа. С. 368.

³²⁸ Там же. С. 211.

³²⁹ Там же. С. 377-378

³³⁰ См.: Баранов В.М. Истинность норм советского права (проблемы теории и практики). Саратов, 1988. С. 378.

и явления ... Правовой принцип может лежать и нередко лежит в основе одной или даже нескольких юридических презумпций»³³¹.

Налицо двусторонняя позиция невосприятия одного и того же явления: сущностно-правовая и логико-гносеологическая. Они как бы дополняют друг друга и образуют общую методологическую платформу отторжения принципа презумпции невиновности.

Нет четкого ответа и на вопрос о том, как понимать принцип презумпции невиновности лица в процессе доказывания его вины (т.е. на этапе следствия) и вынесением судом правоприменительного акта, подтверждающего или опровергающего эту виновность. Как быть с теми лишениями, тяготами и ограничениями, которые оно испытывает за время следствия, оказавшись невиновным?

В этой связи нельзя не учитывать точку зрения Коллисона о неточности предположения невиновности задержанного. Взяв за основу развития социального общества теорию добропорядочности граждан, предполагается, что они в своем большинстве заинтересованы в поддержании правопорядка, добровольно соблюдают требования законов, не совершают правонарушений, бережно относятся к таким ценностям, как честь, достоинство личности, свобода³³².

Однако убеждение следователя в виновности лица будет оставаться его субъективным мнением до тех пор, пока обратное не будет подтверждено вступившим в законную силу приговором суда. А иногда и после вынесения этого акта.

Поэтому презумпция невиновности, отражаясь в законодательстве, зачастую вызывает обоснованные сомнения в ее объективности.

Исходя из сказанного, можно сделать вывод о том, что отношение к институту презумпции невиновности как правовому принципу на сегодняшний день рассматривается трояким образом.

Во-первых, его полное невосприятие как в теории, так и на практике.

Во-вторых, как опровержимое субъективное предположение, которое зависит от внутреннего убеждения следователя, прокурора по конкретному делу.

В-третьих, как неопровержимое объективно-правовое положение, как принцип правового государства, дающий гарантию гражданам против их незаконного обвинения и осуждения.

Какую бы позицию ни занимали ученые по данному вопросу, ясно одно: презумпция невиновности – реально действующий институт российского законодательства, а его соблюдение – объективная необходимость.

³³¹ Баранов В.М., Першин В.Б., Першина И.В. Методологические предпосылки формирования теории правовых презумпций // Юридическая техника. 2008. № 2. С. 20.

³³² См.: Петрухин И.Л. Презумпция невиновности – конституционный принцип советского уголовного процесса // Советское государство и право. 1978. № 12. С. 20.

Глава 15. О некоторых проблемах дефиниции и классификации объектов культурного наследия (Спицын А.В.)

Аннотация (-+)

Автор рассматривает в своей работе законодательные трактовки основных ключевых понятий. На основе нормативных актов поддерживает классификацию объектов культурного наследия на: 1) памятники, 2) ансамбли, 3) достопримечательные места. Расшифровывая их в дальнейшем. Выявляет пробельность законодательства о недрах в отношении правовых режимов скрытых в земле объектов.

Ключевые слова: культурных ценностей, памятники истории и культуры, культурные слои, памятники, ансамбли, достопримечательные места.

Annotation

The author examines in his work the legislative treatment of the basic key concepts. Based on the regulations supports the classification of objects of cultural heritage: 1) sites, 2) bands, 3) attractions. Decoding them in the future. Reveals whitespace subsoil legislation regarding the legal regime for buried objects.

Keywords: cultural values, historical and cultural monuments, cultural layers, monuments, ensembles and attractions.

Национальное культурное наследие можно определить как синтез культурных ценностей прошлых поколений населения какой-либо страны, состоящий из ценностей различных классов, слоев и социальных групп соответствующего общества. Особенность национальной культуры – в ее неповторимости, оригинальности, что проявляется в архитектуре, языке, живописи, музыке и литературе³³³.

Материальные культурные ценности и объекты культурного наследия, в частности, определяют эталонные представления народа о должном и желаемом в различных сферах деятельности.

Следует отметить, что культурные ценности, созданные человеком, являются также и предметом правовых отношений. Наиболее важным с юридической точки зрения следует признать их статус в качестве объектов имущественных прав.

Законодатель использует несколько терминов (дефиниций) для обозначения таких объектов гражданских правоотношений. Так, в ст.ст. 235, 240, 349 Гражданский кодекс Российской Федерации³³⁴ (далее – ГК РФ) термин употребляется «культурные ценности», в ст.ст. 233 и 272 ГК РФ – «памятники истории и культуры».

³³³ Бердяев Н.А. Смысл истории. – М., 1990. С. 164.

³³⁴ Собрание законодательства Российской Федерации. – 1994 г. – № 32. – ст. 3301.

Основы законодательства Российской Федерации о культуре³³⁵ применили понятие «культурные ценности» по отношению к нравственным и эстетическим идеалам, нормам и образцам поведения, языкам, диалектам и говорам, национальным традициям и обычаям, историческим топонимам, фольклору, художественным промыслам и ремеслам, произведениям культуры и искусства, результатам и методам научных исследований культурной деятельности, зданиям, сооружениям, предметам и технологиям, имеющим историко-культурную значимость, уникальным в историко-культурном отношении территориям и объектам (ст.3).

Совокупность культурных ценностей на территории Российской Федерации была признана культурным достоянием народов России с закреплением их в государственной собственности.

Определение «культурные ценности», содержащееся в Основых законодательства о культуре, представляется не совсем корректным. Нельзя же всерьез относиться к попыткам законодателя объявить культурной ценностью природный объект, а тем более, говор или диалект, которые существуют и развиваются вне зависимости от состояния правового регулирования и не могут быть предметом гражданского оборота. Да и как, к примеру, законодатель представлял себе посягательство на диалект?

Не меньше вопросов вызывают определение культурной ценности как фактически любого материального объекта, содержащееся в Законе Российской Федерации от 15 апреля 1993 года № 4804-1 «О вывозе и ввозе культурных ценностей»³³⁶ и определение объекта культурного наследия, данное в ст.3 Федерального закона от 25 июня 2002 года № 73-ФЗ «Об объектах культурного наследия (памятниках истории и культуры) народов Российской Федерации»³³⁷ (далее – Закон об объектах культурного наследия).

В Законе об объектах культурного наследия речь идет о недвижимых вещах (главной вещи) и содержащихся в них движимых вещах (принадлежностях), что еще более запутывает ситуацию с определениями, используемыми в правовом регулировании оборота культурных ценностей.

Прежде всего, законодатель предлагает разделить объекты культурного наследия на *памятники, ансамбли и достопримечательные места*. Основания или критерии, по которым объекты недвижимости разделены таким образом, представляются спорными.

К *памятникам* Закон об объектах культурного наследия (ст. 3) отнес отдельные постройки, здания и сооружения с исторически сложившимися территориями (в том числе памятники религиозного назначения: церкви, колокольни, часовни, костелы, кирхи, мечети, буддистские храмы, пагоды, сина-

³³⁵ Закон Российской Федерации от 9 октября 1992 года № 3612-1 «Основы законодательства Российской Федерации о культуре» // Ведомости Съезда народных депутатов Российской Федерации и Верховного Совета Российской Федерации. – 1992 г. – № 46. – ст. 2615.

³³⁶ Ведомости Съезда народных депутатов Российской Федерации и Верховного Совета Российской Федерации. – 1993 г. – № 20. – ст. 718.

³³⁷ Собрание законодательства Российской Федерации. – 2002 г. – N 26. – ст. 2519

гоги, молельные дома и другие объекты, специально предназначенные для богослужений); мемориальные квартиры; мавзолеи, отдельные захоронения; произведения монументального искусства; объекты науки и техники, включая военные; частично или полностью скрытые в земле или под водой следы существования человека, включая все движимые предметы, имеющие к ним отношение, основным или одним из основных источников информации о которых являются археологические раскопки или находки (объекты археологического наследия).

К ансамблям отнесены четко локализуемые на исторически сложившихся территориях группы изолированных или объединенных памятников, строений и сооружений фортификационного, дворцового, жилого, общественного, административного, торгового, производственного, научного, учебного назначения, а также памятников и сооружений религиозного назначения (храмовые комплексы, дацаны, монастыри, подворья), в том числе фрагменты исторических планировок и застроек поселений, которые могут быть отнесены к градостроительным ансамблям; произведения ландшафтной архитектуры и садово-паркового искусства (сады, парки, скверы, бульвары), некрополи.

Достопримечательными местами признаются творения, созданные человеком, или совместные творения человека и природы, в том числе места бытования народных художественных промыслов; центры исторических поселений или фрагменты градостроительной планировки и застройки; памятные места, культурные и природные ландшафты, связанные с историей формирования народов и иных этнических общностей на территории Российской Федерации, историческими (в том числе военными) событиями, жизнью выдающихся исторических личностей; культурные слои, остатки построек древних городов, городищ, селищ, стоянок; места совершения религиозных обрядов.

С правовой точки зрения *памятники* можно определить как *сложные недвижимые вещи*, включающие здания, сооружения, постройки и связанные с ними земельные участки.

Спорным представляется отнесение к памятникам мемориальных квартир как объектов недвижимости. Сами квартиры (жилые помещения) вряд ли представляют собой культурную или историческую ценность в отрыве от имени тех, кто в них жил. Более ценными, безусловно, являются движимые вещи, принадлежавшие некогда обитателям мемориальных квартир. Но движимые вещи, по определению Закона об объектах культурного наследия, памятниками названы быть не могут.

Также не может быть принято без возражений отнесение законодателем к объектам культурного наследия (памятникам) объектов науки и техники, включая военные. Здесь, очевидно, законодатель исходит из критерия исторической ценности, а не возможности отнесения той или иной вещи к категории недвижимости. Объектом военной техники чаще всего является движимая вещь (танк, артиллерийское орудие). Если объект военной техники размещен на постаменте, то следует говорить уже о сооружении или о монументе.

тальном произведении, т.е. о других категориях памятников. То же касается объектов науки.

Среди известных памятников истории и культуры есть несколько объектов науки и военной техники, которые можно с полным основанием отнести к объектам недвижимости. Это корабли и суда, не перемещенные на сушу и не закрепленные в неразрывной связи с постаментом (крейсер «Аврора», ледокол «Ермак», подводные лодки и другие морские и речные суда).

Это – также сложные недвижимые вещи «в силу закона», т.е. по императивному предписанию ст. 130 ГК РФ, относящиеся к категории «мобильной недвижимости».

К памятникам, вопреки логике, законодателем отнесены частично или полностью скрытые в земле или под водой следы существования человека, включая все движимые предметы, имеющие к ним отношение, основным или одним из основных источников информации о которых являются археологические раскопки или находки (объекты археологического наследия). Оставляя в стороне терминологическую путаницу (Являются ли объекты археологического наследия разновидностью объектов культурного наследия, если многие ныне существующие и зарегистрированные объекты культурного наследия были обнаружены в ходе раскопок?), следует отметить, что полностью скрытые в земле или под водой следы существования человека не могут признаваться самостоятельными объектами гражданских прав в силу следующих доводов:

Во-первых, скрытые в земле или под водой объекты только предполагаются существующими в объективной реальности на основании сведений, полученных в ходе раскопок или из старинных карт, записей, летописей или иных письменных источников. Объекты, скрытые в земле или под водой, до момента их обнаружения не находятся в фактическом обладании (владении), которое является необходимой предпосылкой возникновения вещных прав³³⁸.

О непосредственной связи фактического владения с осуществлением правомочий собственника, пользователя, держателя совершенно определенно высказывались Л.В. Щенникова³³⁹, а также ряд других ученых, специализирующихся в области гражданского права.

Вместе с тем, правовой режим скрытых в земле объектов должен определяться законодательством о недрах³⁴⁰. В российском законодательстве закреплена государственная собственность на недра. Можно предположить, что право государственной собственности должно распространяться не только на скрытые под землей полезные ископаемые, но и на объекты культурного наследия, которые, тем самым, выводятся из гражданского оборота. Только в ходе проведения археологических раскопок выявленные историко-

³³⁸ Коновалов А.В. Владение и владельческая защита в гражданском праве. – СПб., 2002. С.44-49.

³³⁹ Щенникова Л.В. Вещные права в гражданском праве России. – М, 1996. С. 16-17.

³⁴⁰ См.: Закон Российской Федерации от 21 февраля 1992 года N 2395-1 "О недрах" // Собрание законодательства Российской Федерации. – 1995 г. – N 10. – ст. 823.

культурные ценности с момента их обнаружения становятся вещами, способными к обороту в соответствии с Законом об объектах культурного наследия.

Во-вторых, скрытые в земле или под водой следы существования человека не могут быть в силу неопределенности их пообъектного состава зарегистрированы в порядке, предусмотренном Законом об объектах культурного наследия.

Выявленные в ходе раскопок археологические объекты, относящиеся к недвижимости, представляют собой остатки (фрагменты) зданий и сооружений. Современное гражданское право относит любые здания, сооружения, в том числе и недостроенные, к объектам недвижимости и допускает их самостоятельный оборот с разделением права собственности на строение (сооружение) и земельный участок под ним.

Земельный кодекс Российской Федерации³⁴¹ (ст.35) установил, что отчуждение здания, строения, сооружения, находящихся на земельном участке и принадлежащих одному лицу, проводится вместе с земельным участком. Законодатель, формируя комплекс норм об отдельных категориях земельных участков, специально урегулировал оборот участков, в пределах которых находятся археологические ценности.

Так, участки земли, где фактически или предположительно расположены объекты археологического наследия, в силу ст.ст. 99-100 Земельного кодекса Российской Федерации отнесены к землям историко-культурного назначения или особо ценным землям с особым правовым режимом³⁴². Все ограничения по использованию и обороту таких участков земли предусмотрены земельным законодательством.

Более того, в силу ст. 49 Закона об объектах культурного наследия, выявленные объекты археологического наследия и земельный участок или участок водного объекта, в пределах которых они располагаются, находятся в гражданском обороте раздельно. Объекты археологического наследия императивно находятся в государственной собственности, участки земель историко-культурного назначения или особо ценные земли ограничены в обороте (ст.27 Земельного кодекса Российской Федерации) и могут передаваться в частную собственность только в случаях, установленных Федеральным законом.

Таким образом, упоминание в Законе об объектах культурного наследия скрытых в земле следов жизнедеятельности человека в качестве самостоятельных объектов имущественных прав, с точки зрения юридической техники, не вполне корректно.

Действительно, правовой режим археологических объектов, недр и земельных участков различен, однако, позиция законодателя, согласно которой земельные участки и скрытые в них следы жизнедеятельности человека участвуют в обороте раздельно, по меньшей мере, спорна.

³⁴¹ Собрание законодательства Российской Федерации. – 2001 г. – , № 32. – ст. 4147.

³⁴² См.: Комментарий к Земельному кодексу Российской Федерации / Под ред. О.И. Крассова. – М.: Юрист, 2002. С.254.

Наименее удачно сформулировано законодателем определение *достопримечательных мест* как объектов культурного наследия. С позиций современной теории гражданского права в качестве сложных недвижимых вещей или имущественных комплексов не могут быть приняты места бытования народных художественных промыслов, памятные места, культурные и природные ландшафты.

Термин «культурные слои», использованный законодателем, нуждается в дополнительном толковании, а остатки построек древних городов, городищ, селищ, стоянок; места совершения религиозных обрядов должны быть отнесены к памятникам, т.е. сложным недвижимым вещам.

Классификация видов объектов культурного наследия, использованная законодателем, как мы видим, порождает немало замечаний. В основу существующей классификации объектов культурного наследия положены неправовые дефиниции, что затрудняет или исключает юридическую квалификацию имущественных отношений, возникающих по поводу названных объектов. Соответственно, при разрешении возможных споров возникают трудности в применении норм гражданского и земельного права.

Разработчики Закона об объектах культурного наследия предложили и другую классификацию названных объектов по их значимости для народов России.

В ст. 4 Закона об объектах культурного наследия объекты культурного наследия в зависимости от их историко-культурной значимости имеют:

— федеральное значение. К ним относятся объекты, обладающие историко-архитектурной, художественной, научной и мемориальной ценностью, имеющие особое значение для истории и культуры Российской Федерации, а также объекты археологического наследия;

— региональное значение. Это – объекты, обладающие историко-архитектурной, художественной, научной и мемориальной ценностью, имеющие особое значение для истории и культуры субъекта Российской Федерации;

— местное (муниципальное) значение. Эта группа включает объекты, обладающие историко-архитектурной, художественной, научной и мемориальной ценностью, имеющие особое значение для истории и культуры муниципального образования.

В силу ст. 22 Закона об объектах культурного наследия возможен переход объекта из одной категории в другую. Изменение категории историко-культурного значения объекта культурного наследия федерального значения осуществляется Правительством Российской Федерации по представлению федерального органа охраны объектов культурного наследия на основании заключения государственной историко-культурной экспертизы.

Объект культурного наследия, признанный не отвечающим требованиям, предъявляемым к объектам культурного наследия федерального значения, учитывается в реестре как объект культурного наследия регионального значения или объект культурного наследия местного (муниципального) значения с согласия субъекта Российской Федерации или органа местного само-

управления муниципального образования, на территориях которых находится данный объект культурного наследия.

Таким образом, законодатель разделил объекты культурного наследия на три вида и три категории. Подразумевается, что памятники истории и культуры местного значения могут существовать в виде памятников, ансамблей и достопримечательных мест.

Очевидно, в тексте Закона об объектах культурного наследия следовало бы использовать правовые дефиниции и разделить объекты культурного наследия на следующие виды:

1) *памятники* – сложные недвижимые вещи, имеющие в своем составе участок земли или неразрывно с ней связанные, в том числе постройки, здания и отдельные помещения в них, сооружения, произведения монументального искусства, отдельные захоронения;

2) *объекты археологического наследия* – земельные участки или участки дна со скрытыми полностью или частично следами жизнедеятельности человека, включая все движимые вещи, имеющие к ним отношение, основным источником информации о которых являются археологические изыскания;

3) *ансамбли* – имущественные комплексы, представляющие собой четко локализуемые в исторически определенных границах совокупности изолированных или объединенных памятников и объектов археологического наследия, включая памятники градостроения и ландшафтной архитектуры.

Данная классификация видов объектов культурного наследия позволяет устранить неясности, связанные с использованием термина «достопримечательные места» и четко разделить подлежащие охране культурные ценности на созданные человеком сложные недвижимые вещи, земельные участки со следами деятельности человека, представляющие историко-археологическую ценность, а также имущественные комплексы, в состав которых могут входить названные объекты.

Глава 16. Роль правозащитной деятельности судебной власти в укреплении законности и правопорядка¹ (Фомин А.А.)

Аннотация

В арсенале государственно-правовых средств, призванных гарантировать права и свободы личности, интересы гражданского общества и самого государства, обеспечить законность и правопорядок в стране, главенствующая роль принадлежит судам. Уровень правозащитной деятельности судебных органов – важнейший показатель правового характера государства и демократичности общества. Предлагаемые сегодня инициативы по совершенствованию правосудия и осуществляемые законодателем нововведения

¹ Исследование осуществлено при финансовой поддержке Российского гуманитарного научного фонда (проект № 11-03-00349а)

должны быть направлены на решение главной задачи – повышение эффективности национальной судебной защиты.

Ключевые слова: судебная власть, государственно-правовая защита, эффективность судебной деятельности

Annotation

In the arsenal of state-legal means to guarantee individual rights and liberties, interests, civil society and the state itself, to ensure law and order in the country, the leading role belongs to the courts. The level of human rights activities of the judiciary – a key indicator of the legal nature of the state and democratic society. The proposed today initiatives to improve justice and implemented by the legislator innovations should be directed at solving the main problem – improving the effectiveness of national remedies.

Keywords: judiciary, public-legal protection, judicial effectiveness

Проблема законности в современном Российском государстве настолько важна и актуальна, что превратилась в предмет тревоги не только ученых, практиков, представителей органов власти, но и всех россиян. Ее полноценному решению препятствуют многие трудности, с которыми столкнулось наше общество за последние годы, – примат «политической целесообразности» над правом, разбалансированность государственной системы, политическая нестабильность, социальная напряженность, затяжной экономический кризис, усложнение криминогенной обстановки, коррупция, экстремизм, терроризм и др. Нерешенность указанных вопросов приводит к очень серьезным последствиям: правовому нигилизму, отчуждению граждан от государства и власти; появляется синдром незащищенности индивида от нарушения своих прав, что, в конечном счете, становится одной из причин возникновения деструктивных тенденций в общественном развитии, социальных катаклизмов.

Несмотря на все усилия, предпринимаемые властью, пока не удастся существенно остановить рост преступности, обеспечить в полном объеме выполнение конституционных прав и свобод человека и гражданина. Невозможность защитить свои права, жизнь, собственность правовым путем провоцирует население на самозащиту, в том числе криминальными способами, повышает авторитет преступных образований, вызывает недоверие к власти и государственным институтам. Возникла опасность дискредитации самого понятия «права человека» в социальной и политической практике. В таких условиях существенно возрастает организующая и управляющая роль правозащитной деятельности государства. Чем выше уровень правозащитной деятельности, тем больше возможностей у государства для предупреждения и пресечения преступлений, их раскрытия, реализации юридической ответ-

ственности, для защиты и восстановления нарушенных прав и свобод граждан³⁴³.

«Правозащитная деятельность» – это собирательный операционный служебный термин, которым обозначается, главным образом, деятельность по надзору и контролю за соблюдением законов, привлечению виновных лиц к юридической ответственности, расследованию дел в судах, других юрисдикционных органах, исполнению их решений, проведению в жизнь карательных и восстановительных мер. Как верно отмечает В.М. Сырых, объектом правозащитной деятельности предстает особая социально-правовая сфера – сфера противоправных деяний³⁴⁴. Правозащитная деятельность, в отличие от правоохранительной, начинается с того момента, когда в обществе уже совершились правонарушения, безвиновные проступки, причинившие вред правопорядку, создались препятствия на пути реализации субъективных прав граждан и иных лиц, а правоохранительные органы приступили к активной борьбе с противоправными деяниями, причинами и условиями их порождающими.

В общефилософском и историческом контексте правозащитная деятельность представляет собой вид социально-полезной деятельности, способной специфическими методами обеспечить совместное существование людей в обществе и их нормальную жизнедеятельность. Юридическая природа правозащитной деятельности обусловлена действующим в государстве законодательством, объективной необходимостью воздействия правовыми средствами на общественные отношения с целью защиты права и принуждения к его соблюдению всех участников общественных отношений.

Отмечая важность и значимость многих основных направлений деятельности судебной власти, с нашей точки зрения, напрашивается вывод о существовании главной судебной функции – правозащитной. В широком аспекте названная функция реализуется в защите права вообще. Она действует на всем правовом пространстве и призвана защитить всех без исключения субъектов общественных отношений, во всех сферах судебной юрисдикции, от всяких нарушений или их угрозы, в том числе от произвола государства, его органов и должностных лиц. В узком смысле правозащитная функция судебных органов проявляется в защите прав и свобод человека и гражданина, его законных интересов. Правозащитная функция прав и свобод граждан находится в тесном взаимодействии и диалектическом единстве со всеми другими судебными функциями, которые в той или иной степени подчинены функции правозащиты, обслуживают ее.

Правозащитная функция непосредственно вытекает из компетенции судебной власти, закрепленной в нормативных правовых актах. Она направлена на реальное воплощение в жизнь статьи 2 Конституции РФ, согласно ко-

³⁴³ См.: Кислухин В.А. Юридическая ответственность и ее реализация как метод правозащитной деятельности в правовом государстве // Актуальные проблемы гуманитарного научного знания в высшей школе МВД. Саранск, 2004. С. 41-47.

³⁴⁴ См.: Сырых В.М. Теория государства и права. М., 2004. С. 426.

торой человек, его права и свободы являются высшей ценностью; признание, соблюдение и защита прав и свобод человека и гражданина – обязанность государства. Об этом же свидетельствует статья 18 Конституции России, в которой указывается, что права и свободы человека и гражданина являются непосредственно действующими, определяют смысл, содержание и применение законов, деятельность законодательной и исполнительной власти, местного самоуправления и обеспечиваются правосудием. Правосудие является наиболее эффективным, из всех выработанных мировой практикой, способом охраны прав и свобод человека и гражданина. Уровень судебной защиты – важнейший показатель правового характера государства и демократичности общества.

Всеобщность права на судебную защиту и возрастающая потребность в ее осуществлении ставит перед органами правосудия и всеми обеспечивающими их функционирование ведомствами задачу коренных изменений в сфере осуществления правосудия – достижения его демократичности, беспристрастности и превращения в реально независимую и самостоятельную ветвь государственной власти. Проводимая с этой целью в Российской Федерации судебная реформа направлена на расширение поля правовой защищенности личности, создание условий повышения роли и значения судебной защиты ее имущественных и личных неимущественных прав и свобод. Это важно, поскольку судебная власть может существовать только как безальтернативный государственно-правовой институт, ориентированный на общепризнанные мировые стандарты в области прав человека и призванный всесторонне удовлетворять потребности граждан в законном, справедливом и быстром разрешении споров.

В настоящее время содержание судебной «правозащиты» толкуется широко. Например, В.П. Кашепов в содержательную характеристику правозащитной функции суда включает следующие элементы: предупреждение нарушения права; восстановление нарушенного права; признание недействительными подзаконных актов в случае их противоречия закону; возмещение ущерба и морального вреда, причиненного гражданину; решение об ответственности нарушителя прав граждан³⁴⁵. Разделяя эту позицию, считаем необходимым ее дополнить, уточнив, что объектом судебной правозащиты являются, во-первых, не только подзаконные акты, но и законы, в том числе федеральные, если они не соответствуют Конституции, во-вторых, не только субъективные права, но и законные интересы граждан, которые в законодательстве иногда четко не закреплены.

В гражданском обществе суд является гарантом прав личности, ему принадлежит центральное место во всей правовой системе. Именно суд олицетворяет подлинное право, истинную справедливость. Чем выше роль, авторитет суда и правосудия в целом, чем большей самостоятельностью обладает суд во взаимоотношениях с представительными органами и органами управ-

³⁴⁵ См.: Судебная защита прав и свобод граждан / Под ред. В.П. Кашепова. М., 1999. С. 11.

ления, тем выше в стране уровень законности и демократии, тем надежнее защищены от возможных посягательств права и свободы граждан³⁴⁶.

Вместе с тем современное состояние судебной защиты прав и свобод, ее эффективность и доступность не может удовлетворять потребности граждан и государства. Действующая в нашей стране система судов, судебные процедуры далеко не всегда позволяют человеку в полной мере использовать предоставляемое ему Конституцией право на обращение в суд для отстаивания своих прав. Это отрицательно сказывается на обеспечении законности и правового порядка в стране, сдерживает развитие российского общества.

Как должно быть организовано отправление правосудия, чтобы оно отвечало требованиям справедливости и правовой защищенности граждан? Ответ на этот вопрос следует искать прежде всего в конституционных нормах, посвященных судебной власти и правам человека, а также в международных нормах, которые кроме общих требований к правосудию содержат и ряд конкретных предписаний, адресованных правосудию в виде минимальных стандартов справедливости: беспристрастность суда, гласность, открытость (публичность) судебного разбирательства, оперативность правосудия, состязательность и равноправие сторон, рассмотрение дела в разумный срок, участие народа в отправлении правосудия. Независимость, справедливость и беспристрастность являются не только признаками судебной власти, но и правом тех, кто ищет правосудия.

В последние годы в юридической литературе, среди ученых и практиков укрепилось мнение о том, что правозащитная деятельность суда не позволяет рассматривать его в качестве одного из правоохранительных органов³⁴⁷. Более того, названное суждение получает официальную поддержку, что усматривается из ряда нормативных правовых актов. Например, в «Положении о координации деятельности правоохранительных органов по борьбе с преступностью», утвержденном Президентом РФ³⁴⁸, имеется специальный раздел о взаимодействии прокуратуры и других правоохранительных органов с судами.

С такой точкой зрения нельзя согласиться безоговорочно. Располагая основным юридическим средством – действующим законодательством, и осуществляя свою главную – правозащитную функцию, суды, безусловно, выполняют охрану прав, свобод и законных интересов граждан³⁴⁹. По мнению И.Л. Петрухина, «в известном смысле суды – ещё более правоохрани-

³⁴⁶ См.: Права человека / Под ред. Е.А.Лукашевой. М., 1999. С. 305-306.

³⁴⁷ См.: Клеандров М.И. Статус судьи. Новосибирск, 2000. С. 9; Савельева Т.И. Судебная власть в гражданском процессе / Под ред. И.М. Зайцева. Саратов, 1997. С. 11.

³⁴⁸ См.: Указ Президента РФ от 18.04.1996 г. № 567 (с изм. от 25.11.2003г.) «О координации деятельности правоохранительных органов по борьбе с преступностью» // СЗ РФ. 1996. № 17. Ст. 1958.

³⁴⁹ См. подробнее: Терёхин В.А. Судебная власть в государственно-правовом механизме обеспечения прав и свобод граждан (вопросы теории и практики): Дис. ... канд. юрид. наук. Саратов, 2001. С. 22-23.

тельные органы, чем прокуратура, МВД и ФСБ»³⁵⁰. На наш взгляд, выведение несколько лет назад судов из системы правоохранительных органов было вызвано не столько юридическими, сколько политическими мотивами. Это было сделано для того, чтобы дистанцировать суды от выполнения несвойственных им функций (главным образом по борьбе с преступностью), снять с судей ответственность за состояние преступности, в большей мере подчеркнуть самостоятельность и независимость судебной власти и установить ей свою сферу ответственности за состояние правосудия.

Однако организационно-структурное обособление суда от системы правоохранительных органов, что является в целом позитивным фактором, не может само по себе изменить статус суда как правоохранительного органа. Как верно отмечает М.И. Байтин, «с позиций функционального подхода суды были и остаются органами, специально созданными для охраны права, законности и правопорядка, т.е. правоохранительными органами»³⁵¹. А продолжающийся по этому вопросу спор является во многом схоластичным, не имеющим серьезного практического значения.

К сожалению, фактическая роль судов в России еще не отвечает юридическим стандартам. До сих пор существует разрыв между соответствующими конституционными нормами о судебной власти, которые в большинстве соответствуют, а по отдельным позициям и превосходят международные каноны, и складывающейся реальной обстановкой. Эта проблема обостряется еще и тем, что за многие предшествующие годы в обществе сложились устойчивые традиции пренебрежительного отношения к отдельному гражданину, к его правам. Личность чаще всего воспринималась как носитель многочисленных обязанностей и ответственности. Ее интересы рассматривались как нечто второстепенное. Уголовное судопроизводство прошлых лет почти не знало оправдательных приговоров, а в гражданском процессе безусловный приоритет отдавался интересам юридических лиц и государства. При этом их интересы, по существу, отождествлялись с интересами всего общества.

Подобное отношение к личности зачастую проявляется и в наши дни. Это – следствие многих причин. Одна из них – непонимание роли суда в обществе, когда суд продолжает восприниматься главным образом в качестве карающего, а не правозащитного органа. Его правозащитное предназначение еще недостаточно воспринято правосознанием не только населения, но и профессиональных юристов. Правовая культура многих судей формировалась на основе противостояния естественно-правовой и позитивистской доктрин о природе прав человека и взаимоотношения государства и личности. Долгие годы у нас доминировал позитивистский подход, при котором понятия права и закона отождествлялись, утверждался безусловный приоритет интересов государства по сравнению с интересами и правами личности.

³⁵⁰ Петрухин И.Л. Проблема судебной власти в современной России // Государство и право. 2000. № 7. С. 17.

³⁵¹ Байтин М.И. Сущность права (Современное нормативное правопонимание на грани двух веков). Изд. 2-е, доп. М., 2005. С. 404.

В современной литературе уже не принято противопоставлять эти школы права³⁵². Конституция России 1993 г. не только признала естественные и неотчуждаемые права и свободы человека, но и дала их позитивный перечень. Появились такие ранее не известные теории понятия, как «правовой закон», «неправовой закон», «антиправовой закон», «правовая законность». Это тем более значимо в современных условиях эволюции российской правовой системы, когда отраслевое законодательство содержит множество пробелов, юридических коллизий, которые ведут к серьезным судебным ошибкам и ущемлению прав и свобод граждан. Для преодоления пороков российской судебной системы, сведения к минимуму судебных ошибок необходима ориентация правосудия на концепцию гармоничного взаимодействия индивидуализма и социальности, сбалансированности интересов личности и общества.

Всесторонняя подзаконность судебной деятельности, не допускающая произвольного судебного усмотрения и решения конкретного дела по соображениям целесообразности, составляет принципиальную черту подлинно демократического правосудия³⁵³. В то же время следует отметить тенденцию повышения роли прецедентных актов в судебной практике³⁵⁴. На место традиционного видения правосудия, исключая значение прецедентов, приходит понимание правотворческой роли судов не только в процессе их контрольно-надзорной деятельности, но и при осуществлении правосудия, т.е. вынесении приговоров, решений, определений по судебным делам.

Подобное переосмысление роли судебной власти в нашей стране во многом связано со становлением идеи правозаконности³⁵⁵. В настоящее время прежняя концепция, согласно которой законодатель издает любые законы, которые он сочтет нужными, а суд неукоснительно их применяет, оказалась недостаточной для действенной защиты прав человека от произвола власти.

Нельзя не согласиться с известным венгерским юристом А. Шайо, который указывал, что «согласно новой тенденции, появившейся главным образом после Второй мировой войны, суды уже не довольствуются своей традиционной ролью, применением законов. Судьи, порвав со взглядами Мон-

³⁵² См., например: Шафиров В.М. Естественно-позитивное право: введение в теорию. Красноярск, 2004.

³⁵³ О соотношении судебного усмотрения и законности при отправлении правосудия см. подробнее: Абушенко Д.Б. Судебное усмотрение в гражданском и арбитражном процессе. М., 2002; Барак А. Судейское усмотрение / Пер. с англ. М., 1999; Кажлаев С.А. Судебное усмотрение в деятельности Конституционного Суда РФ // Журнал российского права. 2003. № 11. С. 153-160; Сенякин И.Н. Судебное усмотрение в частном праве // Вестник Саратовской государственной академии права. 2002. № 3. С. 72-76.

³⁵⁴ См., например: Гук П.А. Судебный прецедент как источник права. Пенза, 2003; Загайнова С.К. Судебный прецедент: проблемы правоприменения. М., 2002; Морозова Л.А. Еще раз о судебной практике как источнике права // Государство и право. 2004. № 1. С. 19-23; Спектор Е.И. Судебный прецедент как источник права // Журнал российского права. 2003. № 5. С. 86-96.

³⁵⁵ См. подробнее: Чечулина А.А. Концепция правозаконности и судебная власть // Право и политика. 2004. № 5. С. 15-20.

тескье, который называл их устами закона и считал их уровень ниже уровня законодательных органов, ныне ... оказывают существенное влияние на направление законодательства и эффективность Конституции»³⁵⁶.

Конструкция правовой законности доказывает необходимость активной позиции суда по отношению к праву, которая позволяет ему создавать нормы – чаще всего негативного характера (т.е. отменяющие другие нормы, содержащиеся в законах и подзаконных актах), но иногда и позитивные (например, когда Конституционный Суд дает официальное толкование Конституции, он по сути дела создает новые нормы права). Как пишет Ю.И. Стецовский, «суд должен решать вопросы о праве, обеспечивать верховенство права и конституции в деятельности власти, быть сдерживающим фактором против нарушений права со стороны не только исполнительной, но и законодательной власти. Если суд общей юрисдикции не может говорить «о том, что есть право», то вряд ли он может считаться независимым судом»³⁵⁷.

Не нужно усматривать в таком теоретическом различии неприменное противопоставление права и закона как неких самостоятельных явлений, хотя в истории правовой мысли известны и такие варианты восприятия права и закона³⁵⁸. Постсоветская политико-правовая теория не противопоставляет право и закон, но различает правовые и неправовые (и противоправные) законы, правовые и неправовые нормы, выраженные в форме закона. Право как самостоятельное социальное явление нельзя объяснить в рамках силовой или моральной или иной неправовой парадигмы. Сущность права не сводится к официальному принуждению или насилию.

Государственное принуждение в той или иной мере всегда присутствует в сфере права, но оно выполняет чисто инструментальную функцию. Оно необходимо ради защиты права от нарушений, т.е. ради защиты правовой свободы. Законы являются «позитивным правом» не потому, что они подкреплены властным принуждением, а потому, что они обладают правовым содержанием. Критерием различения правовых и правонарушающих законов выступают естественные и неотчуждаемые права человека. Законы, как показывает российская история, могут быть крайне жестокими, несправедливыми, неоправданно ограничивать, а то и отменять права и свободы человека и гражданина³⁵⁹. Законы, нарушающие права человека, – это не «позитивное право», а противоправные, правонарушающие законы.

Обосновывая правозащитную роль суда, вместе с тем необходимо отметить, что в последние годы в нашу действительность вносится другая крайность. Требуется серьезного осмысления и законодательного закрепления вопрос о пределах властных полномочий суда, который напрямую корреспондируется с конституционным правом граждан на судебную защиту. Призывы

³⁵⁶ Шайо А. Самоограничение государственной власти (краткий курс конституционализма) / Пер. с венгр. М., 2001. С. 101.

³⁵⁷ Стецовский Ю.И. Судебная власть. М., 1999. С. 83.

³⁵⁸ Четвернин В.А. К вопросу о типологии правопонимания // История государства и права. 2003. № 6. С. 3-6.

³⁵⁹ Ячменев Ю.В. Правда и закон. Из истории российского правоведения. СПб., 2001.

об универсальном, всеобъемлющем характере судебной защиты уже доведены до абсурда. Сейчас наблюдается некий «защитительный бум»: в суды со ссылкой на статью 46 Конституции РФ обращаются все, по всем вопросам, без всяких ограничений и даже в том случае, когда принадлежащие им права, свободы и охраняемые законом интересы непосредственно не нарушены. На наш взгляд, законодательное дозволение судебной защиты не может быть беспредельным. Огульное смещение акцентов правоохранительной деятельности государства только на судебную систему не оправданно как с теоретической, так, еще более, и с практической позиции³⁶⁰. Поэтому сейчас следует более четко определиться в предмете и параметрах судебной защиты, соотнести их с теми реальными возможностями, которыми располагает государство по кадровому и ресурсному обеспечению судебной системы.

Судебный порядок рассмотрения и разрешения социальных конфликтов, обоснованности и правомерности тех или иных ограничений принадлежащих гражданину субъективных прав, ограждение от преступных и иных противоправных посягательств в условиях гласности, состязательности, обеспечения права на квалифицированную юридическую помощь и защиту при равноправии сторон и беспристрастности судей, при отсутствии ограничений в праве обращения за судебной защитой – все это в комплексе формирует наиболее надежную процедуру обеспечения правовой защищенности личности, укрепления законности и правопорядка. Возможность беспрепятственного использования гражданином судебной защиты своих прав и свобод является признаком демократичности общества, воплощением в общественной и государственной жизни принципов правового государства.

Основными направлениями повышения эффективности правозащитной деятельности судебных органов является упрощение судебной процедуры, доступа к правосудию, улучшение управления судебной системой, процедурная и финансовая доступность обращения граждан в суд, обеспечение личной безопасности судей и служащих суда. Однако для успешной действительной защиты прав граждан в нашей стране требуется не только хорошее функционирование судебной системы, но и совершенствование российского законодательства, четко отлаженная процедура внедрения этого законодательства в жизнь, организация реализации законов на всех уровнях исполнительной власти, всеми должностными лицами и гражданами России, развитие и повышение эффективности гарантий осуществления прав и свобод граждан, обеспечение механизмов восстановления нарушенных прав, выявление и устранение причин и условий, способствующих совершению правонарушений, укрепление правовой базы в построении органов государственной власти, местного самоуправления и управления, обеспечение законности и открытости их деятельности, подконтрольность государственных институтов гражданскому обществу.

³⁶⁰ См.: Синюков В.Н., Синюкова Т.В. К вопросу о российской правовой доктрине в XXI веке // Вопросы теории государства и права. Межвуз. сб. науч. тр. Выпуск 2 (11) / Под ред. М.И. Байтина. Саратов, 2000. С. 58.

Глава 17. Эмпирические и теоретические методы исследования административного права. (Юсупов В.А.)

Аннотация

В статье изложены основные эмпирические и теоретические методы изучения административного права. Дана характеристика содержания этих методов.

Ключевые слова: эмпирические методы; эксперимент в процессе познания административного права; теоретические методы; абстрагирование в процессе создания теории административного права; соотношение философии и теории административного права.

Annotation

The article outlines the main empirical and theoretical methods for studying administrative law. The characteristics of the content of these methods.

Keywords: empirical methods, an experiment in the learning process of administrative law, theoretical methods, abstraction in the process of developing a theory of administrative law relation of philosophy and theory of administrative law.

Наука административного права довольно широко использует эмпирические методы познания различных форм административно-правовых явлений и процессов их развития. Осуществляется это путём наблюдений, предпринимаемых как в процессе научного поиска, так и в процессе ознакомления с развитием тех или иных административно-правовых форм для потребностей практического руководства участников административно-правовых отношений.

В философской литературе научное наблюдение характеризуется как «целенаправленное, систематическое и организованное восприятие изучаемых предметов и явлений».³⁶¹ Действительно, ученый, ставя перед собой определенную цель, предпринимает мыслительные или экспериментальные действия, выдвигает гипотезы, анализирует теории, формирует собственную систему взглядов.

Эмпирическое познание административного права путем наблюдения осуществляется в форме изучения содержания нормативных правовых актов, актов применения норм административного права, а также уяснения конкретных субъективных прав и обязанностей участников административных правоотношений. В административно-правовой науке наблюдение характеризуется следующими признаками. Прежде всего, оно носит *целенаправленный характер*. Эта целенаправленность может быть ориентирована на понимание сущности и содержания норм административного права и актов их

³⁶¹ Рузавин Г. И. Методология научного познания. – М, 2005. – С. 39.

применения. В этом случае исследователь выявляет особенности гипотезы, диспозиции, а если таковая имеется, то и санкции нормы административного права, уясняет смысл акта применения нормы административного права и обстоятельств его возникновения. Целенаправленность наблюдения может иметь место тогда, когда исследователь сформулировал задачу убедиться в достоверности имеющейся в арсенале науки административного права теории или построить свою систему идей. Наконец, целенаправленность наблюдения может предполагать политические цели. Административное право чрезвычайно тесно связано с политикой. Административно-правовые отношения переплетаются с политическими отношениями. Отсюда, целенаправленность наблюдения часто предполагает объяснение, разъяснение, подтверждение поставленных политических целей и задач.

Разумеется, целенаправленность научного наблюдения в административно-правовой науке опирается на сложившиеся гипотезы или теории, которые сознательно используются исследователем для достижения своих познавательных целей. Следовательно, можно заключить, что научное наблюдение неизменно *опирается на определенную теоретическую базу*.

Научные наблюдения всегда носят *систематический и упорядоченный характер*. Как правило, ученый ставит перед собой определенную исследовательскую задачу, вырабатывает план своей работы и последовательно анализирует разные формы административно-правовой материи, выявляет закономерности их развития и формирует свои гипотезы, теории или опровергает уже созданные гипотезы и теории. Но часто научные наблюдения имеют характер сопутствующих. Вот яркий пример. И. Н. Барциц в монографии «Реформа государственного управления в России. Правовой аспект»³⁶² поставил задачу исследовать проведение административной реформы в Российской Федерации, которая началась в 2001 году, с момента утверждения Президентом Российской Федерации 15 августа 2001 года Концепции реформирования системы государственной службы и Федеральной программы «Реформирование государственной службы Российской Федерации (2003 – 2005 годы)».³⁶³ Анализируя процесс осуществления реформы государственной службы, внедрения в процесс государственного управления административных регламентов и процедур, И. Н. Барциц обращает внимание на отсутствие административных правовых норм, регулирующих механизм взаимодействия органов государственного управления Российской Федерации и ее субъектов. Это наблюдение позволило ему сформулировать идею о необходимости разработки и принятия двух федеральных законов: «О взаимодействии органов государственной власти Российской Федерации и органов государственной власти субъектов Российской Федерации при реализации полномочий по

³⁶² Барциц И. Н. Реформа государственного управления в России: правовой аспект. -М., 2008.

³⁶³ // Собрание законодательства Российской Федерации. – 2002. – № 47. – Ст. 4664.

предметам совместного ведения» и «Об основных принципах федеративных экономических отношений в Российской Федерации».³⁶⁴

Научные наблюдения процессов развития административно-правовой материи требуют научной интерпретации их результатов. Здесь мы вынуждены иметь дело с так называемыми ценностными отношениями и определенными субъективными установками исследователя. Было бы идеальным освободиться от субъективного фактора. Г. И. Рузавин пишет: «Поскольку наблюдения служат, с одной стороны, основой для построения гипотез, а с другой – средством для их эмпирической проверки, то они дают результаты, которые не должны зависеть от воли, желания и намерений субъекта. Эти результаты должны быть воспринимаемы любым исследователем, который знаком с соответствующей проблемой».³⁶⁵ Не учитывать, однако, субъективный фактор в исследовании административно-правовых явлений нельзя. В процессе интерпретации данных об административном праве этот субъективный фактор проявляется через личностное восприятие исследователя. Так, если мы стоим на позициях нормативистской теории административного права, то для нас совокупность норм административного права является синонимом административного права. Другое дело, когда мы говорим, что понятие «административное право» должно рассматриваться как категория, обозначающая и нормы административного права, и административные акты применения норм административного права, и субъективные административные права и обязанности субъектов административных правоотношений. Эта концептуальная разница будет оказывать влияние на интерпретацию данных наблюдений и выводы исследователя.

Мы здесь не касаемся обыденного наблюдения, присущего обывателю. Его восприятие административного права уходит своими корнями в социологию и психологию административного права, которые являются предметом особого внимания. Однако в реальности нельзя не отметить не только несовпадение, но и известную конфликтность в процессе обыденного и научного наблюдения, а тем более в научной и обыденной интерпретации эмпирического опыта, данных наблюдений. Г. Д. Гурвич в своей работе «Юридический опыт и плюралистическая философия права» писал: «...нравственный опыт, который в определенном смысле близок к опыту юридическому, сам по себе довольно – таки драматичен: воспринимаемые в рамках наших индивидуальных или коллективных действий, различные нравственные ценности, ценности себя самого и ближнего, индивида и группы, семьи и работы, нации и международного сообщества равнозначны и несводимы друг к другу. Абсолютная неповторимость, партикулярность и полная индивидуализация моральных ценностей, которые не допускают ничего типичного и всеобщего, еще более обостряют конфликты».³⁶⁶

³⁶⁴ Барциц И. Н. Реформа государственного управления в России: правовой аспект. – С. 406.

³⁶⁵ Рузавин Г. И. Методология научного познания. – С. 41.

³⁶⁶ Гурвич Г. Д. Философия и социология права. Избранные сочинения. – СПб., 2004.-С. 262.

Как пишет Г. И. Рузавин, научное наблюдение выполняет три основные функции.

«Первая и важнейшая из них, – говорит он, – состоит в получении той эмпирической информации, которая необходима для постановки новых проблем, возникающих с обнаружением несоответствия между новыми фактами и старыми способами их объяснения <...>. Вторая функция наблюдения связана с эмпирической проверкой гипотез и теорий, которую нельзя провести с помощью эксперимента <...>. Третья функция заключается в том, что в процессе проверки гипотез и теорий именно их эмпирически *проверяемые* следствия соотносятся с непосредственно наблюдаемыми *фактами*, которые формулируются на языке наблюдений».³⁶⁷

Особой формой эмпирического познания административного права является эксперимент. Эксперимент в административном праве неразрывно связан с экспериментом в государственном управлении. Наше государство имеет некоторый исторический опыт проведения экспериментов в государственном управлении. В частности, интересным представляется эксперимент реорганизации в 1927 году народного комиссариата почт и телеграфов и народного комиссариата путей сообщения, который осуществлялся при участии Института техники управления. В результате эксперимента был устранен параллелизм в работе структурных подразделений этих органов, ликвидированы лишние функции, улучшены методы работы и сокращены штаты. В 1929 году были на основе выводов эксперимента разработаны и приняты положения об этих двух органах.³⁶⁸ Опыт реорганизации наркоматов путей сообщения, почт и телеграфов послужил хорошим подспорьем в работе по совершенствованию других органов отраслевого управления.

В 1929 году задачи осуществления первого пятилетнего плана выдвинули необходимость совершенствования структуры местного советского аппарата. В июле 1929 года ЦИК и СНК СССР приняли постановление «Об опытно-показательных округах», в котором было сказано: «Признать целесообразным проведение в виде опыта в пяти округах реорганизации окружно – районной системы управления путем передачи значительной части оперативных функций, выполняемых окружным аппаратом, районным исполнительным комитетам, а выполняемых районным аппаратом – сельским Советам».³⁶⁹ На основе предложения ЦКК и НК РКИ были проведены опытные преобразования окружно – районной системы управления в шести округах: три округа в РСФСР (Челябинский, Курский, Армавирский), два округа в УССР, один округ в Белорусской ССР. В ходе экспериментальной реорганизации ликвидировались отделы окружного исполкома: местного хозяйства (коммунального), промышленности (совет народного хозяйства), земельного, торговли, финансов, народного образования, здравоохранения, социального

³⁶⁷ Рузавин Г. И. Методология научного познания. – С. 44 – 45.

³⁶⁸ // Собрание законодательства СССР. – 1929. – № 22. Отдел первый. – Ст. 192; № 32. Отдел первый. – Ст. 287.

³⁶⁹ // Собрание законодательства СССР. – 1929. – № 45. Отдел первый. – Ст. 389.

обеспечения, труда, статистического, административного и организационного. Взамен их при президиуме окружного исполкома были созданы: отдел инспекции (инспекторы), плановое бюро, статистическое бюро, единая бухгалтерия, общая канцелярия. Это привело к сокращению штатов, гибкости окружного исполнительно-распорядительного аппарата, передаче местным Советам функции руководства всей хозяйственной и культурной жизнью на местах.³⁷⁰ Впоследствии итоги этого эксперимента были использованы для проведения общегосударственной реформы по ликвидации округов и укреплению районов.

Экспериментальные нормы административного права стали основой и прообразом нормативного административно-правового обеспечения преобразования всей системы местных органов государственного управления.

В основе проведения эксперимента лежат определенные гипотезы. Еще В. А. Пертцик отмечал, что в деле государственного строительства и в области законодательной деятельности наиболее важными для экспериментальной проверки являются те гипотезы, которые касаются: а) совершенствования организации, структуры и методов работы государственных органов; б) форм привлечения масс к работе государственного аппарата; в) выбора оптимального содержания и форм некоторых нормативных актов; г) выбора способов обеспечения реализации права; д) определения гипотез и санкций правовых норм.³⁷¹

При осуществлении эксперимента в системе государственного управления и создании экспериментальных норм административного права приходится учитывать перестройку всей системы организационных связей между системой органов государственного управления и создаваемыми в порядке эксперимента органами. Такой пример, мы имеем в ходе эксперимента по преобразованию организации управления промышленностью СССР в двух-, трехзвенную систему в 1970-1973 гг.³⁷²

Проведение экспериментов в государственном управлении и системе норм административного права предполагает серьезную работу по созданию механизма административно-правового регулирования как экспериментальных организационных управленческих отношений, так и связанных с ними постоянно действующих систем управления. Это объясняется тем, что в ходе эксперимента объект эксперимента не исключается из системы государственного управления, а функционирует в его структуре.

Эмпирические методы познания административного права лежат в основе разработки теоретических конструкций, а в последующем -и создания теорий. Наблюдение как ознакомление с содержанием норм административного права, актов их применения и субъективных прав и обязанностей участников

³⁷⁰ Иконников С. Н. Создание и деятельность объединенных органов ЦКК – РКИ в 1923 – 1934 гг. – М.: Наука, 1971. -С. 209 – 210.

³⁷¹ Пертцик В. В. Проблемы местного самоуправления в СССР. Труды Иркутского ун-та. XXXII. Вып. 6. Ч. II. – 1963. – С. 297 – 299.

³⁷² // Собрание постановлений Партии и Правительства СССР. – 1970. – №10.- Ст.76;1973.-№7.-Ст.31.

административных правоотношений позволяет выделить отдельные элементы административно-правовой системы. Это, в свою очередь, на стадии анализа дает возможность исследователю сформулировать понятия, категории и суждения. Вслед за этим понятия, категории и суждения проходят стадию синтеза и преобразуются в сложившуюся систему взглядов – теорию.

На стадии анализа административно-правовых форм происходит абстрагирование, отвлечение от реальности, формирование особых образов реальности. В философской литературе выделяют разные виды абстрагирования.³⁷³ Первый из них – *абстракция отождествления*. Суть ее в том, что исследователь выделяет из предметов определенного класса некие общие свойства. Например, при анализе положений об органах государственного управления выделяются отдельные разделы этих актов, абстрагируется новая их структура, которая рассматривается как идеальная модель, прообраз структуры предполагаемых усовершенствований.

Другой формой абстрагирования может быть *изолирующая абстракция*, позволяющая концентрироваться только на отдельных элементах действительности. Например, при исследовании эффективности административно-правовых санкций нет необходимости анализировать гипотезу или диспозицию нормы административного права. Мы логическим путем вычленим санкцию и осуществляем процесс аналитического осмысления, сопоставляем с социальными факторами ее применения в конкретных ситуациях. Такой анализ позволяет абстрагироваться и сформулировать предложение по усовершенствованию санкции.

Как особую разновидность абстрагирования Г. И. Рузавин выделяет *процесс идеализации*, который, по его мнению, «представляет собой предельный переход от реально существующих свойств явлений и процессов к свойствам идеальным».³⁷⁴ Например, можно предположить наличие идеального субъекта административного права, отчетливо понимающего свои административные права и обязанности, беспрекословно и в полном объеме во всякое время их осуществляющего.

Абстрагирование в процессе познания административного права дает возможность формулировать догадки, предположения или создавать гипотезы. Последние требуют соотнесения с действительностью, то есть некоей возможностью объяснить конкретные факты или процессы. Гипотезы должны быть совместимы с существующим научным знанием, уточнять или изменять его.

Конечной целью познания административного права является создание на основе понятий, суждений и гипотез единой концептуальной системы взглядов – теории. В широком смысле понятие «теория» обозначает «комплекс взглядов, представлений, идей, направленных на истолкование и объяснение какого-либо явления: в более узком и специальном смысле – высшая, самая развитая форма организации научного знания, дающая целостное

³⁷³ См.: Рузавин Г. И. Методология научного познания. – С. 59 – 60.

³⁷⁴ Там же. – С. 60.

представление о закономерностях и существенных связях определенной области действительности – объекта данной теории».³⁷⁵ Теория строится на основе эмпирического знания путем его осмысления, выработки соответствующих понятий, умозаключений, законов и принципов.

Как правило, теории связаны либо с объектом познания, либо с отдельным аспектом рассмотрения объекта познания. Объектом познания общей теории административного права являются все формы проявления административного права: нормы административного права, акты применения норм административного права, субъективные права и обязанности участников административных правоотношений, собственно административные правоотношения. Однако в рамках этой теории могут развиваться и развиваются теория норм административного права, теория административного нормотворчества, теория административной ответственности и т. п. Отсюда следует, что общая теория административного права и частные административно-правовые теории соотносятся друг с другом как общее и частное.

В литературе предложены и другие классификации теорий. Так, Г. И. Рузавин выделяет феноменологические и нефеноменологические, детерминистические и стохастические, формальные и содержательные, позитивные и нормативные, микроэкономические и макроэкономические теории.³⁷⁶ Феноменологические теории, по мнению автора, лишь описывают наблюдаемые явления, в то время как нефеноменологические теории имеют своей целью объяснить наблюдаемые явления и процессы. Детерминистические теории обеспечивают достоверные предсказания, стохастические – лишь вероятностные. Формальные теории исследуют общую структуру, содержательные – рассматривают содержание предметов и явлений. К позитивным теориям Г. И. Рузавин относит такие теории, в которых делаются утверждения, относящиеся к фактическому состоянию процессов или явлений. Нормативные же теории предполагают определенную оценку предметов, явлений или процессов, включая ценностные ориентации ученого, его взгляды и мировоззрение. Наконец, микроэкономические и макроэкономические теории, соответственно, охватывающие отдельные элементы экономических систем или экономическую систему в целом.

Мы можем обратиться к этой классификации с тем, чтобы определить, что должна представлять собой общая теория административного права, которая пока находится на стадии формирования. Она должна быть нефеноменологической, то есть, объяснять административно-правовые явления и процессы их развития; детерминистической, то есть, обеспечивать достоверные предсказания, сочетать в себе элементы формальные и содержательные, и, наконец, носить позитивный характер.

Есть вопрос, который нельзя обойти в настоящем исследовании. Это вопрос о соотношении философии административного права и общей теории

³⁷⁵ Философский энциклопедический словарь. – С. 676.

³⁷⁶ Рузавин Г. И. Методология научного познания. – С. 86 – 92.

административного права, обусловленный наличием разных подходов к философии права как таковой.

В конце XIX века и в первой половине XX века в отечественной науке наблюдается всплеск интереса к философии права. Опираясь на труды Гегеля, Канта, Когена, Меркеля, Штиммера и других философов, российские ученые Н. Н. Алексеев, Г. Д. Гурвич, И. К. Ильин, Б. А. Кистяковский, Н. Н. Новгородцев, П. А. Сорокин и ряд других разрабатывают идеи о роли и значении философии права. Б. А. Кистяковский подчеркивал: «...различные представители общей теории права для того, чтобы придти к научному познанию права, должны искать опоры в отдельных специальных гуманитарных науках, то есть или в социологии, или в психологии, или в юридической догматике. При посредстве их они сообщают науке о праве более существенное содержание, чем-то, какое могут дать одни обобщения. Но так как ни одна из этих наук не имеет никакого преимущества перед другой и перед самой наукой о праве, и так как возможность ориентировать науку о праве на каждой из гуманитарных наук в отдельности создает не только возможность, но и методологическую обязанность ориентировать эту науку на всей совокупности гуманитарно-научного знания, то это и привело нас к убеждению, что мы должны искать опоры в философии».³⁷⁷ Г. Д. Гурвич определил главную задачу философии права. В своем знаменитом труде «Юридический опыт и плюралистическая философия права» он подчеркивал, что на философию права «...возложена задача осуществления инверсии и редукции, которые необходимы для очищения обыденного юридического опыта от корки концепций и интересов путем актуализации непосредственного юридического переживания, скрытого в основании такого опыта».³⁷⁸

В советское время в России долгое время не проводились исследования по философии права, а тем более философии административного права вплоть до выхода в 1972 году монографии Д. А. Керимова «Философские проблемы права», а позднее его монографии «Философские основания политико-правовых исследований».³⁷⁹ Хотя они были написаны с позиций марксистско-ленинской философии, в них содержалось много рациональных идей. Так, Д. А. Керимов исследовал содержание и форму права, отдельное, особенное и общее в праве, цель в праве, методологические основы познания права как онтологического явления. Вслед за исследованиями Д. А. Керимова вышла в свет работа В. С. Нерсесянца «Философия права», в которой автор определил задачу философии права как самостоятельной научной дисциплины следующим образом: «...философия права призвана выполнять ряд существенных общенаучных функций методологического, гносеологического и аксиологического характера как в плане междисциплинарных связей

³⁷⁷ Кистяковский Б. А. Философия и социология права. – С. 232.

³⁷⁸ Гурвич Г. Д. Философия и социология права. Избранные сочинения. – С. 278-279.

³⁷⁹ Керимов Д. А. Философские проблемы права; его же. Философские основания политико-правовых исследований. – М, 1986.

юриспруденции с философией и рядом других гуманитарных наук, так и в самой системе юридических наук».³⁸⁰

Следует отметить, что выход в свет этих произведений вызвал негативную реакцию некоторых представителей общей теории государства и права, которые остаются на прежних позициях марксистско-ленинского понимания соотношения философии и общей теории государства и права. Наиболее ярко это проявилось в монографии

В.М. Сырых, который включил в структуру общей теории права в качестве самостоятельного элемента философское основание, понимаемое им «как система философских знаний, на которой основывается мировоззренческая гносеологическая и методологическая позиция авторов соответствующей теории (школы) направления права».³⁸¹

Нет сомнения, что в познании права, в том числе административного, мировоззрение исследователя имеет определенное значение. Но оно не влияет и не должно влиять на содержание и итоги научного поиска. Научные теории, как отмечает Г. И. Рузавин, должны осуществить три главные функции: анализировать, классифицировать и систематизировать многочисленные факты и фрагменты научных знаний; истолковывать и объяснять факты действительности и, наконец, предсказывать новые результаты и тем самым прогнозировать будущее развитие событий.³⁸²

Если мы обратимся к общей теории административного права, то ее формирование сегодня идет путем реализации именно этих функций. При этом она базируется на достижениях отдельных комплексов знаний об административном праве: теории административно-правового регулирования государственно-управленческих отношений, теории административной юстиции, теории административных споров, теории административной ответственности; и представляет собой теорию об общих закономерностях регулирования административно-правовыми методами общественных отношений. Что же касается философии административного права, то именно она должна определить место общей теории административного права в системе наук об обществе и совместно с социологией и психологией административного права показать сложную структуру административно – правовых форм, состоящих не только из чистой юридической материи, но и из чувств, эмоций, интересов, целей, психологических конфликтов и противоречий. Философия административного права, как и любая наука обобщающего характера, должна также охватить движение административно-правовой материи как на макроуровне, так и на микроуровне. Именно с помощью философско-правовых исследований возможно понять и объяснить колебания государственного административно-правового влияния на общественные процессы от высшей точки принудительного воздействия до низшей точки ослабления такого воз-

³⁸⁰ Нерсесянц В. С. Философия права. – С. 16.

³⁸¹ Сырых В. М. Логические основания общей теории права. Т. 1. Элементный состав. – М., 2004. – С. 503.

³⁸² Рузавин Г. И. Методология научного познания. – С. 106 -107.

действия в определенные исторически довольно большие промежутки времени. Наконец, философия административного права может дать ответ на вопросы о том, какова социальная структура правоотношения, каким образом интересы одних людей оказывают влияние на административные нормотворческие процессы. Как справедливо отметил В. С. Нерсесянц, философия права «занимается исследованием смысла права, его сущности и понятия, его оснований и места в мире, его ценности и значимости, его роли в жизни человека, общества и государства, в судьбах народов и человечества».³⁸³ Это в полной мере следует отнести и к философии административного права.

³⁸³ Нерсесянц В. С. Философия права. – С. 7.

Раздел II. Сравнительное правоведение

Глава 1. Права человека и империализм (Барри Коллинз)

Human Rights Imperialism in the Occupation of Iraq; The Case of R (Al-Skeini) v. Secretary of State for Defence (Barry Collins)

Аннотация

В статье Барри Коллинза «Права человека и империализм» в оккупации Ирака; дело Эл-Скейни против министра обороны» рассматривается употребление термина «права человека и империализм», который, как считает автор, с одной стороны широко используется для критики рассуждений о ненадлежащем применении прав человека. Обычно он применяется, когда западные нормы прав человека навязываются постколониальным обществам, не учитывая их культурные и исторические особенности. Иногда этим термином пользуются совершенно legitimately, описывая отрицание законодательства колонии, которое не адаптировалось к западным концепциям частного права. В этом смысле, термин «империалистические права человека» иногда используется, чтобы дать понять как рассуждения о правах человека применяются западными государствами в своих собственных стратегических интересах или жульнически подают западные ценности в развивающихся странах. С другой стороны, статьи прав человека также используются, чтобы оправдать экономическое и политическое вмешательство Запада в дела бывших колоний.

Ключевые слова: Права человека и империализм, империалистические права человека, постколониальное общество, контроль НАТО, страсбургский суд, Палата Лордов, Европейской Конвенции, Европейский суд

The term “Human Rights Imperialism” is one that is employed extensively to criticise the inappropriate use of Human Rights discourse. It is typically invoked when Western human rights norms are imposed upon post-colonial societies without due sensitivity to cultural or historical particularities. Sometimes the term is used, quite legitimately to describe the abnegation of colonised legal systems that fail to conform to Western conceptions of individual rights. In this sense, the term “human rights imperialism” is one that is sometimes used to describe the way in which human rights discourse gets co-opted by western states as a means of promoting their own strategic self interest or to describe the inappropriate imposition of western values on developing nations.³⁸⁴

Without doubt, however, the language of human rights has also been used to justify all manner of Western economic and political interference in post-colonial

³⁸⁴ Conor Foley, *Beware Human Rights Imperialism*, *The Guardian*, Tuesday 23 June 2009

countries.³⁸⁵ In relation to the occupation of Iraq, for example, one cannot but be aware of the polemical role that has been played by the discourse of human rights and democracy in the justification of the invasion.³⁸⁶ (Indeed, human rights discourse played a long-standing role in Western policy relating to the Saddam Hussein regime, as can be seen in 1989, for example, when the White House signed a National Security Directive which declared that “Human Rights considerations” were “an important part in our policy towards Iraq.”)³⁸⁷ However, in the aftermath of the second gulf war, as justifications based on Iraq’s possession of weapons of mass destruction revealed themselves to be untenable³⁸⁸, human rights arguments were invoked as a retrospective justification for the invasion, although these had not been central to the justification in international law provided by the United States to the United Nations prior to the invasion.

The tactical deployment of human rights discourse by the United States and the United Kingdom to retrospectively justify the invasion of Iraq gives us good cause not to be starry-eyed about the discourse of human rights. However, one should be equally sceptical about governments who too readily deride the scrutiny of human rights institutions as “human rights imperialism”. Additionally, the term “human rights imperialism” has sometimes been used illegitimately to defend cultural practices that, for example, disadvantage women and minorities. As a rhetorical tool, the term has particular resonance in post-colonial countries, as it situates contemporary human rights interventions as part of a continuous historical pattern of Western colonial domination. To call human rights a form of imperialism is a powerful rhetorical device that should be used cautiously. The language of “human rights imperialism”, when invoked, should always be subject to the most careful critical scrutiny, so that it does not become a cloak for oppression. At the very least, its invocation should be made in a way that remains conscious of the lively debates that take place around its use and its context.³⁸⁹

One of the more important legal cases concerning the conduct of British forces in Iraq that took place in the United Kingdom was the controversial case of *R (Al-Skeini) v Secretary of State for Defence*³⁹⁰. In this case, the phrase “human rights imperialism” was used by the United Kingdom House of Lords in a surprising manner as part of a justification by the court to bring British forces in Iraq under the scrutiny of the European Convention on Human Rights (ECHR). This

³⁸⁵ Bonny Ibhawoh, *Colonial Discourses of Rights and Liberties in African History*, (Albany, NY: State University of New York Press, 2007)

³⁸⁶ David Chandler, *From Kosovo to Kabul: Human Rights and International Intervention*, (London: Pluto Press, 2002).

³⁸⁷ National Security Directive 26, White House 2, October 1989.

³⁸⁸ Jean Bricmont, *Humanitarian Imperialism: Using Human Rights to Sell War*, (New York: Monthly Review Press, 2006) See also Jean Bricmont, “Humanitarian Imperialism”, *Znet*, (January 11, 2006) <http://www.zcommunications.org/humanitarian-imperialism-by-jean-bricmont-1>

³⁸⁹ See Sohrab Ahmari, “Beware those who sneer at ‘human rights imperialism’” *The Guardian*, Tuesday 4 January 2011 and Stephen Kinzer, “End human rights imperialism now.”, *The Guardian*, Friday 31 December 2010.

³⁹⁰ *R (Al-Skeini) v. Secretary of State for Defence* [2007] UKHL 26, [2007] 3 WLR 33, [2007] 3 All ER 685, also available online at www.bailii.org/uk/cases/UKHL/2007/26.html.

chapter will criticise the deployment of the term by the House of Lords in that case. *R (Al-Skeini) v Secretary of State for Defence* involved a number of killings committed by British forces during the British occupation of the city of Basra subsequent to the invasion of Iraq. The case was taken by relatives of the deceased with the support of a number of Human Rights Non-governmental organisations. The case involved six applicants in total. Five of these were individuals who were shot and killed by British forces on the streets of Basra. The sixth, Mr Baha Mousa, was a taxi driver who was beaten to death while in British military custody.

The case sought to hold the United Kingdom government accountable for these killings using the ECHR. The ECHR was effectively incorporated into domestic British law since the important *Human Rights Act, 1998*. Section 6(1) of that legislation makes it "unlawful for a public authority to act in a way which is incompatible with a Convention Right." The armed forces can be considered a public authority for the purposes of the *Human Rights Act, 1998*. Furthermore, Section 2(1) of the Act provides that "A court or tribunal determining a question which has arisen in connection with a Convention right must take into account any judgement, decision, declaration or advisory opinion of the European Court of Human Rights...."

The applicants sought redress under Article Two of the ECHR, which guarantees the Right to Life.³⁹¹ The main legal issue before the court was whether, using the *Human Rights Act, 1998*, the ECHR could be applied in territory which was outside the United Kingdom but occupation by British forces (in this case, Southern Iraq). The implication of such a liability would have been considerable, as it would potentially have brought British armed forces serving overseas within the remit of the *Human Rights Act, 1998* and have given new rights to those who are adversely affected by their actions.

In *R (Al-Skeini) v Secretary of State for Defence*, the majority House of Lords judgment examined the jurisprudence of the European Court of Human Rights on this matter and concluded that the ECHR could be applied extra-territorially in only very limited circumstances. In general, the court said, the ECHR could not be extended to have jurisdiction over territory outside that of the member states of the Council of Europe. Although Baha Mousa his case, the five applicants who were shot by British armed forces consequently lost their case.

The House of Lords based its reasoning primarily on the case of *Bankovic and Others v Belgium and Others*.³⁹² In this case, the Grand Chamber of the European

³⁹¹Article Two of the European Convention on Human Rights, the Right to Life, provides that:

1. "Everyone's right to life shall be protected by law. No one shall be deprived of his life intentionally save in the execution of a sentence of a court following his conviction of a crime for which this penalty is provided by law.

2. Deprivation of life shall not be regarded as inflicted in contravention of this article when it results from the use of force which is no more than absolutely necessary:

- a. in defence of any person from unlawful violence;
- b. in order to effect a lawful arrest or to prevent the escape of a person lawfully detained;
- c. in action lawfully taken for the purpose of quelling a riot or insurrection.

³⁹² *Bankovic and Others v. Belgium and 16 Other Contracting States*, Application No. 52207/99 (December 12, 2001).

Court of Human Rights dismissed an application by the relatives of those who were killed in the 1999 NATO bombing of the Radio Television of Serbia building in Belgrade. The court in *Bankovic v Belgium* took a “spatial” approach to the question, and considered that extra-territorial jurisdiction had to be based essentially on territorial control. In *R (Al-Skeini) v Secretary of State for Defence*, Lord Brown (for the majority judgment) said there was a general rule that jurisdiction based on territorial control would only apply within the legal space (*territoire juridique*) of the “contracting states” (i.e.: the territory of Council of Europe countries. As a general rule, this meant that extra-territorial jurisdiction would normally only be permissible, where one signatory state commits a human rights abuse in the territory of another, and the “inhabitants would have found themselves excluded from the benefits of the Convention safeguards which they had previously enjoyed.”³⁹³

For this interpretation, the House of Lords drew on the case of *Cyprus v Turkey*³⁹⁴, a case which considered the human rights abuses committed by Turkey subsequent to its 1974 invasion of Northern Cyprus. The crucial detail is that both Cyprus and Turkey had been signatories to the ECHR at the time of the invasion. The European Court of Human Rights in *Cyprus v Turkey* said that extra-territorial jurisdiction was permitted in that case to avoid a “regrettable vacuum” that would be left by another signatory state’s loss of control over territory. Citizens of Cyprus could not be deprived of their already existing rights under the ECHR as a result of Turkey’s invasion.

However, the House of Lords in *R (Al-Skeini) v Secretary of State for Defence* agreed that *Bankovic v Belgium* had laid out a number of exceptional circumstances in which extra-territorial jurisdiction could be recognised by the European Court of Human Rights. These included the situation where the state “through effective control of the relevant territory and its inhabitants abroad as a consequence of military occupation or through the consent, invitation or acquiescence of the government of that territory, exercises some or all of the public powers normally to be exercised by the government of that territory.”³⁹⁵ The issue of jurisdiction is dealt with by Article One of the ECHR, which provides that State Parties shall secure to everyone “within their jurisdiction” the rights and freedoms under the Convention. However, in *Bankovic v Belgium*, the European Court of Human Rights concluded that NATO’s control over Serbian airspace was not sufficient to indicate a level of control sufficient to give rise to jurisdiction for the purposes of this Article. Article One must be considered, the Court said, to reflect “this ordinary and essentially territorial notion of jurisdiction.”

The European Court of Human Rights also returned to the question of extra-territorial jurisdiction in the case of *Issa v Turkey*.³⁹⁶ This case involved the killing of some shepherds by Turkish forces in northern Iraq. In that case, the Court said

³⁹³ *Supra*. N.7, para. 80

³⁹⁴ *Cyprus v. Turkey* (No. 25781/94)

³⁹⁵ *Bankovic and Others v. Belgium and 16 Other Contracting States*, Application No. 52207/99 (December 12, 2001), para 73.

³⁹⁶ *Issa v Turkey* (2004) 41 EHRR 567

that Article One of the ECHR “cannot be interpreted so as to allow a state party to perpetrate violations of the Convention which it could not perpetrate on its own territory.”³⁹⁷ This statement sets out an alternative general principle for establishing extra-territorial jurisdiction; one whose relevance to the *Al Skeini* case is beyond question. This principle is a far broader principle than the one in *Bankovic v Belgium* and would be far more likely to enable extra-territorial jurisdiction. In *Issa v Turkey*, the European Court of Human Rights concluded that Turkey could be considered to have exercised jurisdiction over Northern Iraq by virtue of Turkish military operations in Northern Iraq at that time. However, the applicants in *Issa* failed in their claim because, according to the court, they had failed to fulfill an evidentiary burden by failing to rebut the Turkish government’s assertion that there were no Turkish troops in the area at the time of the killings.³⁹⁸

In *R (Al-Skeini) v Secretary of State for Defence*, the House of Lords struggled to resolve the opposition between the narrow approach adopted in *Bankovic v Belgium* and the more general principle laid out in *Issa v Turkey*. It should be noted that although the European Court of Human Rights does not follow strict rules of precedent, *Issa v Turkey* was at that moment the most recent position of the European Court of Human Rights on the issue of extra-territorial jurisdiction. Furthermore it had additional weight as a full chamber decision. Despite this, the House of Lords dealt with the contradiction between these two principles by concluding that the ECHR was an essentially regional instrument that could only be exceptionally given extra-territorial jurisdiction.

In relation to the five individuals shot in the street, the House chose to adopt the same “spatial” or territorial” approach to the question of extra-territorial jurisdiction as was used in *Bankovic*. This meant that even though the United Kingdom had effective control of the territory where the killings took place as the occupying force in Southern Iraq, the court held that there was no “jurisdiction” for the purposes of the ECHR.

The House of Lords, however, adopted a different test to deal with the claim of the victim of the beating in custody, Mr Baha Mousa. In that case, the jurisdiction of the ECHR was established on the basis of an analogy with the responsibility of the state for the extraterritorial activities of its ambassadorial, consular staff, or “agents.” Extra-territorial jurisdiction had already been established on this “personal” basis in existing jurisprudence of the European Court of Human Rights.³⁹⁹ It is worth noting that in the case of Mr Baha Mousa, the United Kingdom govern-

³⁹⁷ *Supra* n. 13, para 71. The Court in *Issa v Turkey* based its reasoning on the views of the United Nations Human Rights Committee in *López v Uruguay* (29 July 1981) 68 ILR 29 and *Celiberti de Casariego v Uruguay* (29 July 1981) 68 ILR 41. It should be noted, however, that the European Court of Human Rights could not, on the facts of the case, establish that the Turkish troops had been in the area in question and so jurisdiction was not established.

³⁹⁸ See further, Kavaldjieva, Stefka, “Jurisdiction of the European Court of Human Rights: Exorbitance in Reverse?”, *Georgetown Journal of International Law*, Spring 2006. http://findarticles.com/p/articles/mi_qa4140/is_200604/ai_n17172985/

³⁹⁹ *X v. Germany*, YB 8, 158; *W. M. v. Denmark* (1992), DR 73, 193, *Öcalan v. Turkey* App. No. 46221/99.

ment had already conceded responsibility for his death after a decision of the court of first instance. In his case, the House of Lords stated that jurisdiction flowed from not from the general territorial control exercised by the occupying power, but from the full authority exercised over the person of the applicant while detained in military custody.

The Court's unanimous decision to follow the narrow interpretation of *Bankovic v Belgium* rather than the more general principle in *Issa v Turkey* seems, however to be swayed by considerations other than strict logical necessity. There has been an excellent criticism of the court's reasoning by Tobias Thienel, who argues forcefully that the *Bankovic v Belgium* and *Cyprus v Turkey* decisions do not rule out the extension of a more general "effective control" test to allow extra-territorial jurisdiction.⁴⁰⁰

In his judgement Lord Rodger, for the majority in the House of Lords, also referred to a number of additional justifications for not extending the scope of the ECHR to the British occupation of Southern Iraq beyond this minimal application of *Bankovic*. In a particularly curious passage, the House of Lords stated that "it would be "manifestly absurd" for the *Human Rights Act* 1998 to require the United Kingdom to secure in Southern Iraq the human rights guarantees of the ECHR, because the ECHR was "a body of law which may reflect the values of the contracting states, but which most certainly does not reflect those in the utterly different society of southern Iraq."⁴⁰¹ To illustrate this difference in cultural values, the Court went on to point to the particular standards that have been established by the European Court of Human Rights in relation to "such matters as the death penalty, sex discrimination, homosexuality and transsexuals."⁴⁰² Lord Rodger continued to say that to find the ECHR to apply in Iraq would be to "run the risk of human rights imperialism"⁴⁰³ This seems a particularly novel usage of the term. In this context, the term is being invoked by the occupying power as a justification for *not* extending general human rights protections to the occupied population.

However, a finding that the ECHR were to have extra-territorial jurisdiction would not necessarily imposed such stringent positive obligations on the United Kingdom government as an occupying power. The jurisprudence of the European Court of Human Rights does not require that the ECHR be applied in the same manner in Basra as in, for example, Oxford! To begin with, the rights guaranteed by the ECHR must always be applied proportionally. It is a well established principle that the cultural context of a case is always taken into account by the court in deciding whether or not the ECHR is engaged. This means that prevailing cultural, social and security conditions are considered as part of the court's calculation.

⁴⁰⁰ Tobias Thienel, "The ECHR in Iraq: the judgment of the House of Lords in R (Al-Skeini) v Secretary of State for Defence," *Journal of International Criminal Justice* (2008) 115.

⁴⁰¹ *Supra* note 7, para 78 (*per* Lord Rodger). Baroness Hale and Lord Carswell agreed, at §§ 90, 97.

⁴⁰² *Ibid.*

⁴⁰³ *Ibid.*

However, Lord Rodger's characterisation of the value system of Iraqi society as radically incompatible with European values is worthy of further scrutiny. Lord Rodger assumes that Iraqi attitudes to capital punishment are incommensurate with European human rights standards. However, the legality of capital punishment has been the subject of considerable political debate within Iraq for several years. Executions were widely used as a tool of political repression by Saddam Hussein but were then outlawed in 2003 by the Coalition Authority after the invasion. The American administrator, Paul Bremer, declared that "the former regime used certain provisions of the penal code as a means of oppression, in violation of internationally acknowledged human rights."⁴⁰⁴ However, capital punishment was then reintroduced again by the Coalition Authority in 2004. It remains on the statute books and is widely practiced. Despite this, Iraq's human rights minister declared in 2007 the government's desire to abolish the death penalty.⁴⁰⁵ A similar statement was made by the parliament of Kurdistan.⁴⁰⁶ If a hypothetical British Court had sought to limit the application of the death penalty in occupied Iraq using the ECHR, this would have been a challenge to the norms of the Coalition Authority much as to Iraqi public opinion. This is not to deny that there is much popular support for the death penalty in Iraq, as there is in the USA, or in indeed in many Western European countries; However, it is worth throwing into question the simplistic assumption that the death penalty is an essential and immutable element of Iraqi political culture in a way that is radically alien to European societal norms.

The examples selected by the court used to illustrate the inappropriateness of European Human Rights standards to Iraq (of the treatment of homosexuals, transsexuals, women and capital punishment) have nothing to do with the context of the case. These examples do not refer to either to radically different attitudes to the use of lethal force by the state or to a political culture that fails to investigate suspicious deaths, for example. Instead, true to the spirit of orientalism, they reduce differences in legal culture to cultural differences around the body, sex and sexuality.

The sweeping generalisation of the House of Lords in speaking of "Human Rights Imperialism" disregards the existence of divisions in the Iraqi public sphere on issues of sexual equality, sexuality and capital punishment. As far as the status of Iraqi women goes, there is indeed some evidence to suggest that the status of women has been diminished by the occupation. For example, there has been much criticism of post-occupation constitutional family law reforms which have diminished the autonomy and status of women.⁴⁰⁷ There has also been a dramatic in-

⁴⁰⁴ "Scores face execution in Iraq six years after invasion". *Amnesty International USA*. 2009-03-20. <http://www.amnestyusa.org/document.php?id=ENGNAU200903209818&lang=e>.

⁴⁰⁵ Laura MacInnis, "Iraq wants to abolish death penalty – minister", *Reuters*, March 14, 2007.

⁴⁰⁶ *Kurdish Globe*, 03/07/2008

⁴⁰⁷ 'National crisis' for Iraqi women, *BBC News*, Thursday, 6 March 2008, available at http://news.bbc.co.uk/1/hi/world/middle_east/7282064.stm; Somini Sengupta, "The Reach of War: The Occupation; For Iraqi Girls, Changing Land Narrows Lives", *New York Times*, June 27, 2004; "Background on Women's Status in Iraq Prior to the Fall of the Saddam Hussein Government", *Human Rights Watch Briefing Paper*, November, 2003

crease in honour killings. However, Iraqi society is not monolithic. Groups such as the Organisation for Women's Freedom in Iraq, have campaigned at great personal risk against these reforms and against the treatment of women by both Shi'ite and Sunni militias. The court's sweeping assumption about the general inappropriateness of the ECHR for Iraqi women hardly acknowledges such efforts.

As far as the rights of homosexuals are concerned, there have been many cases of homosexuals being targeted and murdered by both Sunni and Shi'ite militia groups.⁴⁰⁸ Many have fled into exile. The legal picture is complicated however. Under the Saddam-era Criminal Code of 1969 homosexual relations were lawful, but in 2001, an amendment punished them with the death penalty. This amendment was removed by the Coalition Provisional Authority in 2003, restoring the Criminal Code back to its 1969 version.⁴⁰⁹

Although it is difficult to obtain information about the status of transsexuals in Iraq, there is again evidence of increased persecution having taken place in recent years. However, again one should be cautious of broad statements about the inherently alien nature of transsexual rights in Iraq because of Iraq's close cultural ties to Iran. Iran recognises the rights of transsexuals and carries out more sex change operations than other country apart from Thailand. Furthermore, the Iranian government provides up to half the cost of the operation for those needing financial assistance.⁴¹⁰

The purpose of detailing these facts here is to demonstrate that notwithstanding the human rights challenges posed by these examples, issues as diverse as women's rights, capital punishment, gay and transgender rights cannot be casually lumped together as examples of what situates Iraqi society outside the to be outside of the scope of European human rights norms. Not only does this attitude simplify the participation and needs of women, homosexuals and transsexuals in Iraqi civil society, but it also overlooks the contested and antagonistic nature of the Iraqi public sphere. The observation that the jurisprudence of the Court does not reflect "prevailing attitudes" in Iraq on these matters is an observation that could be made equally about some of the more socially conservative countries that happen to be signatories of the ECHR. Given the degree of persecution of homosexuals and transsexuals and the challenges to women's rights, there is no reason to assume

<http://www.hrw.org/legacy/backgrounder/wrd/iraq-women.htm>; Swanee Hunt, Cristina Posa, "Iraq's Excluded Women", *Foreign Policy*, 1/7/2004.

⁴⁰⁸ See: "They Want Us Exterminated"; Murder, Torture, Sexual Orientation and Gender in Iraq" (2009). *Human Rights Watch Report*, Available at <http://www.hrw.org/en/node/85049/>. See also "Iraq: Male Homosexuality Still a Taboo.": *IRIN*, 5/2/2006, Available at <http://www.irinnews.org/report.aspx?reportid=26110>. Grand Ayatollah Sistani in 2006 issued a fatwa declaring that homosexuals and lesbians "...should be killed in the worst, most severe way possible." <http://www.sistani.org/> See further "Gay Iraqis fear for their lives", *BBC News*, 17 April 2006, <http://news.bbc.co.uk/1/hi/4915172.stm>

⁴⁰⁹ Some English language drafts of the 2005 Iraqi Constitution stated that the rights therein would not be available to "deviants", but this was removed from later drafts.

⁴¹⁰ UNHCR, *Iran Country Report*, 7th European Country of Origin Information Seminar Berlin, 11-12 June 2001 – Final report. See especially pp. 104; Robert Tait, "A fatwa for transsexuals" *Salon.com* http://dir.salon.com/story/news/feature/2005/07/28/iran_transsexuals/print.html

that the jurisprudence of the European Court of Human Rights might have contributed to the protection of marginalised groups in Iraq. However, the broad cultural generalisation made by the House of Lords sweeps aside the fact that Iraqi society is as divided on these issues as any other. The logic of the House of Lords in grouping these examples together is driven by considerations that are more cultural than legal. The court constructs a orientalist cultural picture of Iraq as an essentially alien and monolithic society; a society incapable of meaningful political debate on topics of capital punishment and sexuality; a society defined by its cultural resistance to the very concept of human rights.

This cultural construction of Iraq as an occupied country, however, has an interesting and unexpected precedent in the history of the United Kingdom's relationship to the ECHR. It is to be found in the debates leading up to the ratification of the convention in 1950 and particularly in the attitude of the United Kingdom in these debates to the nascent ECHR.⁴¹¹ In those debates, the member states of the Council of Europe were roughly divided between those who favoured a Convention based on broad general Human Rights principles and those who wanted the rights to be construed in a much more restrictive fashion. The United Kingdom fell firmly into the latter camp, fearing for the impact the ECHR might have on its sovereignty. The United Kingdom in particular opposed the right of individual petition and the creation of a permanent European Human Rights court. Although the United Kingdom was able to win concessions on the wording of many convention articles, it was unable to prevent these two developments.

The United Kingdom's opposition to these developments was based on two main fears, which were articulated by the UK representative to the Council of Europe, Sir Martin Le Quesne. The first was a fear that communists would use the mechanisms of the court to advance their cause. The second (which is more interesting for our purposes) was that it might be impossible to prevent the extension of individual petition to Britain's colonies. Le Quesne considered that the danger of this would be that it would Britain's authority in the colonies by creating the false impression that the state's authority would be split between the sovereignty of state and the rulings of the European Court of Human Rights. This he considered would be misleading to "primitive peoples" who would presumably be incapable of understanding the distinction between the two institutions.⁴¹² Jim Griffiths, the Colonial Secretary, commented at the time that "the bulk of the people in most Colonies are still politically immature and the essence of good government among such

⁴¹¹ See A.W.Brian Simpson, *Human Rights and the End of Empire*, (Oxford: Oxford University Press, 2001).

⁴¹² Le Quesne's precise words were as follows: "[I]t seemed likely that in the present circumstances of the cold war the right of an individual to submit such complaints was liable to abuse and could become more a weapon of political warfare than a means of ventilating genuine grievances and ... the system would be misunderstood in the Colonies where it might suggest to primitive peoples either that the ultimate authority was not the Crown or that there were two co-existing authorities." FO 371/88754, Memorandum by Le Quesne, July 20, 1950, quoted in Elizabeth Wicks, "The United Kingdom Government's perceptions of the European Convention on Human Rights at the Time of Entry" *Public Law* (2000) 438.

people is respect for one single undivided authority which they are taught to recognise as responsible for their affairs. The right of petition to an international body would obscure this principle.”⁴¹³ Le Quesne’s position has Hobbesian echoes. Hobbes, of course, famously argues against a separation of powers, rejecting any division of the sovereignty of the Leviathan, whose purpose is to prevent a war of “all against all”; i.e.: to maintain peace and security at any cost.⁴¹⁴ A similar pessimistic logic informs Le Quesne’s objection to a permanent human rights court; the fear that any division of legal sovereignty could produce chaos in the colonies. It is worth observing that the United Kingdom, although a founding signatory of the ECHR, did not grant a right of individual petition until 1966, by which time the break-up of the British empire was already well under way.

Le Quesne’s position resonates curiously with Lord Rodger’s reasoning in *Al Skeini*. Both examples resist in principle the strengthening of judicial counter-balance to unaccountable overseas executive power. Both seek to deny a linkage between the occupier’s territorial control and the human rights of the occupied. Although Lord Rodgers’ comments have more delicacy than those of Le Quesne and Griffiths, they share the same inexorably imperialist logic, insofar as they reveal a prejudice about Iraq as a pre-political and undifferentiated society, incapable of assimilating the jurisprudence of the Strasbourg court. They both characterize the occupied/colonised population as generally lacking the political maturity to engage with the logic of human rights. The desire of the House of Lords in *Al Skeini* not to be accused of cultural imperialism ironically relies on a set of presumptions about Iraq that themselves smack of cultural essentialism. Both Le Quesne and Lord Rodgers construct British authority over foreign territories as an essentially benevolent fact of life. They both construct occupied populations as existing outside the sphere of normal political contestation, effectively inhabiting a state of nature, sharing neither the occupier’s capacity for reason, nor an understanding of the divided nature of political society. To this extent, the political correctness of the House of Lords itself embodies precisely the Human Rights imperialism that it claims to seek to avoid.

Глава 2. Миф о парламентском суверенитете (Джастин Пирс)

The Myth of Parliamentary Sovereignty (Justin Pierce)

Аннотация

Взаимоотношение между судебной властью и политикой остаётся и возможно всегда будет одним из неясных и сложных моментов, которые создают определённую напряжённость. Достаточно длительное время считалось, что на территории Великобритании эти два понятия сосуществовали доста-

⁴¹³ CAB 129/41, Memorandum by Griffiths, J, quoted in Elizabeth Wicks, “The United Kingdom Government’s perceptions of the European Convention” [2000] *Public Law* 438.

⁴¹⁴ Hobbes. *Leviathan*. Edited by Richard Tuck. New York, NY: Cambridge University Press, 1996.

точно гармонично на протяжении всего времени провозглашения превосходства парламента.

Сталкиваясь с возрастающим превосходством исполнительной власти и распространением прав, возникает вопрос, существовала ли передача власти от политики к судебной власти и, соответственно, можно ли говорить о том, что парламентское превосходство допускало передачу суверенитета политике.

Ключевые слова: Парламентский суверенитет, судебное подчинение, парламентское превосходство, централизация власти, судебная власть, судебная система, внутренний /внешний официальный отчет / бюллетень.

The relationship between the judiciary and the politic has and possibly will always remain one of indescribable and complex tension. It is long been believed that within the United Kingdom some harmony between the two had been established through the application of parliamentary supremacy. In the face of growing executive dominance and the expansion of the rights era it is questionable whether there has been transference of power from the politic to the judicial and whether parliamentary supremacy transferred sovereignty to the politic.

In the United Kingdom most law students are taught the principle of parliamentary sovereignty as propounded by the venerable Albert Dicey, a doctrine which is as quintessentially English as strawberries and cream, for Dicey

*'Parliamentary Sovereignty means neither more nor less than this; namely, that parliament...has under the English constitution, the right to make or unmake any law whatever; and, further, that no person or body is recognised by the law of England as having a right to override or set aside the legislation of parliament...'*⁸⁴.

One may even consider that Dicey was stating the obvious for through the transference of monarchical power to parliament, so the powers of rule had been removed from king and given to parliament. Indeed following the enactment of the Bill of Rights⁸⁵ the judiciary succumbed to the power of parliament and stated that "...since the supremacy of parliament... [The courts power to strike down legislation] has become obsolete."⁸⁶

The judiciaries subordination to acts of parliament and the lack of jurisdiction to strike down primary legislation became embedded within the common law in *Lee v Bude*⁸⁷ Judge Willes clarified the judicial position by stating that no longer do "... [the courts] ... act as regents over what is done by parliament with the consent of the Queen, Lords and Commons?" this approach effectively elevated parliament to a position above reproach and empowering parliament to legislate in any way and on any matter it wished and the "...courts could not hold the Act of Parliament invalid..."⁸⁸

Whilst this may historically be the case it is questionable whether the subordination of the judiciary to parliament remains in a modern context. Following two world wars, the rise in constitutionalism and the centralisation of power in the executive which under the strict judicial subordination to parliamentary sovereignty

means that there is “... *some risk of [parliamentary sovereignty] facilitating the creation of an extreme form of government...*”⁸⁹. It is suggested this is at odds with the very democratic ideals to which we subscribe.

Just as the English constitution has evolved so the reduction in judicial subordination seems to have evolved with it, the judiciary have through the common law developed mechanisms to ensure that the executive does not become the Leviathan of which Hobbes propounded. Such as not accepting that parliament can bind itself, or bind any future parliament to any legislation passed or proposed, as in *Godden v Hales*⁹⁰ where Herbert CJ considered that “...*[if] an act of parliament had a clause in it that it should never be repealed, yet without question, the same power that made it, may repeal it.*”

The supremacy of parliament is further questionable when one considers the reality of the judicial role in expounding the law. When considered broadly as set out by what Hart calls an “*external statement*”, or “*the natural language used to describe the system to an external observer of the system*” it follows that the doctrine of parliamentary sovereignty becomes not the supremacy of parliament over the judiciary itself but rather a title used to describe the more complex process of lawmaking. Or what Hart calls the “*internal statement*” which is made up of the procedural rules, conventions and traditions which broadly speaking encompasses the Lords, the Commons, and the Queen in parliament acting in an accepted way.

If looked at through the “*internal statement*” then the doctrine is more easily understood as being an accepted method of identifying valid law, or what Hart considers to be the “*rule of recognition*”. Essentially a mechanism through which the judiciary can “*say that a given rule is valid...*” by “*recognize[ing] [that] it has passed all the tests provided by the rule of recognition*”⁹¹ Therefore the doctrine of parliamentary sovereignty becomes the “*rule of recognition*”⁹²

The courts have given validity to this approach through the doctrine of implied repeal which broadly states “*that if two inconsistent acts be passed at different times, the last must be obeyed, and if obedience cannot be observed without derogating from the first, it is the first that must give way*”⁹³. If the will of parliament remained supreme the court would face a constitutional crisis as to which Act was supreme. However by applying the “*internal statement*” the judiciary are able to give supremacy to the most recent Act as the previous Act can no longer be recognised as having passed the test of the “*rule of recognition*”. Simply put, the subordinate Act is no longer considered to have the will of the current Lords, Commons or the Queen in Parliament as such it fails the “*internal statement*” when compared to the new Act and will no longer be recognised as valid.

In accepting this view it becomes clear that the doctrine of parliamentary sovereignty is not supreme to the common law but rather the common law uses the procedure or the “*internal statement*” to recognise the validity of law and has given it everyday effect through the “*external statement*” “by naming it parliamentary sovereignty.

It follows that if the parliament of the day was to pass legislation based solely on the understanding of the “*external statement*” without fulfilling the elements of

the “*internal statement*” the validity of the law would rest not in the will of parliament but with the judiciary.

This is aptly illustrated in the case of *ex parte Jackson*⁹⁴ where the use of the *Parliament Act of 1911* as amended by the *Parliament Act 1949 section 1* which allows legislation to be passed without the approval of the Lords was questioned as being lawful given that the “*internal rules*” had been substantially differed. The very fact that the question of validity rests with the judiciary and not the will of parliament reflects that the rules of law making or the validity of law rests in the hands of the judiciary and not the will of parliament. In this case the lack of the Lords consent to the amending 1949 Act was held not to be fatal to the *Hunting Act*, as the common law had accepted the procedural change to law making in these limited circumstances. Had the Law Lords considered that the provision did not fulfil the “*internal statements*” the *Hunting Act 2004* would not have been accepted as law and would therefore have remained unenforceable regardless of the supremacy of parliament.

This view is further strengthened when one looks at the judicial approach to dealing with statutes, having accepted the legislation as satisfying the “*internal statement*”, the judiciary then have further jurisdiction to interpret it and apply it. For Allan the common law is therefore viewed as the foundation of the British constitution,⁹⁵ he considers that “*it is when we turn to the interpretive power of the courts ...that we discover the ... nature of sovereignty in the British constitution [whereby] the courts possess legal sovereignty*”.⁹⁶

For once parliament has legislated conferring “*powers, however extraordinary*”⁹⁷ to public officials or bodies which are “*confined by the statute, [they] are never really unlimited, for they are confined by the words of the act itself, and what is more by the interpretation put upon the statute by the judges*”⁹⁸

Therefore the traditional approaches to absolute power of parliamentary supremacy is a proposition that can not be accepted as absolute, for clearly the will of parliament although supreme in the sense that it may for a limited time do and say whatever it likes, is ultimately limited by the judiciary as is the effect that the legislation has on the rights of individuals.

By accepting this view it becomes apparent that parliamentary supremacy exists only as long as the common law accepts that the “*internal statement*” rests in parliament, and continues to uphold the acts of parliament as sovereign.

JUDICIAL REVIEW

The judiciary have it would seem moved on from their subordination and forged for themselves a role of overseer of the Hailsham “*elective dictatorship*” by broadening the reach of judicial review. This would have Dicey turning in his grave, having considered that any division in the judicial system through which one arm became responsible for the review of public business would essentially offend the whole doctrine of the rule of law. By creating a system that imposes one rule for one person, namely the state, and one rule for another, the individual. This is indeed the reality of what has occurred through the formulation of the common law doctrine of judicial review. In fact the judiciary themselves have defined their role as:

“... the procedure by which you can seek to challenge the decision, action or failure to act of a public body such as a government department or a local authority or other body exercising a public law function.”⁹⁹

This does not mean that the judiciary have circumvented the supremacy of parliament, but rather a set of complex and sometimes odd rules surrounding a claim for judicial review have been created¹⁰⁰. Some may suggest in order to retain the delicate constitutional balance between the judicial and political which in the words of the Lord Chancellor has been a “... potential [for] conflict between the rule of law and parliamentary sovereignty for 150 years... we have managed to get through it without ever bringing it to a point”¹⁰¹

The most notable of these rules is the judicial unwillingness to alter decisions made by public authorities so as not to create a system of appeals from decisions but rather restricting its powers of review to the flaws of the decision making process, in doing so protecting the individual from unreasonable and unlawful abuses of public power.

On first blush one may consider that where a public body has made a decision lawfully and reasonably within the parameters of bestowed parliamentary power that the judiciary are effectively ousted by the doctrine of parliamentary supremacy. Based on this principle parliament has legislated in such a way as to instruct the judiciary that they have no scope for reviewing a particular decision. Again we see the judicial response as one of disregard for parliamentary sovereignty in fact in a seminal judgement Lord Hoffman stated that although an individuals ‘...right of appeal to the court is entirely a creature of statute... this does not mean that the exercise of administrative powers...is altogether beyond judicial control’.

In fact the vast increase in judicial review claims not only being brought but heard by the courts is further evidence of the judiciary beginning to stamp its authority as ultimate sovereign. In 1974 there were 164 claims brought¹⁰² whilst from 2000 till 2005 a total of 29899 applications were brought¹⁰³.

It is suggested that the judiciary have had to adapt quickly and effectively to counter weight the flexing of executive power through the dominance of parliament and the introduction of vast amounts of primary and secondary legislation. Historically primary legislation was minimal and much of the law rested under the common law. The balance of power has become one of cat and mouse with the executive attempting to circumvent the new found judicial willingness to scrutinise executive action. Such an example rests with the executive attempting to grant itself unreviewable authority as was the case of the Asylum and Immigration Bill 2004 which brought about wide judicial condemnation.

The judiciary have made the position clear as expounded by Lord Woolf who stated that in the event of parliament depriving the High Court of its role in reviewing the legality of executive action. ‘...the courts would ... be required to act in a manner which would be without precedent...I myself would consider there were advantages in making it clear that ultimately there are even limits on the supremacy of parliament...’¹⁰⁴

When parliamentary supremacy is considered in the light of the judicial approach and new found willingness to question the validity of parliament’s actions

it remains questionable whether the likes of Dicey remain authoritative on the constitutional arrangements of the United Kingdom.

Глава 3. Имеют ли дети право общаться с обоими родителями? (Соня Ритч Крафорд)

Do Children have a Right to Contact with Both Parents? (Sonia Ruth Crawford)

Annotation

This essay considers the notion of children's rights and whether they have a specific right to contact in proceedings with the parent who is living apart from the child. These themes raise the problems of where we find these 'rights', and if there is such a right how it is exercised, and whose views prevail in any divergence of opinion between the child and an adult. Other issues concern the benefits of contact; and if such contact is deemed beneficial, whether the child can choose either; not to have contact with the parent who wants contact, or to have contact with the parent who has not made an application to the court for contact with the child.

Key words: Children's rights, private law, a right to contact, to respect the right of the child, shared parenting, benefits of contact, to make an application to the court, child's wishes and feelings, the child's welfare, the child's voice, the child's best interests, physical and/or mental capability, divergence of opinion, to exercise the right, the child's age, to refuse contact, a strong objection, adulthood.

Аннотация

Данная статья рассматривает термин «права детей» и то, имеют ли они согласно судопроизводству в частном праве конкретное право общаться с родителем, который живёт отдельно. Эта тема поднимает проблемы, связанные с тем, где прописаны данные права и в том случае, если такое право существует, как оно реализуется, и чьё мнение превалирует в любых расхождениях во взглядах, возникающих у ребёнка и взрослого. Другим предметом для обсуждения является влияние отношений между ребёнком и взрослым; и если такое общение действует благотворно на ребёнка, может ли он сам принимать такие решения, как не общаться с родителем, который желает видеться с ним и поддерживать связь с родителем, который не подавал заявление в суд с целью продолжения общения со своим ребёнком.

Ключевые слова: Права детей, частное право, право на общение, уважать права ребёнка, совместное воспитание, влияние отношений, подавать заявление в суд, желания и чувства ребёнка, благополучие ребёнка, мнение ребёнка, первостепенные интересы ребёнка, физическая и ментальная способность, расхождение во мнениях, использовать право, возраст ребёнка, отказываться от общения, серьёзное возражение, зрелость.

Introduction:

Increasingly, relationships break down and parents of young children separate leaving the child or children in the care of one of the parents. It seems that in the majority of cases, the parents are able to agree with whom the child shall live. However, what is less easily established is the amount of contact the child or children of the relationship breakdown should have with the absent parent. Frequently contact between the child and the parent who is living separately from the child, becomes the central area of disagreement involving the separated parents and legal proceedings may be brought to determine the matter. The parents may be advised by their advisers and or the court it is the child who has a 'right' to contact¹. The language of rights informs the parents that it is not their interests or wishes with regard to contact that is in the forefront. The issue is often the regularity of contact and, in so far as the degree of contact is concerned, the idea that there should be an automatic presumption of equality of time spent by the child with each parent has specifically been rejected.² The concept of 'shared parenting'³ is also not without problems and researchers in this area have concluded it is: 'not a magic solution ... (but instead) ... Stretches an existing problem over years' and this may be to the detriment of the children involved⁴.

Beneficial contact

However, the research evidence in respect of whether contact is beneficial to children is ambivalent in some respects. It has been suggested that children who have regular contact with the separated parent are likely to adjust to the breakdown of the parents' relationship far better than those who do not have such contact⁵; whilst at least one other study⁶ found a lack of contact had no effect on the adjustment. Other research has shown that it is the character and quality of the parenting by the contact parent that is critical, rather than the contact itself⁷. A qualitative interview study by Trinder et al⁸ sustains the view that positive or quality contact takes place where acrimony between the parties is reduced and recognition of each parent's role is given support.

Consideration was given to change the law to provide for a statutory presumption of contact but was never put into force⁹. There has been some support for modifying the existing law to incorporate a comparable declaration of principle. However, some caution should be exercised as there is disquiet that such a provision could lead to the security and protection of children being compromised¹⁰.

The Legislation and the language of rights:

There would seem to be three main sources of law¹¹, in relation to children and where we may find reference to children's rights. Namely: **The Children**

Act 1989 (CA); the **United Nations Convention on the Rights of the Child (UNCRC)**¹²; and the **Human Rights Act 1998 (HRA)**¹³.

United Nations Convention on the Rights of the Child 1989 (UNCRC):

The UNCRC applies to all persons under 18 years of age¹⁴ and declares that children have a right to say what they think and have their opinions taken into account¹⁵. The UNCRC defines children's rights and compels States to implement

national laws to enforce those rights. Under international law the UK¹⁶ is obliged to promote the rights that are protected, and domestic provisions must be interpreted with these provisions in mind.

Article 9(3) expressly addresses the right of the child to contact as follows:

States Parties shall **respect the right of the child** who is separated from one or both parents to maintain personal relations and direct **contact** with both parents on a regular basis, **except** if it is contrary to the child's best interest.

Other provisions may not directly refer to the right of the child to have contact with his or her parents, but nevertheless rights are implied. In particular: Article 7 declares the child as far as possible shall have 'a right to know and be cared for by his or her parents'. Article 8 provides that the child has a right to 'preserve' ... 'family relations .. without unlawful interference'.

The UNCRC is not incorporated into English law and children cannot rely on its conditions, as compliance with the Conventions provisions is by way of political rather than legal action¹⁷.

The Human Rights Act 1998 (HRA), and The European Convention on Human Rights (ECHR):

The Human Rights Act 1998 (HRA) was born as a result of the Council of Europe's Convention of Human Rights (ECHR).¹⁸ On the implementation of HRA on the 2nd October 2000; the ECHR became part of English domestic law¹⁹. As a consequence, UK courts and tribunals must interpret UK legislation in a way that achieves a result that is compatible with convention rights²⁰. In addition account must be taken of relevant judgements of the European Court of Human Rights²¹.

The Children Act 1989 (CA)

The main focus of this essay will be on the Children Act 1989 and it is as a result of looking at the cases that have been brought under this Act that we can assess how the Judiciary establishes a 'right' to contact between the child and the parent. The Children Act confirms in Part 1 the principle that the child's welfare is paramount²². The approach was to accentuate the rights of the child and the duties or responsibilities of the parents. One of the aims of the Act was to persuade parents to agree about the child's welfare on separation or divorce. As a consequence the Act requires the courts not to interfere and abstain from making orders unless an order is "better for the child than making no order at all"²³. The court will not therefore consider the arrangements for the children²⁴ unless or until an aggrieved parent makes an application²⁵ for an order for contact²⁶.

The contact order is the most popular order applied for, with the number of applications increasing over the years²⁷. It would seem therefore that the Children Act 1989 has failed in its purported aim to persuade parents to agree

on the arrangements for their children. In disputed contact proceedings, the child's 'welfare' is the court's '**paramount consideration**'²⁸ .²⁹

Whilst 'welfare' is not defined in the Act, the courts are required to consider the checklist of factors set out in section 1(3)³⁰. There are seven factors listed³¹. In order to exercise or establish a right, the views and wishes of the individual must be known. The Act recognised this by placing a duty on the court to consider the child's wishes and feelings as part of the consideration of the child's welfare³².

However, the child's 'wishes and feelings' is only one of the factors the court will consider. Moreover, the child's wishes have to be 'ascertainable' and considered in the 'light of his age and understanding'. Conversely, it is not necessarily the most important as each factor is dealt equal weight. Nonetheless, the judges have a considerable amount of discretion and can accord one factor for example; parents' capabilities greater importance and this may be merely a matter of parenting style³³.

The child's wishes and feelings are fed into the proceedings by a Child and Family Court Advisory & Support Service (CAFCASS) officer who reports to the court. The weight the court attaches may depend on whether those views accord with the views held by the CAFCASS officer and whether it is believed the views articulated by those children old enough to express their feelings and opinions, are truly the views of the child³⁴, as well as if the court considers those wishes to be in the child's best interests.

Protection and rights:

The main debate concerning children and 'rights' has repeatedly centred on an assertion of self determination by the child. From the moment of birth, the child is dependant on the adult. At first these are basic requirements, food, shelter, mobility, warmth, but also stimulation and interaction. The young child does not recognise danger from external items or adults; whilst children are young they are also vulnerable.

There is a tension between the child's dependence on the adult along with the adult's desire to protect the child, and the concept of the child asserting their 'rights' without interference from the adult thus allowing them to be independent. If children are reliant on adults in order to exercise 'rights', can it be said that what they have can be called a 'right'? The main perceived problem is notwithstanding s1 (3) (a) of the welfare checklist³⁵ children are really not able to play a part in private law trials in the majority of cases. The law as such remains principally protective towards childhood rather than giving power to children through the concept of rights. The current position is that as the child matures, the parental influence diminishes and effect is given in increasing stages to the decision making potential of the child³⁶.

'Rights' have been defined in different ways. In so far as children's rights are concerned, there are two main themes advocated by child liberationists. The first is that a 'right' entails the capacity to make a choice about the imposing of duties on others³⁷.³⁸ A right defined in this way excludes the child as very young children may not have the physical and/or mental capability to exercise that choice. This is a right to autonomy or a right to decide how to live your life. John Eekelaar suggests there are three³⁹ kinds of interests or rights relevant to children of whom the autonomy interest is: 'the most **dangerous but precious** of rights: the right to make their own mistakes'⁴⁰. The other two interests, namely: developmental and basic, would take precedent over the autonomous interest of a child. Child liberationists suggest the same laws should apply to adults and children but ban people from doing things not on the basis of age, but on the basis of incompetence or inability to carry out the act whatever that act might be, for example driving a car, having sex, drinking alcohol, or voting for a political party. A ten year old boy is

unlikely to be competent to drive a car for example⁴¹. The second definition requires only a particular interest and a consequent duty. This second definition or theory allows the acknowledgment of 'rights' for children⁴².

Right of the child or the parent:

There has been some divergence of opinion about whether contact is the right of the parent or the child. But if children have rights then there may well be times when those rights or interests conflict expressly with the adult parent. This has been amply documented in European case law. The case of *Sahin v Germany*⁴³ exemplifies the position. This was a German case concerning a five year old child. A psychologist was instructed to prepare a report on the child and the court accepted the recommendation of the psychologist that the child should not be seen by the court⁴⁴. Initially, the ECHR held that the failure to hear the child in the proceedings gave inadequate safeguards to the father's interest under Article 8. On appeal, it was held 'it would be going too far' to say that the national court was always required to hear the child in court. The court was able therefore to rely on the expert's report without the voice of the child.

Baroness Hale commented on the case thus:

'What seems extraordinary to me about [these] cases is not that they examined, .. the ..measures that national courts should take in order to ascertain the wishes and feelings of the child and their relationship with their parents, but that the foundation of these procedural requirements, whatever they are, are the rights of applicant parents. We would regard it as the **right of the child**, would we not?'⁴⁵

In Scotland the resident parent is required to allow contact, or the absent parent to maintain it. Whilst the Scottish approach seems to be that contact is a right given to both parents and children, the situation in England appears to be more ambiguous. It has been suggested by some writers that it is the child's right which takes precedence⁴⁶.

Whilst there is no statutory presumption of contact⁴⁷, existing case law makes it clear there is a presumption in support of contact between the child and his or her parents⁴⁸. In fact it has been stated that it is the right of the child to have a relationship with both parents⁴⁹. Comments made by Dame Elizabeth Butler-Sloss serve as an example:

'The courts naturally start with the view that in most cases contact between the child and the non-resident parent is desirable both for the child and for the parent. This accords with the general welfare of the child under s 1 of the Children Act 1989, Art 8 of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms 1950 and Art 3 of the UN Convention on the Rights of the Child 1989'⁵⁰

Child's right and Choice:

If contact is the fundamental right of the child, then within that right must be a choice – the choice by the child – to exercise the right to see the parent, or not. The court will look at the child's wishes and opinions in ascertaining that choice and indeed as a result contact has been refused where it has been clear that the child is not in favour of contact and this is causing the child distress. Thus in the 1993 case of *Re F*⁵¹ the children were two boys aged 12 and 9 years, the father had

a sex change and the boys found it difficult to adjust to their father's new sex. Significant weight was given to the children's unswerving refusal to have contact with their transsexual father⁵². In *Re S*⁵³ the court refused to make a contact order in respect of children aged 16, 14 and 12. The orders that were made were by negotiation and concurrence. It was acknowledged in the case that the children were adolescents and as such, if they were to have respect for the law, the law had to have respect for them.

The Judiciary do therefore seem to recognise that at least in the case of adolescents, ordering contact against the wishes of the child may be unworkable or have the opposite effect.

However, what about the views of the younger child? The case law seems to suggest the younger the child, the more likely contact will be ordered, even in the face of opposition from the child, unless that opposition is extreme. Cases where contact has not been ordered where the child is under the age of 9 years include: *Re C*⁵⁴. This involved an eight year old boy who was terrified of his father. He destroyed all letters or communications from the parent, and threatened to kill himself if had contact with his father. The decision to prohibit all contact between the child and his father was upheld on appeal.

Vanessa May and Carol Smart⁵⁵ carried out a study in three courts looking at the extent to which children were consulted in contact and residence applications. They found three factors that were vital to determining whether the child's voice would be heard. These factors were: the child's age; the level of disagreement between the parents; and the level of similarity between the children's wishes and the court welfare officer's review of the case. The younger the child, the less likely the child's voice would be heard unless the view of the child concurred with the report writer. The older children were heard and their views given a lot more weight for a number of reasons; first, it may be more difficult to argue (as might be argued in respect of the younger children), that they are being influenced by the parent with care, but second, because they may well '[vote] with their feet', by refusing to comply with a contact order made against their wishes, or in the case of residence applications, going to live with the other parent despite the recommendations of the CAFCASS officer. May and Smart conclude:

'The cases where children were not heard ... were mainly cases where the children were seen as too young⁵⁶ to express a view, where the issue was 'cut and dried', or where the parents came to an early agreement and no reports were ordered. In other words, children were only given the opportunity to be influential when there was serious conflict'.

A child can bring his or her own application in private law for contact⁵⁷, it is also possible for a child in a private law application to be made a party under rule 9.5 of the Family Proceedings Rules 1991, however, this is fraught with difficulties and used rarely⁵⁸. Separate representation under rule 9.5 has the advantage of facilitating the court to perhaps produce a more well-informed judgment and gives assistance to the CAFCASS officer in enabling him or her to work more efficiently in the proceedings. In addition, it allows the child to sway the court's decision or to believe that he or she has been valued as a person and engaged in the resolution.

On the other hand, it is extremely expensive in terms of costs and time; it may also lead to delays in the proceedings to the extent that it is not practical in many cases⁵⁹. Courts that have used this procedure have been criticised if seen to be using too 'frequently'.⁶⁰

Parents hostile to contact:

The Court of Appeal has held that it will not allow itself to be dictated to by parents' stubbornness where contact is in the child's interests, and an implacably hostile parent should not be permitted to frustrate contact that is in the child's best interests⁶¹. An order could not be refused by the court on the sole basis that the order was likely to be disobeyed, as such would be an abdication of duty⁶². Sir Thomas Bingham MR made the position clear when he said:

"Neither party should be encouraged or permitted to think that the more intransigent, the more unreasonable, the more obdurate and the more uncooperative they are, the more likely they are to get their own way."⁶³

Dame Butler-Sloss says on this matter:

'It is important that there should not be what the judge called a 'selfish parents' charter': that if you do not want your child to see the other parent, then you can make so much fuss that you can prevent the court ordering it. ... If it is right for the child to see the husband, then that order is there to be obeyed... The hostility of the mother in itself is a very unattractive argument to place before a court⁶⁴. One might assume from such authority that unyielding parents who refuse to comply with contact order would be at risk of committal proceedings and ultimately imprisonment. Nonetheless, it has been rare to commit such parents to prison, and the Court of Appeal has previously made clear that imprisonment is a last resort method of enforcing a contact order against a parent with care⁶⁵. There have been numerous examples of the judiciary, in the face of contact difficulties, reducing contact or supervision of the contact⁶⁶. That is not to say that the climate is not changing⁶⁷. Bracewell J expressed himself to be very unhappy with the penalties available as they all had drawbacks⁶⁸. He set out the penalties⁶⁹ that could be imposed and the actions that may be taken by the court.⁷⁰

Contact wanted, but application not made:

If then, the child has a right to contact, and it would seem the contact will be beneficial, it may be thought an application could be ordered even where the absent parent has not made an application for contact. The Children Act 1989 allows competent children to make their own applications⁷¹, and the emotional needs and the effect on the child are considerations taken into account, with the child's welfare being of paramount consideration⁷². Nevertheless, despite the fact the Children Act 1989 is a wide ranging act which appears in some ways to empower the child, there appears to be at least one oversight. The Act, in considering applications for contact, only recognises adult applications for contact to the child. There is nothing in the Act which suggests that an order for contact may be made between the child and an adult who has not actually made the application for contact.

It may be the wish of the child and the parent with care of the child that the separated parent sees the child on a regular basis and shares responsibility for the emotional development of that child. If the separated parent refuses contact, for

whatever reason, then the lack of contact may be against the child's beneficial interest.⁷³

Of course, it may be argued that if contact were ordered to take place between a child and the parent without an application by the absent parent, the resulting forced contact may not be beneficial to the child. But, this argument would seem to be weakened when we look at 'implacably hostile' parent cases. There, the parent with care of the child is implacably hostile to contact taking place. Nevertheless the court may order contact take place. Such an order may also have a negative effect on the contact taking place and/or weaken the beneficial aspects of the contact. Despite the courts identification of this, they have stated that for policy and child right reasons they will not allow the stubbornness or hostility of the parent to dictate to the court⁷⁴. The same arguments could be made here so that the parent with care makes the application that the separated parent has contact with the child, the court could consider the reasons for the application and determine the matter with reference to the welfare checklist⁷⁵. Conditions could be attached to the order if necessary⁷⁶.

Conclusion

There is an abundance of case law and evidence to show that it is considered that it is indeed the child who has a 'right' to contact⁷⁷. Undeniably the evidence would also seem to suggest that in most cases contact is regarded as beneficial to the child⁷⁸. I would submit that despite this, this is not enough to say it is a right to contact. The definition of Raz (1994) is thus: 'a law creates a right if it is based on and expresses the view that someone has an interest which is sufficient ground for holding another subject to a duty'⁷⁹. With that definition in mind, where there is beneficial contact available, the child may have an interest in it and if an application for contact is made, then it would appear that the parent with care of the child would seem to be the person under a duty. Still, within any definition of rights should be an element of choice, so that the child can choose or not, to take up his or her right to contact. The court are duty bound to establish the views and wishes of the child⁸⁰, and it would appear that when the child is on the verge of adulthood this is not a problem with significant weight being given to the child's views⁸¹. The position in so far as younger children are concerned is less straightforward and may be dependant on inter alia whether the child's views accorded with the CAFCASS officer⁸². The younger child would therefore appear to have a lack of choice once the contact has been deemed to be beneficial.

It is established according to the above definition that the person under a duty where an application for contact is made, is the parent with care of the child. But, imagine the situation, whereby the father is living away from the child, the child wants to see the father and the mother has no objection. According to the above definition the father is the one subject to a duty. The child cannot exercise his or her right to have contact unless or until the father instigates contact or makes an application in respect of the same. The child's views, wishes and feeling are not heard.

In summary therefore, it would seem that children have a qualified right to contact with both parents. The right is qualified by whether or not the contact is

likely to be beneficial; whether or not the absent parent makes an application for contact; whether the parent with care has strong objections to the contact taking place; the age of the child; and whether or not the views or choices made by the child accords with the views and choices made by the adult charged with the obligation of discovering the child's views⁸³. Accordingly therefore it would seem there is some truth to the statement made by Pearce, Davis and Barron (1999) :

'[The] Children Act 1989 pays lip service to the concept of children's rights, the reality is that private law proceedings rest on the rights of adults'.

Глава 4. Принцип развития, ориентированного на права (Тизиана Кьюзи)

Аннотация

Развитие юриспруденция основывается на договорном праве, в основе которого лежат принципы частной автономии и доброй совести. Этими идеями мы обязаны римским ученым, которые разработали договоры (контракты), еще во времена Республики. Данная деятельность не осуществлялась при помощи «магических» слов или ритуальных действий, они осуществлялись простым усилием воли, или другими словами, соглашением между сторонами. Такие договоры являлись важным торговым элементом: покупка, заказ, трудовой договор, договор подряда и договор о найме, они основывались на «доверии». Внедрение этого принципа в мир права представляет собой изменение парадигм. С тех пор произошли существенные изменения в оформлении правовых сделок, но именно тогда был заложен корень частной автономии.

Стороны могли свободно разрабатывать содержание своих правовых отношений, договариваться о перенесении сроков аренды или требовать расторжения договора в случае неисполнения его условий. Стороны должны использовать традиционные типы договоров, для реализации своих прав в процессе судебного обжалования.

Автор приводит некоторые примеры этого в связи с договорами об аренде, выполнении работы, из люласти семейного права. Рассматривается также проблема защиты интересов личности в гражданско-правовых отношениях, отставивание права на свободу слова в гражданском процессе.

Annotation

Principle-centered development rights

1. Private autonomy and integrity (Principle of good faith). Time-vitie jurisprudence is based on contract law, which is based on the principle of private autonomy and the principle of good faith. Conclusion of a treaty between the parties is a constituent element. This idea, we owe a Roman scholar who developed the agreements (contracts), in the days of the Republic. This activity is not carried out at in the power of "magic" words or rituals, they performed a simple effort of will, or in other words, the agreement between the side-mi. Such agreements were an important element of trade: purchase, order, employment contract, work contract

and a contract of employment, they were based on "trust." Implementation of this principle in the world of law is a change in the paradigm, since there have been substantial changes in the SRI-designed legal transactions. However, the root was placed private autonomy.

The parties were free to develop the content of their legal relationship, to negotiate the deferral of rent or demand-rate in case of default of the contract. Parties should use various traditional types of contracts, to exercise their rights in the process of appeal.

2. Some examples:

a) Rental and lease. It should be noted that in Roman law is not to be the concept of "social rent"

Roman law gave the lease modern form. Singularity of the Roman approach was that a change of ownership under the lease drew a termination of the lease.

B) Work. In addition to the law on "social rent, on today's point of function of state guarantees the protection of labor. And during the Roman Empire, the situation on the matter differed significantly. By virtue of the fact that the estates workers were usually slaves, and in enterprises (eg, for manufacturing bricks or ceramic) – free workers with small businesses in the Roman world there was no labor law right.

B) Individual rights. Socially important in an individualistic society space Romans was a question of respect for the civilian honor of the German laid-off neglected, as is known, probably this aspect of personality and assessed in a separate sense, resulting in a required number of decisions of the Federal Court and the Constitutional Court to create an effective civil- legal protection of personality.

D) "Voting" – providing the opportunity to express their opinions in the courtroom. This principle pervades the Roman process from the outset.

Also, much attention was paid to the area of family law.

Kapitel 4. Prinzipienorientierte Rechtsentwicklung (Tiziana J. Chiusi)

1. Privatautonomie und bona fides

Die Rechtsentwicklung durch die Juristen orientiert sich im Vertragsrecht am Prinzip der Privatautonomie, dem Prinzip des Vertrauensschutzes und dem diese Prinzipien begründenden Gedanken der *bona fides*.

Dass Verträge durch Einigung der Parteien zustande kommen, ist für uns eine Selbstverständlichkeit. Diese Vorstellung verdanken wir aber den römischen Juristen, die schon in der Zeit der Republik Verträge entwickelt hatten, die nicht etwa durch „magische“ Worte oder ritualisierte Handlungen zustande kamen, sondern eben durch die bloße Willensubereinstimmung unter den Kontrahenten.⁴¹⁵ Solche Verträge waren gerade die für den Handel wichtigsten: Kauf, Auftrag, Gesellschaft, Dienst-, Werk- und Mietvertrag. Sie gründeten sich auf den Gedanken der *bona fides* (Treu und Glauben), d.h. dem Sich-Verlassen-Können auf das einmal

⁴¹⁵ Zur Entwicklung, vgl. nun A. Corbino, *Il formalismo negoziale romana*. Lezioni, Turin 1994.

gegebene Wort. Die Einführung dieses Grundsatzes in die Welt des Rechts stellt geradezu einen Paradigmenwechsel dar, weil von nun an die Parteien sich bei der inhaltlichen Ausgestaltung ihrer Rechtsgeschäften nicht mehr tradierter Formen oder Formeln bedienen müssen, sondern sie weitgehend frei bestimmen können. Damit war die Wurzel der Privatautonomie gelegt, die das gesamte Vertragsrecht durchzieht.⁴¹⁶

Inhaltlich sind die Parteien bei der Gestaltung ihrer Rechtsverhältnisse frei. So stand es ihnen frei, im Rahmen der *boni mores* und des Erlaubten die unterschiedlichsten Nebenabreden zu vereinbaren, etwa die Stundung einer Mietzinsforderung oder den Rücktritt für den Fall des Zahlungsverzugs oder dass die verkaufte Sklavin nicht als Prostituierte eingesetzt werden darf. Vorgaben etwa für einen gerechten Preis macht das Recht nicht.⁴¹⁷ Allgemein galt für diese auf dem Konsens der Partner beruhenden Verträge das Gebot redlichen Verhaltens, was zur Folge hatte, dass je nach Vertragstypus Schutz-, Erhaltungs- und Informationspflichten angenommen werden konnten, deren Verletzung die prozessuale Möglichkeit einer Arglistenrede eröffnete. Allerdings herrscht wegen des begrenzten Kreises der im Edikt proponierten *actiones* keine Typenerfindungsfreiheit; die Parteien müssen sich der überkommenen Vertragstypen bedienen, um die Klagbarkeit zu gewährleisten.⁴¹⁸

Die alleine auf die *bona fides* abstellenden Klageformeln waren ziemlich flexibel.¹ Die Übersetzung von *bona fides* in der Form! der Kaufklage mit Treu und

Glauben ist zwar naheliegend, trotzdem aber etwas vereinfachend. Denn durch die *bona fides* wurde dem *iudex*, dem Richter, der den konkreten Fall zu entscheiden hatte – er war ein Privatmann, weder staatlicher Beamter noch professioneller Rechtskundiger – ein Ermessensspielraum eingeräumt, der ihm erlaubte, sämtliche Umstände des Einzelfalls bei seiner Entscheidung zu berücksichtigen. Das bedeutete aber nicht, dass es sich um eine Art richterlicher Willkür oder unkontrollierter Einzelfallgerechtigkeit gehandelt hat. Vielmehr war diese *bona fides* prinzipiengeleitet und wurde von den römischen Juristen in jahrhundertlangem Diskurs konkretisiert. So erläutert Ulpian den Inhalt der Kaufklage mit folgenden Worten, D. 19.1.11.1:⁴¹⁹ „Und zunächst muss man wissen, dass von der Kaufklage

⁴¹⁶ Aus der unübersehbaren Literatur zur *bona fides*, vgl. zuletzt die Synthese von M. Schermaier, *Bona fides im römischen Vertragsrecht*, in: *Studi in onore di Alberto Burdese*, (hrsg. von L. Garofalo et. al), Padova 2003: III, S.387-416.

²¹ Vgl. Paul. 34 *ad ed.* D. 19.2.22.3: *Quemadmodum ... naturaliter concessum est... et ita invicem se circumscribere.*

⁴¹⁸ Allmählich machten die Prätores auch andere gegenseitige Verträge, die sog. Innominatkontrakte, durch *actiones in factum* klagbar, wenn eine Partei vorgeleistet hatte. Damit wurde das System des Typenzwangs aufgelockert; vgl. M. Kaser, *Das römische Privatrecht* (oben Fn. 8), S. 580ff. und zuletzt M. Artner, *Agere praescriptis verbis. Atypische Geschäftsinhalte und klassisches Formularverfahren*, Berlin 2002.

⁴¹⁹ Ulp. 32 *ad ed.* D. 19.1.11.1: *Et inprimis id sciendum est in hoc iudicio id demum deduci, quod praestari convenit: cum enim sit bonae fidei iudicium, nihil magis bonae fidei congruit quam id praestari, quod inter contrahentes actum est. quod si nihil con-*

nur das erfasst ist, was zu leisten vereinbart worden ist: Sie ist nämlich eine auf Treu und Glauben gegründete Klage, und nichts entspricht in höherem Maße Treu und Glauben, als dass das geleistet wird, was zwischen den Parteien vereinbart worden ist. Wenn nichts speziell vereinbart worden ist, wird das geleistet werden, was natürlicherweise unter diese Klage fällt." Es kommt also für Ulpian zunächst auf die Parteivereinbarung an, fehlt es an einer solchen Vereinbarung, dann wird auf das abgestellt, was normalerweise aufgrund dieser Klage zu leisten ist; die an der *bona fides* orientierte Vertragsauslegung bestimmt den Haftungsumfang.⁴²⁰ Die *bona fides* stellt also das zentrale Kriterium bei allen wirklich relevanten Verträgen dar und begründet den Vertrauensschutz.

2. Einige Beispiele a) Miete und Pacht

Das tendenzielle Abstellen auf die Privatautonomie für die Konfliktlosen statt auf einen vom Staat gewährten Schutz zeigt sich auf verschiedenen Gebieten. Ein Beispiel dafür bietet das Mietrecht. Ein „soziales Mietrecht“ im modernen

Sinne kannte das römische Recht nicht. Obwohl die römischen *insulae* als große Mietshäuser ein Merkmal des Stadtbildes von Rom (und anderer größerer Städte) waren, hatte der Mieter als solcher keine anderen als seine vertraglichen Rechte.⁴²¹ Den Schutz, der ihm zustand, leitete er daraus ab. Mit anderen Worten: Rechtsschutz erhielt er nicht aufgrund einer sozial schutzwürdigen Stellung als Wohnraummieter, sondern infolge seiner bürgerrechtlich gesicherten Position als Vertragspartner. Wurde das vermietete Wohnhaus verkauft und der Mieter vom neuen Eigentümer auf die Straße gesetzt, konnte er sich an seinen Vermieter halten und den Ersatz seines Schadens fordern. Diese drohende Schadensersatzforderung veranlasste den Vermieter regelmäßig, sich vom Erwerber des Wohnhauses versprechen zu lassen, dass dieser den Mieter bis zum Ende der Mietzeit in der Wohnung beließ – damit war der Mieter indirekt vor dem Verlust der Wohnung geschützt.⁴²² Eine ähnliche Regelung ist bei der Verpachtung zu finden für den Fall,

venit, tunc ea praesta- buntur, quae naturaliter insunt huius iudiciipotestate, vgl. dazu E. Jakob, Praedicere und ca- vere beim Marktkauf. Sachmängel im griechischen und römischen Recht, München 1997, S. 175 und U. Babusiaux, Id quod actum est. Zur Ermittlung des Parteiwillens im klassischen römischen Zivilprozess, München 2006, S.30f. und 219f. Die in der Vergangenheit von der Interpolationskritik vorgebrachten Argumente gegen die Echtheit des Textes sind nicht haltbar.

⁴²⁰ Der Gedanke, dass es der *bona fides* entspricht, sich an den üblicherweise von den Parteien benutzten Standards zu orientieren, findet sich auch in Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.* D. 21.1.31.20 und ist ein weiteres Beispiel dafür, wie die *bona fides* prinzipiengeleitet interpretiert wurde.

⁴²¹ Zu den sozioökonomischen Hintergründen, vgl. v.a. B. W. Frier, Landlords and Tenants in Imperial Rome, Princeton 1980. Zuletzt J. M. Rainer, Zur *insulae* im Römischen Recht, in: Festschrift Th. Mayer-Maly (hrsg. von M. Schermaier/J. M. Rainer/L. Winkel), Köln et al. 2002, S. 609 ff.

⁴²² Gai. 10 *ad ed. prov.* D. 19.2.25.1, vgl. dazu nur M. Käser, Das römische Privatrecht (oben Fn. 8), S.567.

dass der neue Eigentümer des Grundstücks dem Pächter kündigt.⁴²³ Es handelte sich hier um das übliche Muster: die Regelung der eigenen Interessen wurde den Parteien überlassen; der Staat machte bei der Regelung dieser Interessen prinzipiell keine Vorgaben. Allerdings stellte er einen präzisen rechtlichen Rahmen zur Verfügung und ein ausgefeiltes juristisches Instrumentarium.

b) Arbeit

Neben dem sozialen Mietrecht hat heute vor allem das Arbeitsrecht eine staatlich gewährleistete Schutzfunktion. Auch in diesem Bereich stellt sich die römische Situation völlig anders dar. Denn hinsichtlich der römischen Arbeitswelt ist von einer grundsätzlichen Abwesenheit eines Arbeitsrechts im modernen Sinn auszugehen.⁴²⁴ Ein struktureller Grund dafür liegt in dem Umstand, dass die Zahl der „Arbeitnehmer“ im modernen Sinn relativ gering war: die Arbeiter auf großangelegten Latifundien im Rahmen einer fast industriell geführten Landwirtschaft waren Sklaven, ebenso wie tendenziell auch die in Großfabriken wie z.B. Ziegeleien oder Töpfereien arbeitenden Personen. Handelte es sich dagegen um freie Handwerker mit kleinen Betrieben, dann passt der Arbeitnehmerbegriff nicht: für diese Berufsgruppen galt das normale Regelungs- werk des Privatrechts mit Dienst- und/oder Werkverträgen. Der Umstand, dass diese Verträge Gegenstand reicher juristischer Diskussionen geworden sind und in ein sehr dichtes Regelungs- werk gemündet sind, zeugt von ihrer sozialen Wichtigkeit.

c) Persönlichkeitsrecht

Sozial sehr wichtig war in einer individualistischen Gesellschaft wie der römischen die Achtung der Personenehre. Das BGB hat diesen Aspekt bekanntlich eher vernachlässigt und die Persönlichkeit in einzelnen Aspekten geschätzt, so dass es einer Reihe von Entscheidungen des BGH und des BVerfG bedurfte, um einen zivilrechtlich wirkungsvollen Schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechts zu etablieren. Zum Schutz der Persönlichkeit in Rom trugen bereits die Zwölftafeln bei. In 8, 4 war geregelt, dass eine *iniuria* eine Bußzahlung von 25 As nach sich zog.⁴²⁵ Die Juristen sahen als „unrechtsbegründendes“ Merkmal der *iniuria* die *contumelia*, die Schmähung oder Herabsetzung des Gegenübers. So konnten sie einerseits Beleidigungen, andererseits auch „leichte“ Körperverletzungen wie etwa Ohrfeigen unter diesen Begriff subsumieren.⁴²⁶ Allerdings erwies sich die fixe Bußsumme bald als unzumutbar. Anschaulich ist dies in einer Episode bei *Aulus Gellius* überliefert:⁴²⁷ ein gewisser L. Veratius machte sich einen Spaß daraus, über das Forum zu spazieren und jedem, den er traf, eine Ohrfeige zu verpassen. Hinter ihm

⁴²³ Zur Kulturpflicht des Pächters, vgl. Paul. 5 *resp.* D. 19.2.54.1 und Gai. 10 ad *ed. prov.* D. 19.2.25.3, zu beiden, vgl. zuletzt J. D. Harke, *Locatio conductio, Kolonat, Pacht, Landpacht*, Berlin 1999, S.25f. m.w.N.

⁴²⁴ Vgl. D. Nörr, *Zur sozialen und rechtlichen Bewertung der freien Arbeit in Rom*, *Historiae Iuris Antiqui* (oben Fn. 16), I, S. 399ff.

⁴²⁵ Zum Vergleich: Knochenbruch bei Freiem 300, bei Sklaven 150 As, s. XII tab. 8.3: *Manu fustive si os fregit libero, CCC, si servo, CL poenam subito.*

⁴²⁶ Zur Begriffsgeschichte, vgl. zuletzt M. Hagemann, *Iniuria*. Von den XII-Tafeln bis zur Justinianischen Kodifikation, Köln et al. 1998.

⁴²⁷ N.A. 20.1.13.

lief sein Sklave mit einem Geldsack, aus dem dem „Opfer“ sogleich 25 As ausgezahlt wurden, wegen des geänderten Münzsystems zu dieser Zeit ein Betrag im Centbereich. So führte der Prätor eine „neue“ *actio iniuriarum* ein, die es dem Richter ermöglichte, die Höhe der Bußsumme nach den Umständen des jeweiligen Einzelfalls festzusetzen.⁴²⁸ Mit dieser *actio iniuriarum* wurde auch die Körperverletzung an Freien juristisch bewältigt. Denn die deliktische Klage, aus der sich unsere Ansprüche wegen unerlaubter Handlungen entwickelt haben, die *lex Aquilia* aus dem Jahre 286 v. Chr., betraf (in ihrem dritten Kapitel) nur die Körperverletzungen an Sklaven (und im Allgemeinen die Sachbeschädigung); die Juristen zögerten lange, sie auf Verletzungen von Freien auszudehnen.⁴²⁹

ager publicus und annona

Stellt man die (anachronistische) Frage nach „sozialen Grundrechten“ in Rom, so kann zum einen auf das oben erwähnte Nutzungsrecht jedes einzelnen Bürgers am *ager publicus* verwiesen werden.⁴³⁰

Zum anderen soll – wegen ihrer erheblichen politischen und wirtschaftlichen Bedeutung für die römische Gesellschaft – die Rolle der öffentlichen Getreideversorgung in diesem Zusammenhang besonders betont werden. Die stadtrömische Bevölkerung sowie die Bevölkerung der römischen *municipia*, d.h. der Städte, deren Einwohner römische Bürger waren, wurden mit Getreide versorgt, das von den Magistraten gekauft und dann öffentlich verteilt wurde. In der Kaiserzeit nahm die *annona* wegen der Ausbreitung des Imperiums mit der konsequenten Steigerung der Erträge aus den Provinzen und der wachsenden Bevölkerungszahl – im 1. Jh. soll die Stadt Rom eine Bevölkerung von 2 Millionen erreicht haben – ein noch größeres Ausmaß als in der Republik an und wurde ein echtes staatliches Alimentationssystem für die stadtrömischen Unterschichten.⁴³¹ Dies zeigt, dass die individualistische Ausrichtung der Gesellschaft und die an der Eigenverantwortung orientierte Rechtsordnung nicht die staatliche Wahrnehmung von Aufgaben ausschlossen, deren Erfüllung die Grundversorgung der bedürftigen Bürger gewährleistete. Auch die Unterhaltung des Volkes durch Zirkusspiele war staatlich organisiert: Sie wurden von den Ädilen als zuständigen Magistraten veranstaltet. Die dabei anfallenden hohen Kosten trug der Ädil selbst. Freilich war der Sinn dieser Praxis nicht nur der soziale Impetus als auch der Gewinn von Prestige und politischem Einfluss. Diese Tradition wird von den Kaisern fortgesetzt, wobei dafür die Mittel aus dem Fiskus, der kaiserlichen Kasse, stammten.⁴³²

⁴²⁸ Zu dieser Möglichkeit, vgl. *D. Nörr*, Zur taxatio bei der *actio iniuriarum*, in: *Historiae Iuris Antiqui* (oben Fn. 16), III, S.2081 ff.

⁴²⁹ Vgl. *R. Wittmann*, Die Körperverletzung an Freien im klassischen römischen Recht, München 1972.

⁴³⁰ Vgl. oben im Text bei Fn. 19.

⁴³¹ Zu Einzelheiten, vgl. *B. Sirks*, Food for Rome, Amsterdam 1991; *E. Höbenreich*, Annona. Juristische Aspekte der stadtrömischen Lebensmittelversorgung im Prinzipat, Graz 1997.

⁴³² Vgl. *T. J. Chiusi*, Römische Herrschertestamente im Kontext von Erb- und Eigentumsrecht, in: *Herrscher- und Fürstentestamente im westeuropäischen Mittelalter* (hrsg. von □. Kasten), Saarbrücken 2006 (im Druck).

audiatur et altera pars

Die Verwirklichung der Privatautonomie wird ergänzt durch das rechtsstaatliche Prinzip *par excellence*: die Gewährung rechtlichen Gehörs im Prozess, der herkömmlicherweise mit den Worten *audiatur et altera pars* beschrieben wird.⁴³³

Dieser Grundsatz durchzog den römischen Prozess seit den Anfängen. In einem System, in dem der Prozess grundsätzlich eine Angelegenheit der Parteien ist, kann zweckmäßigerweise auch nichts anderes gelten. Der römische Zivilprozess weist bis auf die spätere Kaiserzeit dem Staat nur eine Schiedsrichterfunktion zu: der Prätor als Gerichtsmagistrat ist dafür zuständig, dass der Streit unter den Parteien anhand der dem Edikt zu entnehmenden, für den konkreten Fall zuständigen Prozessformel rechtlich strukturiert wird. Die Parteien müssen sich über die Art und den Inhalt der Formel einig sein; schon in einem sehr frühen Verfahrensstadium mußte der Kläger seinem Gegner die Klage benennen, die er anstrengen will.⁴³⁴ Der Übergang zur Beweiserhebungs- und Urteilsphase, die nicht mehr dem Prätor, sondern einem Privatmann als *iudex* zugewiesen ist, findet erst statt, nachdem die Parteien förmlich die Prozessformel angenommen haben in der *litis contestatio*. Auch in diesem Zusammenhang also stellt die Akzeptanz und Selbstbestimmung durch die Privatpersonen das zentrale Merkmal des Prozesses dar, nicht das staatliche Dekret als ordnungspolitisches Mittel.

3. Weitere Beispiele aus dem Bereich der Familie a) Die sog. *actiones adiecticiae qualitatis*

Es wurde bereits darauf hingewiesen, dass nur innerhalb des Kreises der Familienväter das Prinzip der rechtlichen Gleichheit galt.⁴³⁵ Ein solcher Gleichheitsgrundsatz wird durch die Tatsache stark relativiert – auch das wurde bereits angedeutet –, dass ihm die grundsätzliche Ungleichheit der Personen in der Struktur der Gesellschaft gegenüberstand. Die praktischen Probleme und potentiellen Konflikte, die von einer solchen Ungleichheit der Rechtsstellung verursacht werden könnten und die das richtige Funktionieren der Gesellschaft gefährden hätten können, wurden durch das Privatrecht bewältigt. Die innerhalb der Familie gefundenen Lösungen und Differenzierungen waren in der Lage, der Komplexität der Rechtsverhältnisse Rechnung zu tragen; dank ihrer Flexibilität garantierten sie auch den „Ungleichen“ Betätigungsspielräume und erkennbare Aufstiegschancen. Diese Stabilisierungsfunktion des Privatrechts lässt sich aus dem Umstand ablesen, dass es abgesehen von den Unruhen der Jahre 130 – 70 v. Chr. kaum zu großen revolutionären Bewegungen der Unterschichten kam, und dass im allgemeinen der

⁴³³ Diese Formulierung des Grundsatzes ist nach *D. Liebs*, Lateinische Rechtsregeln und Rechtssprichwörter, 6. Aufl. München 1998, □ 106 (S.37) zuerst bei *Abraham Saur*, Peinlicher Processz (Frankfurt am Main 1580) I unter Berufung auf D. 48.17.1pr. zu finden; vgl. auch *Seneca*, Medea, S. 199f. Zum klassischen Gehalt der Regel, vgl. zuletzt *A. Wacke*, Audiatur et altera pars. Zum rechtlichen Gehör im römischen Zivil- und Strafprozess, in: Festschrift W. Waldstein (hrsg. von M. Schermaier/Z. Vegh), Stuttgart 1993, S.367ff.

⁴³⁴ Vgl. *A. Bürge*, Zum Edikt de edendo.SZ 112, 1995, S. 1-50; ferner *H.-D. Spengler*, Studien zur interrogatio in iure, München 1994, S. 14 f.

⁴³⁵ Siehe oben im Text nach Fn. 23.

Freilassungswunsch keinesfalls die Mentalität der Sklaven beherrscht zu haben scheint. Diese Stabilität erweist sich für den modernen Beobachter, der an die letzten Jahrhunderte der europäischen Geschichte mit ihren sozialen Unruhen und grundlegenden Veränderungen denkt, als ein beeindruckendes und unerwartetes Faktum.⁴³⁶

Ohne hier im Detail auf die verschiedenen Konfliktlösungsinstrumente eingehen zu wollen, sei nur das *Pekulium* erwähnt, das Sondervermögen der Sklaven und der Kinder, das diesen vom Gewalthaber zugeteilt wurde und über das sie prinzipiell die freie Verfügung hatten, um am Rechtsverkehr teilzunehmen. Aus den Geschäften, die die Gewaltunterworfenen abgeschlossen hatten, haftete der Gewalthaber mit den dafür von den Prätores geschaffenen *actiones adiecticiae qualitatis*.⁴³⁷ Dabei konnte seine Haftung je nach der Haltung zu der wirtschaftlichen Aktivität seiner Sklaven oder Kinder variieren: hatte er den Gewaltunterworfenen als Reeder bzw. Ladengeschäftsführer eingesetzt oder ihn gegenüber dem Geschäftspartner ermächtigt, ein Rechtsgeschäft abzuschließen, haftete er *in solidum* mit der *actio exercitoria* bzw. *institoria* bzw. *quod iussu* wurde er durch die Tätigkeit des Gewaltunterworfenen bereichert, haftete er mit der *actio de in rem verso* auf die Bereicherung; ansonsten beschränkte sich seine Haftung mit der *actio de peculio* auf die Höhe des Betrags des *peculium*, welches er dem Gewaltunterworfenen zur Verfügung gestellt hatte. Am Rande sei bemerkt, dass im Verhältnis zwischen Sklave und Herr Geschäftsbeziehungen möglich waren und diese im Rahmen der Klage *de peculio* als Rechnungsposten die Haftungshöhe vergrößern oder verkleinern konnten.

b) *Sklaven und favor libertatis*

Spezifisch für die Sklaven wirkt der sogenannte *favor libertatis*, der als Schutz im weiteren Sinne interpretiert werden kann. Empfing eine Freie ein Kind und brachte sie es zu einer Zeit zur Welt, in der sie Sklavin war, war das Kind freigeboren. Wurde ein Sklave vermacht und testamentarisch freigelassen, so hatte die Freilassung – untechnisch gesprochen – Vorrang.⁴³⁸ In allen Fällen, in denen es nicht klar war, ob jemand schon frei war oder noch nicht oder ob er frei werden sollte, entschied man sich im Zweifel für die Freiheit. Mittelbarer Schutz für die Sklaven wurde durch kaiserliche Reskripte erzielt. So erkannte ein Reskript von Antoninus Pius zwar die unbeschränkte Gewalt der Eigentümer über ihre Sklaven an, wies den Eigentümer, der gegen seine Sklaven gewütet hatte und ihnen Hunger und unerträgliches Unrecht zugefügt hatte, aber in die Schranken und ordnete an,

⁴³⁶ Vgl. □. *Bürge*, Römisches Privatrecht (oben Fn. 13), S.203.

⁴³⁷ Zum Ganzen, vgl. *T. J. Chiusi*, *Lemmata actio de peculio, actio exercitoria, actio institoria, actio quod iussu, actio tributaria und actiones adiecticiae qualitatis*, in: *Handwörterbuch zur Antiken Sklaverei* (hrsg. von Mainzer Akademie der Wiss.), 2006 (im Druck).

⁴³⁸ Klassisch die Darstellung bei *G. Impallomeni*, *Le manomissioni mortis causa. Studi sulle fonti autoritative romane*, Padova 1963 und speziell zur Testamentsauslegung *W. y. Wieling*, *Testamentsauslegung im römischen Recht*, München 1972.

dass die Sklaven verkauft werden mussten mit der Klausel, dass sie nicht in die Gewalt dieses Eigentümers zurückkehren durften.⁴³⁹

c) Frauen und SC *Velleianum*

Schließlich sei auch auf die Teilnahme der Frauen am Privatrechtsverkehr hingewiesen. Gewaltunterworfenen Frauen bekamen selbstverständlich von ihrem Vater ein *peculium* und bei der Heirat eine Mitgift, die der Versorgung der Frau dienen sollte und ihr wirtschaftliches Gewicht in der Familie des Ehemannes verstärkte. Was die passive Erbfähigkeit anbelangt, waren Frauen und Männer gleichgestellt. In der Rechtsfähigkeit waren sie in gleichem Maß beschränkt wie die Männer, solange sie als Personen *alieni iuris* unter der Gewalt des Vaters standen. In der Handlungsfähigkeit waren Frauen insoweit beschränkter, als sie auch als *sui iuris* mindestens formaljuristisch einen Vormund brauchten für Rechtsgeschäfte von einer gewissen wirtschaftlichen Relevanz. Diesem Umstand wurde durch diverse frauenfreundliche Auslegungen der Juristen begegnet, so dass Cicero empört gegen die Tricks der Juristen wetterte, die nach seiner Ansicht die althergebrachte Sitte der Vorfahren auf diesem Gebiet mit ihren neuartigen Interpretationen unterlaufen.⁴⁴⁰ Wenn der Vormund seine zum Abschluss des Rechtsgeschäfts notwendige *auctoritas* nicht erteilen wollte, konnte die Frau diese beim Prätor beantragen und die notwendige Zustimmung erhalten.⁴⁴¹ Ein an moderne Überlegungen erinnernder Senatsbeschluss ist das *Senatusconsultum Velleianum* aus der Mitte des 1. Jh. n. Chr. Es verbot Frauen das *intercedere*, das „Dazwischentreten“, d.h. das Eingehen von Verbindlichkeiten im Interesse Dritter, *cum eas virilibus officiis fungi et eius generis obligationibus obstringi non sit aequum* (da es nicht gerecht ist, dass sie männliche Aufgaben verrichten und durch derartige Verpflichtungen verbindlich gemacht werden).⁴⁴² Unter das Verbot fielen Bürgschaft, Gesamtschuld, Verpfändung etc. Offiziell stand hinter dem SC der Schutzgedanke, die unerfahrene und schnell unter den Druck vor allem ihres Ehemannes geratende Frau von (deswegen) ungerecht belastenden Rechtsgeschäften zu befreien. Diese waren zwar gültig, konnten aber durch eine von der Frau geltend zu machende *exceptio senatusconsulti Velleiani* entkräftet werden, d.h. im Ergebnis nichtig gemacht werden.

Man könnte spekulieren, ob sich dahinter das Ziel verbarg, echte Privatautonomie zu garantieren – so wie es vor einiger Zeit das Bundesverfassungsgericht mit seiner Rechtsprechung zur Sittenwidrigkeit von Angehörigenbürgschaften getan hat. Die Privatautonomie, so das Bundesverfassungsgericht, sei gewährleistet, wenn keine der Parteien sich in einer Situation struktureller Unterlegenheit gegenüber der anderen befindet.⁴⁴³ Diese Perspektive fährt dazu, dass aus dem „Gegensatz“ Privatautonomie – Schutz des Schwächeren eine funktionelle Einheit gemacht wird: Der Schutz des Schwächeren findet statt, um die Privatautonomie

⁴³⁹ Vgl. Ulp. 8 *de off. proc.* D. 1.6.2.

⁴⁴⁰ Cic. *Mur.* 27, 15-22, dazu A. Bürge, Die Juristenkomik in Ciceros Rede pro Murena, *Zürich* 1974, S.122ff.

⁴⁴¹ Gai. *inst.* 1.190.

⁴⁴² Vgl. den Wortlaut in Ulp. 29 *ad ed.* D. 16.1.2.1.

⁴⁴³ BVerfGE 89,214 ff. (232).

zu garantieren, weil diese die Möglichkeit der Entscheidungsfreiheit voraussetzt. Ist eine der Parteien offensichtlich unterlegen und zu schwach im Vergleich zu der anderen, fährt dies bei dem schwächeren Teil zu Fremdbestimmung. Bei uns intervenieren die Gerichte und üben mit Hilfe der Generalklauseln der §§ 138 und 242 BGB Inhaltskontrolle aus, wodurch die Situation wieder ins Gleichgewicht gebracht werden soll. In Rom vertraute man es den Prätores an, das *SC Velleianum* durch die Gewährung der entsprechenden Einrede für die Frau umzusetzen.⁴⁴⁴ Um eine derzeit häufig gebrauchte moderne Terminologie (in methodisch eher fragwürdiger Weise) auf das römische Recht anzuwenden: dem materialen Recht sollte Priorität vor dem formalen zukommen. Ziel der verfassungsgerichtlichen Intervention in den Fällen der Angehörigenbürgschaften war die Gewährleistung der Privatautonomie (Art. 2 I GG) und des Sozialstaatsprinzips (Art. 20 I, 28 I GG).⁴⁴⁵ Nun ist die Privatautonomie Ausdruck der Handlungsfreiheit, die wiederum einen Aspekt der Entfaltung der Persönlichkeit darstellt. Fraglich ist aber, ob der Schutz, der *a posteriori* durch einen Eingriff in den geschlossenen Vertrag realisiert wird, tatsächlich dem Schwächeren am effektivsten ermöglicht, seine Handlungsfreiheit auszuüben und damit seine Persönlichkeit zu entfalten. Gerade in unserem Zusammenhang gewinnt die Feststellung besondere Brisanz, dass die für römisches Gedankengut eher untypische Intervention durch das *SC Velleianum* zum Schutze des Schwächeren die Konsequenz hatte, dass Frauen zunehmend der Gefahr ausgesetzt waren, vom Rechtsverkehr ausgeschlossen zu werden: Wer will schon ein Rechtsgeschäft abschließen mit einer potentiell so unzuverlässigen Partnerin?⁴⁴⁶ Daher wird auch vertreten, dass das wirkliche Ziel des *Senatusconsultum* nicht der Schutz, sondern der Ausschluss der selbstbewussten und einflussreichen Römerinnen aus dem Rechtsverkehr war.⁴⁴⁷

Im Übrigen kann auf die Diskussion zwischen Verfechtern des Formalismus und Verfechtern der Materialisierung, wobei das zweite für „sozial“, das erste für „liberal“ stehen soll, wie es *Canaris* pointiert formuliert hat,⁴⁴⁸ hier nicht vertieft eingegangen werden. Wenn man den Begriff „formales“ Recht in der Weise interpretiert, dass *ex ante* klare und sichere Regeln aufgestellt werden und gegebenenfalls dem strukturell Stärkeren Informationspflichten auferlegt werden zu dem Zweck, dass nicht nur im Prozess, sondern auch beim Vertragsabschluss ein faires Verfahren für alle gewährleistet wird, dann dient ein solches „formales-Recht“ dem Zweck des Sozialstaats auf Dauer besser als die Materialisierung des Vertragsrechts. Von materialrechtlichen Überlegungen inspirierte Maßnahmen können

⁴⁴⁴ Einzelheiten bei O. *Lenel*, Das edictum perpetuum (oben Fn.5), S.513.

⁴⁴⁵ BVerfGE 89,214 ff. (232).

⁴⁴⁶ Paul.3C)aded. D. 16.1.11.

⁴⁴⁷ Zu dieser Diskussion, vgl. *D. Medicus*, Zur Geschichte des SC Velleianum, 1952, S.139f., der den Schutzgedanken betont. Zuletzt in diesem Sinne auch *U. Männlich*, Frauenschutz vor riskanten Geschäften. Interzessionsverbote nach dem Velleianischen Senatsbeschluss, Köln et al. 1999, bes. S. 140 ff.

⁴⁴⁸ C.-W, *Canaris*, Wandlungen des Schuldvertragsrechts – Tendenzen zu seiner „Materialisierung“, in: AcP 200 (2000), S.273ff., 296ff.

unter Umständen das Gegenteil von dem bewirken, was sie erreichen wollen.⁴⁴⁹ Eine genauere Verfahrensregelung, das „formale“ Recht, das das Zustandekommen des Vertrages normiert, nicht aber seinen Inhalt vorschreibt, bietet dagegen oft Schutz gegen vom Zeitgeist abhängige Interventionen in die Privatsphäre. Die römische Rechtsordnung war jedenfalls tendenziell dadurch gekennzeichnet, dass eine durch gerechte und genauere Verfahrensregeln funktionierende Privatautonomie eine effektive Entscheidungsfreiheit garantiert.

Глава 5. Ритмическая функция закона (Ветютнев Ю.Ю.)

Аннотация

Закон при помощи ритма организует совместную жизнедеятельность крупных человеческих коллективов. Время рассматривается как особый вид единого социального ритма, обладающий делимостью и измеримостью, приходящий на смену ритуальной синхронизации. Отмечается политически обусловленный и юридически опосредованный характер «естественного» календарного времени.

Ключевые слова: время, ритм, справедливость, ритуал, процедура, право, календарь.

Rhythmical Function of Law

Annotation

A law organizes a joint activity of the numerous human collectives through rhythm. Time is examined as the special kind of divisible and measurable uniform social rhythm, coming instead of ritual synchronization. It is marked that the "natural" calendar time based on natural rhythms is politically caused and legally ratified.

Key words: time, a rhythm, equity, ritual, procedure, a calendar.

1. Простой бинарный ритм. Среди социальных ритмов можно различать такую особую и относительно самостоятельную группу, как ритмы дисциплинарные, своеобразие которых заключается в том, что эти ритмы являются результатом социального проектирования, специально создаются и вводятся носителями власти для поддержания порядка; именно это позволяет

⁴⁴⁹ So hat z.B. die Rechtsprechung des BVerfG zur Nichtigkeit von Eheverträgen die Konsequenz, dass Männer nicht mehr heiraten. Ähnlich verhindern arbeitsrechtliche Bestimmungen, die die Einstellung von geschützten Personen wie Behinderten und Frauen bezwecken, letztlich die Anstellung. Konsequenz der Rechtsprechung über Angeschütztenorganschaften ist ein erschwerter Zugang zu Krediten. Ein antikes Beispiel fehlgeschlagener „Planung“ bei *D. Nörr*, Planung in der Antike. Über die Ehegesetze des Augustus, in: *Historiae Iuris Antiqui* (oben Fn. 16), S. 1093ff.

отличать их от различных спонтанных ритмов, к которым относятся, например, закономерности, существующие объективно и независимо от человеческой воли.

Чаще всего такие ритмы возникают и оформляются в такой сфере, как право, выступающее универсальным способом социальной организации. Поскольку право представляет собой явление, имеющее вербальную природу, то можно предположить, что первичный ритм права также коренится в речевой среде. Действительно, такого рода ритм можно обнаружить в архаичных памятниках права; например, текст Салической правды практически полностью выстроен с использованием сложных предложений по модели «если – то»: «§ 1. Если кто будет вызван на суд по законам короля, и не явится, присуждается к уплате 600 ден., что составляет 15 сол. § 2. Если же кто, вызвавши другого на суд, сам не явился, и если его не задержит какое-либо законное препятствие, присуждается к уплате 15 солидов в пользу того, кого он вызовет на суд... § 4. Если же ответчик будет занят исполнением королевской службы, он не может быть вызван на суд. § 5. Если же он будет вне волости по своему личному делу, он может быть вызван на суд, как выше упомянуто»⁴⁵⁰ и т.п. Налицо простой бинарный (двухтактный) ритм, который, по существу, представляет собой способ программирования человеческих действий по типу «стимул-реакция»: каждая конфигурация обстоятельств вызывает строго определенный вид поведения.

Следует заметить, что советская правовая доктрина пыталась представить элементарный ритм правового воздействия как троичный, а не двоичный: господствовало представление, что правовая норма состоит из трех элементов – помимо условий, когда норма применяется («гипотеза»), описания способа действий в этих условиях («диспозиция»), обязательным считалось также указание на последствия нарушения этих требований («санкция»). Между тем еще в 60-х годах XX века было замечено, что нормы многих отраслей права вовсе не имеют такой структуры: скажем, в государственном (конституционном) праве она практически не встречается⁴⁵¹. Современный нормативный материал также свидетельствует о том, что логически и функционально необходимы две ритмические доли; что касается санкции, то она присутствует далеко не всегда, а если и имеется, то не становится третьим элементом, а сама встраивается в другую фазу такого же бинарного ритма («если совершено правонарушение, то оно наказывается следующим образом...»).

К простому бинарному типу ритма относится и такое явление, как справедливость. С правовой точки зрения справедливость имеет место в том случае, если поступок вызывает такие правовые последствия, которые ему адекватны. Например, формула справедливости в Уголовном кодексе РФ выглядит так: «Наказание и иные меры уголовно-правового характера, применяе-

⁴⁵⁰ Цит. по: Салическая правда//Хачатуров Р.Л. Источники права. Вып.2. Тольятти, 1997. С.5.

⁴⁵¹ См.: Шаргородский М.Д., Иоффе О.С. Вопросы теории права. М., 1960. С.36-37.

мые к лицу, совершившему преступление, должны быть справедливыми, то есть соответствовать характеру и степени общественной опасности преступления, обстоятельствам его совершения и личности виновного».

Ритмическая природа справедливости проявляется в двух аспектах. Во-первых, предполагается наличие двух элементов, которые находятся в строго определенной последовательности. Понятие «соответствие», которое примыкает к «ответственности», имеет в своей основе «ответ»; иначе говоря, справедливость строится по коммуникативной схеме вопроса и ответа. Она возникает там, где существует необходимость правильно отреагировать на то или иное человеческое поведение. Таким образом, справедливым может быть лишь то, что происходит вслед за совершенным поступком, как отклик на него: наказание, равно как и поощрение, должно наступать только после деяния, а не предшествовать ему, иначе оно будет несправедливым.

Во-вторых, справедливое решение является не просто ответом на какой-то случившийся акт поведения, но и обладает свойством соразмерности этому акту. Так, в соответствии с принципом талиона, соразмерность сводится к полному совпадению: наказание справедливо, когда оно по своему характеру идентично преступлению. В дальнейшем соразмерность начинает мыслиться как эквивалентность, т.е. не столько тождество, сколько равноценность.

В любом случае юридическая справедливость построена по модели обмена: лицо, совершившее поступок определенного рода, в ответ получает от общества, представляемого публичной властью, своеобразный эквивалент, обладающий одновременно формально-юридическим и социально-ценностным значением. Коренное различие между наказанием и поощрением сводится к тому, что в первом случае и сам исходный акт, и его правовые последствия имеют ценностно-отрицательный характер, а во втором – положительный.

2. Структурирование социального времени. Установление общего ритма представляет собой одну из предпосылок совместной деятельности людей. Согласно определению А. Юбера, время есть символическая структура, которая выражает организацию общества через временные ритмы⁴⁵².

Время как инструмент синхронизации обладает такими специфическими качествами, как делимость, измеримость, наличие общей шкалы и точки отсчета. В качестве объективного основания, к которому крепится временная сетка, используются чаще всего религиозные или природные факторы. Базовыми характеристиками социального времени выступают: его символический характер, коллективная основа формирования представлений о времени и их культурная обусловленность. Однако в обществах со сложной социальной структурой единство времени нарушается тем, что различные коллективы или типы людей вырабатывают собственные модели времени; например, Ж. Гурвич различал восемь типов времени, которые характерны для действующих в обществе субъектов: длящееся, обманчивое, неустойчивое, цик-

⁴⁵² См.: Савельева И.М., Полетаев А.В. История и время. В поисках утраченного. М., 1997. С.485.

лическое, замедленное, переменное, идущее вперед, взрывчатое⁴⁵³. Несовпадение этих ритмов, естественно, способно привести к рассогласованию социальных процессов и нарушению целостности общества.

Каким же образом достигается примирение разных индивидуальных и социальных «времен»? Это происходит путем установления нормативного времени, которое является фоном для всех остальных ритмов и в закреплении которого значительную роль играют правовые формы.

Право и время выполняют общую социальную функцию – обеспечивают синхронизацию, согласование коллективного поведения людей. Право – это формализованная текстуальная среда, служащая, в том числе, для поддержания непрерывности социального времени; оно «создает гарантии того, что будущее будет создаваться по образу прошлого, что неизбежные изменения и адаптации будут осмыслены и сформулированы на языке, не противоречащем прошлому...»⁴⁵⁴. Характерно, что практически одновременно с идеей объективного, универсального и естественного времени появляются аналогичные представления о природе права, которые, впрочем, не приобрели господствующего и общепринятого характера даже в рамках западной культуры.

Право оказывается незаменимым способом конституирования времени благодаря своему письменному характеру. Время может измеряться и планироваться главным образом благодаря своему пространственному закреплению, которое может осуществляться при помощи механизма (например, часов) или письма, как в случае с календарем. «Коллективные представления о времени, раз возникнув, начинают восприниматься индивидами как данность, задаваемая извне»⁴⁵⁵; но для этого необходимо, во-первых, наличие объективированного носителя информации, а во-вторых, властная санкция, придающая ему действенность. Этим требованиям полностью удовлетворяет правовая форма.

Иллюзия полной естественности времени, его независимости от социально-политического устройства не сочетается с тем фактом, что многие важнейшие параметры временного континуума в обществе задаются при помощи правовых форм. Так, структура времени в древнееврейской культуре определяется текстом Торы, являвшейся одновременно священной книгой и основным источником права; то же самое относится к древнеиндийским Законам Ману, Корану и т.п. В Древнем Риме установление календаря изначально относилось к области сакрального права и находилось в руках жрецов-понтификов, которые публично провозглашали начало и окончание месяцев, назначали праздничные дни и т.п.

Грегорианский календарь был также введен документом канонического права – буллой папы Григория XIII «*Inter Gravissimas*» («Среди важнейших»), изданной 24 февраля 1582 г.⁴⁵⁶ Новый революционный календарь Франции,

⁴⁵³ См. подробнее: Там же. С.486-487.

⁴⁵⁴ Бурдые П. Власть права. Основы социологии юридического поля//Социальное пространство: поля и практики. М.-СПб., 2005. С.112

⁴⁵⁵ Савельева И.М., Полетаев А.В. Указ. соч. С.490.

⁴⁵⁶ См.: Климишин И.А. Календарь и хронология. М., 1985. С.216.

построенный на аграрной риторике и символике, с двенадцатью 30-дневными месяцами, названными по погодно-сельскохозяйственному признаку (вандемьер – месяц сбора винограда, брюмер – месяц тумана, и т.п.), был принят 5 октября 1793 года актом высшего представительного органа – Национального Конвента.

В Советской России изменения в структуре времени также были произведены юридическими актами – Декретами СНК РСФСР «О переводе стрелки часов» от 22 декабря 1917 года⁴⁵⁷ и «О введении в Российской республике западноевропейского календаря» от 27 января 1918 года.⁴⁵⁸

В настоящее время в России действуют такие нормативно-правовые акты, как Постановление Верховного Совета РСФСР «О порядке исчисления времени на территории Российской Федерации» от 8 января 1992 г., которым регулируется перевод часов на летнее время и деление территории на часовые пояса, а также Положение о государственной службе времени, на которую возложено, в частности, воспроизведение и хранение национальной шкалы времени, координация работ в области обеспечения единства измерения времени и т.п.

Роль права в организации времени, разумеется, не ограничивается решением вопросов календаря. Помимо количественных, юридически определяются и некоторые качественные параметры различных модусов социального времени. Так, в структурировании индивидуального времени активно участвует трудовое законодательство, которое ставит непроницаемую перегородку между рабочим временем и временем отдыха, не допуская их смешения, а равно и существования какой-то третьей возможности: «Рабочее время – время, в течение которого работник в соответствии с правилами внутреннего трудового распорядка и условиями трудового договора должен исполнять трудовые обязанности» (ст.91 Трудового кодекса Российской Федерации); «Время отдыха – время, в течение которого работник свободен от исполнения трудовых обязанностей и которое он может использовать по своему усмотрению» (ст.106)⁴⁵⁹.

Рабочее время является объектом детального правового регулирования, затрагивающего как продолжительность рабочего времени, его режимы, способы учета, так и поведение работника в течение этого времени. При этом происходит связывание времени и пространства: в рабочее время предписывается находиться на рабочем месте, в противном случае наступает санкция – прекращение трудовых отношений (подп. «а» п.6 ст.81 ТК РФ).

Характерно, что время отдыха определяется как свободное от труда, однако оно также не остается вне правового воздействия, а оказывается регламентированным и подразделенным на выходные, праздники, перерывы, отпуск и др.

⁴⁵⁷ Собрание узаконений РСФСР. 1917. №9. Ст. 142.

⁴⁵⁸ Собрание узаконений РСФСР. 1918. №19. Ст. 289.

⁴⁵⁹ Собрание законодательства РФ. 2002. №1. Ч.1. Ст. 3.

Особо значимым представляется законодательное установление праздничных дней (ст.112 ТК РФ, Указ Президента Российской Федерации «Об утверждении правил установления профессиональных праздников и памятных дней»⁴⁶⁰ и др.). В данном случае речь идет не просто о введении дополнительного времени отдыха, но о символически-ритуальном действии, оформляемом юридическими документами. По словам М.М. Бахтина, «празднество (всякое) – это очень важная первичная форма человеческой культуры. Ее нельзя вывести и объяснить из практических условий и целей общественного труда или – еще более вульгарная форма объяснения – из биологической (физиологической) потребности в периодическом отдыхе... Никакое «упражнение» в организации и усовершенствовании общественно-трудового процесса, никакая «игра в труд» и никакой отдых или передышка в труде сами по себе никогда не могут стать праздничными. Чтобы они стали праздничными, к ним должно присоединиться что-то из иной сферы бытия, из сферы духовно-идеологической. Они должны получить санкцию не из мира средств и необходимых условий, а из мира высших целей человеческого существования, то есть из мира идеалов... При этом празднества на всех этапах своего исторического развития были связаны с кризисными, переломными моментами в жизни природы, общества и человека. Моменты смерти и возрождения, смены и обновления всегда были ведущими в праздничном мироощущении»⁴⁶¹.

Законодательное определение реестра праздничных дней – это еще один способ правовой легитимации общезначимых ценностей: обновления (Новый Год), религии (Рождество Христово), обороны и безопасности (день Защитника Отечества, День Победы), женского начала (Международный женский день), труда (Праздник Весны и Труда), памяти (День Победы), суверенитета (День России), солидарности (День народного единства).

Дисциплинирующая роль юридических форм в отношении социального времени проявляется в том, что практически все правовое поле выглядит как совокупность более или менее строгих сроков (срок действия договора, срок полномочий должностного лица, срок обжалования судебного решения, срок уплаты налогов и т.п.). Пропуск срока, как правило, небезопасен для лица и чреват санкциями, выражающимися в лишении тех или иных социальных благ.

Право создает глубоко структурированную и аксиологически «заряженную» временную среду, состоящую из множества разрозненных эластичных отрезков, что в целом соответствует современному состоянию социального пространства, отличающегося высокой степенью внутренней дифференциации. В условиях пространственной мобильности жесткая и всесторонняя юридическая регламентация времени выступает действенным средством социального контроля.

⁴⁶⁰ Собрание законодательства РФ. 2000. №4. Ст. 371.

⁴⁶¹ Бахтин М.М. Творчество Франсуа Рабле и народная культура средневековья и Ренессанса. М., 1965. С.13-14.

Таким образом, право представляет собой особый текстуальный механизм конструирования и поддержания единой социальной среды. Эта задача решается через использование «буквы» (т.е. письменной формы), наполняемой «духом» (идеей солидарности). Среда, создаваемая правом, характеризуется территориальностью, наличием строгих границ, глубокой внутренней дифференциацией пространства и времени.

3. Сложный ритм процедуры. Специфика процедуры связана с тем, что она, в отличие от остальных видов юридической формы, расположена не только в пространстве, но и во времени. Речь идет о создании особых хронологических структур, которые дисциплинируют социальный организм. В этом смысле юридическая процедура носит характер упорядочивающего и организующего ритма, функционально соответствующего архаичному ритуалу.

Разрастание и усложнение процедур свидетельствует о падении доверия к личностному началу и о стремлении к своеобразной автоматизации социальных процессов, когда ожидаемый результат (например, справедливое судебное решение) достигался бы независимо от воли и сознания отдельных людей. Тем самым процедура как бы заменяет собой индивидуальность, создавая безотказный механизм, который может действовать при минимальных инвестициях личной добродетели.

В современных правовых системах наиболее детально регламентируются три процедуры: законодательная, описывающая порядок создания базовых юридических текстов; избирательная, определяющая способ формирования важнейших институтов власти; судебная, представляющая собой алгоритм применения закона. Таким образом, юридическая процедура, если понимать ее в обобщенном смысле, образует своего рода полный технологический цикл, включающий в себя создание нормативного текста вместе с приведением его в действие и определением круга лиц, правомочных его создавать.

По своей ритмической функции юридическая процедура восходит к ритуалу. Общие свойства, объединяющие процедуру и ритуал, таковы:

- это упорядоченный набор действий, серия однотипных транзакций (Э. Берн);
- системность (ритуал есть система знаков, составляющих текст);
- ритуал осуществляет связь прошлого, настоящего и будущего. В нем присутствует как типичная часть, так и элемент новизны;
- ритуал есть выход из обыденности;
- ритуал характеризуется сакральностью: связывает человеческую и сверхчеловеческую сферу.

Относительно последнего пункта существуют две противоположные точки зрения. Э. Дюркгейм полагает, что ритуал всегда священен. Р. Браун и М. Дуглас помещали в сферу ритуализированного и такие профанные действия, которые являются значимыми для человеческой деятельности («закон прирастания ритуала»).

В этом смысле от ритуала отличается ритуальность – как характеристика социального действия, имеющего черты ритуала, но и отличающегося от него.

По своим функциям ритуал – это одно из самых содержательных явлений культуры. Среди важнейших:

- консолидирующая. Ритуал конструирует и поддерживает единый коллектив;
- информационная. Ритуал – это резервуар знаний, модель мира (миф);
- фокусирующая (мобилизационная). Ритуал приводит человека в «собранное» состояние, концентрирует и мобилизует группу людей.
- креативная. Ритуал содержит информацию творческого характера, вырабатывая творческие потенции.

Максимальное сходство между ритуалом и судебной процедурой существовало на ранних этапах истории права. Средневековые юридические процедуры имели ритуальную структуру. Например, клятва (свидетеля на суде или лица, вступающего в должность) сопровождалась апелляцией к высшему существу, ордалии выявляли истину посредством физических испытаний. Существовали также такие явно магические по своему характеру процедуры, как ритуалы снятия с виселицы («переигрывание» ошибочного приговора) или суды над животными.

Сейчас юридическая процедура сохраняет следующие свойства ритуального характера:

- формализованность. Внешние элементы не выполняют прагматических задач, но являются самоценными, и по их поводу нежелательна рефлексия;
- повторяемость. Сохраняется устойчивая модель действия, без свободы выбора;
- фиксированность: в памяти и документально.

Неотъемлемой частью ритуала является ритм – как упорядоченная последовательность действий, очевидная или неочевидная. Критериями здесь выступают: внутренняя структурированность; цикличность; хронологичность (сопоставление с нормативным ритмом – временем).

Итак, как проявляется ритуальность и ритм в основных юридических процедурах?

1. Судебная процедура, рассмотренная в общем виде, структурируется так: инициирование и начало суда; подготовка дела; основной этап: судебное разбирательство (вставание после входа суда в помещение, открытие слушания, судебное следствие (соствязание и допрос) – спор здесь задает ритм действия; удаление суда, его появление и объявление решения; возможное возобновление этого порядка, но уже в ослабленном виде (апелляция, кассация, пересмотр дела из-за открывшихся новых обстоятельств); исполнение решения.

2. Процедура законотворчества: инициатива – внесение проекта закона; предварительное рассмотрение закона; переход в публичное пространство, обсуждение в нижней палате Парламента, в трех чтениях (что также форми-

рует ритм); затухающая цикличность: рассмотрение в верхней палате; принятие решения Президентом; оглашение.

3. Избирательная процедура: инициатива (регистрация кандидатов); голосование; подсчет голосов; оглашение результатов; затухающая цикличность (в случае второго тура).

Итак, как видно из этих структур, существует некоторый общий ритм юридических процедур: 1) инициирование; 2) торжественное начало; 3) чередование познавательных и волевых операций; 4) публичное оглашение; 5) возможный затухающий ритм.

Глава 6. Сравнительный анализ подходов к правовой медиации в США (Ломакина О.Е.)

Аннотация

В данной главе монографии рассмотрена сущность процесса медиации как актуального способа альтернативного разрешения споров и конфликтов в человеческом обществе. Прослежена тенденция становления правовой медиации в США через совокупность предпосылок, способствующих ее укреплению как социального правового института. Гарвардская юридическая школа заняла лидирующие позиции в разработке концепции правовой медиации в Америке, провозглашая трансформативную и нарративную модели. Сравнительно-правовой анализ двух последних представлен автором в настоящей главе.

Ключевые слова: правовая медиация, альтернативное разрешение, спор, конфликт, Гарвардская концепция, трансформативная и нарративная модели.

Annotation

Law Mediation process as an up-to-date means of Alternative Dispute Resolution is analyzed in the given chapter of the Monograph. The tendency of American Law Mediation to be developed is based upon a number of societal and law-making factors which contribute to its evolvement. Harvard Law School has obtained the leading positions in Law Mediation Conception development in the USA, forwarding transformation and narrative models which are compared and interpreted by the author of the article.

Key-words: law mediation, alternative dispute resolution, a conflict, an argument, Harvard conception, transformation and narrative models.

Считается общеизвестным факт, что технология разрешения конфликтов, основанная на насилии, редко приводит к их урегулированию. Она лишь может временно отсрочить их, создать видимость разрешения, в действительности усугубляя и ожесточая противостояние. В информационном, в значительной степени обусловленном «постмодерном», обществе на первых

его фазах господствует диссенсус, но он постепенно вытесняется практиками переубеждения, формирования устойчивого мнения субъекта о выгодности и предпочтительности для него той линии поведения, которую определяет и требует от него общество, трансформирующаяся «жизненная среда», культурные императивы и конкретные обстоятельства.

Медиация в данных условиях становится эффективным регулятивом улучшения взаимопонимания спорящих сторон, преодоления взаимного недоверия в более комфортных условиях, чем на уровне формального взаимодействия и официальных контактов.

Медиация проходит конфиденциально. Все остается между сторонами конфликта и медиатором, а последний будет держать в секрете все разговоры и всю информацию.

Процесс медиации относительно непродолжителен в сравнении с длительностью судебного разбирательства. Это немаловажное преимущество медиации, особенно в наших условиях, когда суды перегружены и рассмотрение дел тянется месяцами, а иногда и годами. К тому же, медиация может обойтись дешевле, чем традиционные судебные процедуры.

Становится очевидным, что в настоящее время в условиях инновационного развития всех сфер жизнедеятельности российского общества в юридической науке активно обсуждается идея внедрения и законодательного оформления института медиации как альтернативной внесудебной процедуры разрешения споров и конфликтов. Внимание к медиации как способу альтернативного разрешения споров обращено сегодня и со стороны государства.

Поскольку законотворческий процесс предполагает с сохранением доктрины, концептуальных начал законопроекта, возможность уточнения, редактирования его положений, в том числе приемами юридической техники, целесообразно дополнительно обратиться к изучению научных подходов и правового опыта зарубежных стран по данной теме.

В российских источниках публикации на тему медиации во многом строятся на описании общих черт ее процедуры в сравнении с другими формами альтернативного разрешения споров с применением при этом иностранной терминологии без использования адаптированного правового понятийного аппарата. О медиации скорее говорится как о социальном, нежели как о правовом институте.

Рассмотрим историю возникновения и развития медиации в странах англо-саксонской правовой семьи, на примере США.

Популярность медиации в современных условиях связана, прежде всего, с тем, что в США судебная процедура слишком дорогостоящая и продолжительная по времени. Кроме того, решение суда свидетельствует о том, что одна сторона проиграла, а другая – выиграла, а это, естественно, не всех устраивает; подробности дела становятся доступными неопределённому кругу лиц, и, самое главное, решение суда всегда непредсказуемо.

Всего этого можно избежать, решив проблемы в досудебном порядке – в процессе медиации. В некоторых штатах США применение медиации для разрешения гражданских исков обязательно.

Одним из первых исследователей природы медиации был Л. Фуллер, рассматривавший данный феномен в более широком контексте представлений о том, как и какими средствами должна организовываться жизнь в обществе. Примечательно, что Л. Фуллер начал исследовать медиацию еще до 70-х гг. прошлого столетия. Причем предметом его анализа была именно частная медиация, в рамках которой стороны вольны в выборе нейтрального посредника и процессуальных правил, подлежащих применению [Архипов, 2009].

Институт медиации в современном его виде возник в середине XX века в США. К началу XX века в стремительно развивавшейся американской экономике возникла **новая форма конфликтов (первая предпосылка)**: борьба между образовавшимися профсоюзами и работодателями за условия труда и размер заработной платы. Без быстрого разрешения споров возникала угроза забастовок, массовых увольнений и временного закрытия целых фабрик. Тогда государство предложило участникам споров министерство труда в качестве нейтрального посредника. В 1947 году для выполнения этой задачи был создан специальный федеральный орган – Федеральная служба США по медиации и примирительным процедурам (Federal Mediation Conciliation Service, FMCS), который действует и сегодня. Впервые был употреблён термин «медиация». Хотя эта форма ещё не имела характера самостоятельной процедуры, однако она заложила основу для дальнейшего развития института.

Второй предпосылкой к возникновению медиации было появление в конце 60-х гг. таких организаций как «Neighborhood Justice Centers» и «Community Mediation». Это локальные негосударственные организации, деятельность которых была направлена на разрешение конфликтов в семьях, между соседями, а также малообеспеченными лицами. Основной мыслью такой медиации, ориентированной на общественность, была идея предложить определённому кругу лиц, который по финансовым или эмоциональным причинам отказывается от обращения в государственный суд, другую площадку для разрешения споров с более низкими порогами доступа.

Третьей предпосылкой стали особенности американского гражданского процесса, сложившиеся к 60-м годам. А именно некоторые его негативные стороны. Согласно так называемому американскому правилу («American rule») каждая сторона сама оплачивает услуги адвоката независимо от исхода дела. Так что для обеих сторон расходы были неизбежны. В экономических спорах, которые носят комплексный характер, эти неизбежные расходы на адвокатов достигали астрономических сумм. К тому же сам процесс по срокам становился чрезмерно затянутым. В итоге нередко поводом для заключения судебного мирового соглашения становятся просто исчерпание ресурсов и разочарование.

Медиация превратилась в самостоятельную процедуру лишь с середины 70-х годов. В 1981 г. Роджер Фишер и Уильям Ури, профессора Гарвардской школы права, опубликовали результаты своих исследований под заголовком «Getting to Yes»¹. Суть **Гарвардской концепции**, часто определяемой как «совместные действия», основана на разграничении позиции и интересов. Так в процессе переговоров стороны обозначают свои юридические позиции, которые зачастую являются диаметрально противоположными, что и ведёт к невозможности компромисса. В то же время за жёсткими позициями сторон (которые представляют собой самостоятельно разработанный вариант решения) стоят, прежде всего, определённые потребности (интересы) которые в отличие от позиций не являются диаметрально противоположными. Если в ходе переговоров удастся определить эти интересы сторон, то будет сделан огромный шаг на пути к достижению соглашения. Медиатор строит переговоры таким образом, чтобы на первый план вышли именно интересы сторон. То есть достигнутое в процессе медиации решение будет являться взаимовыгодным, нет победителей и проигравших (комбинация «win-win»). Задача медиатора состоит прежде всего в том, чтобы сконцентрировать внимание сторон на их реальных интересах, а не юридических позициях [Ралько, <http://www.ralko.ru>].

Следует отметить, что помимо указанной Гарвардской концепции, выделяют также **трансформативную медиацию**, **медиацию интересов**, а также разграничивают **семейную** и **коммерческую медиацию**, но, несмотря на специфику, незыблемыми должны оставаться принципы, которые и делают медиацию столь эффективной при разрешении споров в любой сфере деятельности [Латухина, 2010].

Существует еще один подход, так называемая **нарративная метафора и медиация**.

Нарративный подход к медиации разработан Джеральдом Монком и Джоном Уинслэйдом, психологами из Новой Зеландии, в настоящее время работающими в США. Нарративная медиация (НМ) основывается на постмодернистской, социально-конструкционистской философии – на предположениях о том, что люди живут и действуют в моделях, описаниях реальности, созданных во взаимодействии людей и институционализированных, и ни одно из этих описаний не является «истинным». Эти описания различаются по степени согласованности и правдоподобия, а также по тому, какие возможности они предоставляют людям для реализации предпочитаемой истории жизни. Каждое из описаний порождено в определенном культурно-историческом контексте.

Наличие множества разных описаний реальности ведет к тому, что конфликт между ними в тот или иной момент неизбежен. Конфликт – неизбежное следствие сложности; в нем сталкиваются сосуществующие в культуре и обществе различные описания того или иного события. Нарративная медиация способствует достижению взаимопонимания между конфликтующими сторонами за счет того, что более глубоко и подробно рассматривает

те общие для всех участников личные и культурные нарративы, которые лежат в основе конфликта.

Рассмотрим цели и задачи нарративной медиации.

Нарративная медиация (НМ) сосредотачивается на тех историях, которые люди используют для того, чтобы придать согласованность своей личной и профессиональной жизни, взаимоотношениям с близкими людьми и с обществом.

Задача нарративной медиации состоит в том, чтобы помочь людям преодолеть раскол, порождаемый конфликтом, путем работы с историями, в которые конфликт встроен, а не путем поиска "объективной истины".

Нарративная медиация рассматривает то, каким образом более широкие социальные силы придают форму конфликту между отдельными людьми и группами, и стремится помочь людям отыскать то, в чем они согласны. Доминирование одних историй над другими выражает распределение власти в социальных отношениях, и при работе нарративного медиатора в фокусе внимания находится именно культура и власть.

Цель нарративной медиации – помочь участникам конфликта выстроить историю, преодолевающую доминирование конфликта над их жизнями [Троссен, [www.adved.ru / article](http://www.adved.ru/article)].

Таким образом, **нарративная медиация** (Д. Монк, Д. Уинслейд) основывается на предположениях о том, что люди живут и действуют в моделях, описаниях реальности, созданных во взаимодействии людей и институционализированных, и ни одно из этих описаний не является «истинным». Нарративная медиация способствует достижению взаимопонимания между конфликтующими сторонами за счет того, что более глубоко и подробно рассматривает те общие для всех участников личные и культурные нарративы, которые лежат в основе конфликта.

Мы провели сравнительно-правовой анализ существующих подходов к медиации в США и представили его в виде следующей таблицы.

Таблица

Сравнительно-правовой анализ подходов к медиации в США

Компоненты медиативного процесса	Медиация интересов (ориентированная на решение)	Трансформативная медиация
---	--	----------------------------------

<p>Определение медиации</p>	<p>В медиации нейтральная третья сторона содействует тому, чтобы конфликтующие стороны нашли такое решение спора или тяжбы, которое будет учитывать интересы обеих сторон.</p>	<p>Медиация способствует тому, что у людей, находящихся в ситуации конфликта, развивается способность к самоопределению и отзывчивость, нарабатываются умения анализировать ситуацию, принимать решения и учитывать точку зрения других людей. Это процесс, направленный на развитие самости и ее позитивного проявления в отношениях.</p>
<p>Ценности и убеждения, лежащие в основе медиации</p>	<p>Отдельный человек есть ядро и первоисточник своего мира. Люди действуют самостоятельно и независимо и могут быть привлечены к ответу за свои действия. Человек действует для того, чтобы удовлетворить свои потребности; чтобы придти к решению конфликтной ситуации, нужно обеспечить, чтобы потребности обеих сторон были удовлетворены. Цель существования сообщества – в том, чтобы выявлять потребности индивида и содействовать их удовлетворению. Люди способны сами принимать решения, и стороны, вовлеченные в конфликт, более способны найти адекватное для себя решение, нежели посторонние лица.</p>	<p>Люди самостоятельны и находятся в отношениях друг с другом. Конфликт – это кризис взаимодействия. Люди, вовлеченные в конфликт, озабочены собой и испытывают относительную неуверенность в том, что представляют собой их цели, потребности и сильные стороны. У них достаточно сил и средств, чтобы решить конфликтную ситуацию, и именно они сами должны определять, где, когда и каким образом они будут это делать. Признание и уважение для людей важнее, чем достижение конкретных целей и обретение выгоды. Медиация способствует более глубокому пониманию людьми самих себя и партнеров, большей ясности в отношениях.</p>

Общая цель медиации	Помочь участникам конфликта сойти с косных позиций и сосредоточиться на тех интересах, которые являются для них общими, чтобы найти решение конфликтной ситуации. Задача медиации – прояснить интересы каждой из сторон, чтобы улучшить понимание проблемы.	Поддерживать желание участников конфликта стать лучше, содействовать развитию их способности действовать с позиции сочувствующей силы. Помочь сторонам перейти от позиций относительной слабости и неуверенности к позиции силы, а от озабоченности собой – к умению слушать и откликаться на мнение другого человека.
----------------------------	---	--

<p>Ключевые стратегии медиации</p>	<p>Признание чувств, улучшение коммуникации между партнерами, выстраивание отношений доверия.</p> <p>Обозначение неудовлетворенных общих потребностей как проблемы, приглашение объединиться в борьбе с этой проблемой.</p> <p>Обдумывание возможных решений, способствующих решению проблемы, каждым человеком по отдельности.</p> <p>Медиатор содействует проведению мозгового штурма, чтобы список вариантов решения был настолько велик, насколько это возможно.</p> <p>Каждый вариант решения оценивается по тому, насколько он способствует обоюдной выгоде сторон.</p> <p>Для оценки используются объективные критерии, такие, как стоимость.</p> <p>В случае, если стороны не могут договориться по содержанию, их побуждают прийти к соглашению по процедурным аспектам.</p> <p>По итогам медиации составляется соглашение, по выполнению которого стороны должны через оговоренное время отчитаться.</p>	<p>В начале – ознакомление участников с представлением о медиации как о процессе, направленном на усиление и признание каждого человека.</p> <p>Стороны определяют как содержание, так и ход процесса, они ведут, а медиатор следует за ними, используя возможности для того, чтобы поддержать и признать сильные стороны и желание стать лучше.</p> <p>Работа ведется в микромасштабе, медиатор сосредотачивается на взаимодействии сторон здесь-и-сейчас, задает открытые вопросы, предлагает отрефлексировать происходящее.</p> <p>Медиатор предлагает сторонам услышать и пересказать позицию партнера (когнитивное признание), задает проясняющие вопросы, направленные на выявление целей, ресурсов, сильных сторон, имеющихся возможностей и недостающей информации.</p> <p>Медиатор поддерживает выражение чувств участниками конфликта, будучи убежден, что эти чувства раскрывают важные сведения.</p>
---	--	--

Таким образом, к основным направлениям американской правовой медиации можно отнести:

- разграничение позиций и интересов, взаимовыгодность решений, отсутствие победителей и проигравших;
- приоритет интересов каждой спорящей стороны;
- воспитание личностных качеств отзывчивости, поддержки, толерантности и развитие аналитических способностей;

- учёт меж и национально-культурных, этнических норм, правил социального взаимодействия и личностной интеракции участников конфликта.

Библиография

1. Архипов, В. Медиация – предмет изучения теоретико-правовых дисциплин / В. Архипов // Третейский суд, 1 (61) 2009.
2. Латухина, К. Суд доброй воли. В России вводится альтернативная процедура урегулирования споров. "Российская газета" – Федеральный выпуск №5227 (148) от 8 июля 2010 г.
3. Ралько В.В. Медиация. Сущность и Технология (<http://www.ralko.ru>), (2010. 2 сентября).
4. Троссен Артур. Применение медиации в судебной практике: зарубежный опыт (www.adved.ru/article), (2010. 8 августа).

Глава 7. Злоупотребления в гражданском и иных отраслях права: сравнительный анализ правового явления (Маликов Е.Ю.)

Аннотация

Работа посвящена актуальным проблемам теоретического и практического характера, связанным с квалификацией действий субъектов в качестве злоупотреблений правом. Исследуется доктринальная характеристика злоупотреблений правом, выявляется место злоупотреблений в системе гражданско-правовых категорий, проводится сравнительно-правовой анализ злоупотреблений, предусмотренных в гражданском праве и других отраслях права (уголовном, административном, семейном и т.п.).

Ключевые слова: злоупотребление правом, правонарушение, причинение вреда, интерес, злоупотребление полномочиями

Annotation

Work is devoted to topical problems of theoretical and practical considerations related to the qualifications of actors in an abuse of law. We study the doctrinal characteristic abuse of the right, reveals an abuse of the system of civil law categories, comparative-legal analysis of abuse under the civil law and other branches of law (criminal, administrative, family, etc.).

Keywords: abuse of right, the offense, harm, interest, abuse of power

В юридической литературе ведется длительная дискуссия, касающаяся понятия злоупотребления правом, правовой природы данного правового явления. Однако если большинство отраслей права рассматривает злоупотребление, как противоправное поведение, как нарушение конкретных запретов, то авторы гражданского законодательства сделали акцент на возможности злоупотребления законным субъективным правом, что подразумевает отсут-

ствие нарушения норм права. Причины такого положения понятны. Гражданское право – единственная отрасль права, имеющая дозволительный характер правового регулирования, что означает наличие в основном управомочивающих норм, количество же запретов сведено к минимуму. Однако избранная юридическая техника привела к проблемам в правоприменительной деятельности, что делает необходимым изучение положительного опыта формулирования норм о злоупотреблении правом другими отраслями права и использовании данного опыта в гражданском законодательстве.

В соответствии с п. 1 ст. 10 ГК РФ не допускаются действия граждан и юридических лиц, осуществляемые исключительно с намерением причинить вред другому лицу, а также злоупотребление правом в иных формах. Не допускается использование гражданских прав в целях ограничения конкуренции, а также злоупотребление доминирующим положением на рынке.

Необходимо отметить, что в цивилистической литературе существует множество определений данного понятия, поэтому мы остановимся на некоторых, на наш взгляд, более значимых.

Одно из фундаментальных определений предложено В. П. Грибановым, который указывал: «Злоупотребление правом есть особый тип гражданского правонарушения, совершаемого управомоченным лицом при осуществлении им принадлежащего ему права, связанный с использованием недозволенных конкретных форм в рамках дозволенного ему законом общего типа поведения»⁴⁶². Анализ данного определения позволяет сделать следующие выводы. Во-первых, под злоупотреблением правом понимается правонарушение, следовательно, правомерные действия не должны подпадать под данное понятие. Во-вторых, злоупотребление правом выражается в использовании недозволенных форм поведения. Мы вернемся к этому определению позднее, проанализировав понятия, предложенные другими авторами.

В. И. Емельянов под злоупотреблением субъективным гражданским правом понимает нарушение управомоченным лицом установленной законом или договором обязанности осуществлять субъективное гражданское право в интересах другого лица в непредвидимых условиях⁴⁶³. Обращают на себя внимание следующие моменты.

Во-первых, автор сужает понятие злоупотребления по сравнению с предложенным В. П. Грибановым. Если В. П. Грибанов пишет в целом о поведении субъекта, которое может подразумевать как реализацию права, так и обязанности, то В. И. Емельянов говорит только об обязанности осуществлять субъективное гражданское право в интересах другого лица.

Во-вторых, думается, не вполне корректно определять злоупотребление правом через обязанность, так как в данном случае речь идет именно о праве субъекта, реализуя которое, он причиняет, например, вред другому лицу. За-

⁴⁶² Грибанов В. П. Пределы осуществления и защиты гражданских прав // Осуществление и защита гражданских прав. – М.: Статут, 2000 (Классика российской цивилистики). – С. 63.

⁴⁶³ См.: Емельянов В. И. Емельянов, В. И. Разумность, добросовестность, незлоупотребление гражданскими правами. – М.: Лекс-Книга, 2002. – С. 34.

конодатель говорит именно о реализации права, а не об обязанности.

В-третьих, такое определение, на наш взгляд, противоречит п. 2 ст. 1 ГК РФ, где указывается, что физические и юридические лица осуществляют свои гражданские права в своем интересе. Автор же пишет о том, что управомоченное лицо должно осуществлять субъективное гражданское право в интересах другого лица. Действительно, и договор, и закон могут предусматривать совершение определенных действий в интересах другого лица. Но тогда, следуя данной концепции, рамки злоупотребления правом крайне сужаются, практически единственно до представительства. Рассматриваемый автор в работе достаточно широко подходит к формам злоупотребления, хотя необходимо отметить, что его подход более узкий, по сравнению с подходами многих других авторов.

В. С. Ем под злоупотреблением правом понимает самостоятельную специфическую форму нарушения принципа осуществления гражданских прав в соответствии с их социальным назначением. Нарушение данного принципиального запрета в процессе осуществления права является гражданским правонарушением даже при отсутствии специальной нормы, указывающей на неправомерность конкретного действия, имевшего место при осуществлении субъективного права⁴⁶⁴. Как и В. П. Грибанов, автор указывает на то, что злоупотребление – это всегда правонарушение. В рамках правомерного поведения злоупотребления быть не может. В отличие от В. И. Емельянова, В. С. Ем акцентирует внимание на том, что даже при отсутствии нормы, указывающей на неправомерность действия, это действие может быть признано злоупотреблением. Бесспорно, данная точка зрения соответствует легальной концепции злоупотребления правом, существующей в действующем Гражданском кодексе РФ. Однако нельзя не отметить, что отсутствие иных критериев, помимо указания на неправомерность деяния, не позволяет достаточно четко охарактеризовать круг деяний, подпадающих под злоупотребление правом. Указание же на реализацию права в соответствии с социальным назначением не уточняет позицию автора, более того, для юриста-практика делает концепцию не вполне ясной.

Сходная позиция высказывается и другими учеными, берущими за основу указание на факт неправомерности действий субъекта права⁴⁶⁵. Однако, хотя все они опираются главным образом на факт наличия правонарушения, в их взглядах имеются существенные различия. Так, например, А. П. Сергеев указывает, что злоупотребление правом – это особый тип гражданского правонарушения, основная специфика которого состоит в том, что действия нарушителя формально опираются на принадлежащее ему право, однако при конкретной его реализации приобретают такую форму и характер, что это

⁴⁶⁴ См.: Гражданское право: в 4 т. Т. I. Общая часть / под ред. Е. А. Суханова. – М.: Волтерс Клувер, 2007. – С. 536.

⁴⁶⁵ См., например: Постатейный научно-практический комментарий к части первой Гражданского кодекса Российской Федерации / под общ. ред. А. М. Эрделевского. – М., 2001. – С. 34. (Библиотечка «Российской газеты».)

приводит к нарушению прав и охраняемых интересов других лиц⁴⁶⁶. То есть, хотя речь и идет о правонарушении, субъект, тем не менее, действует в рамках предоставленного ему права, а значит, фактически действует правомерно, однако форма, которую он выбирает для реализации своего права, нарушает права других лиц. Следовательно, выделяется еще один признак злоупотребления – форма осуществления права. Ранее сходную точку зрения высказывал М. И. Бару, который утверждал, что термином «злоупотребление правом» охватываются случаи, когда управомоченный субъект допускает недозволенное использование своего права, но при этом «внешне опирается на субъективное право»⁴⁶⁷. Тем самым делается акцент именно на недозволенную форму реализации права.

Отличается от приведенных точек зрения мнение Н. И. Клейн, указывающей, что «под злоупотреблением правом следует понимать осуществление гражданами и юридическими лицами своих прав с причинением прямо или косвенно вреда другим лицам»⁴⁶⁸. Ключевым моментом в злоупотреблении правом автор видит причинение вреда. Однако причинение вреда может быть посредством совершения как правомерных действий, так и неправомерных. Следовательно, автор отказывается признавать в качестве одного из критериев злоупотребления правом неправомерность деяния. Сходной точки зрения придерживается А. А. Малиновский, который злоупотребление правом определяет как форму реализации права в противоречии с его назначением, посредством которой субъект причиняет вред другим участникам общественных отношений⁴⁶⁹.

Ю. Ю. Захаров главным признаком злоупотребления правом видит отсутствие интереса. Осуществление права при отсутствии интереса противоречит принципу, установленному п. 2 ст. 1 ГК РФ. Значит, такое действие выходит за пределы осуществления гражданских прав, очерченные законом, и должно квалифицироваться как злоупотребление правом⁴⁷⁰.

Таким образом, можно констатировать, что в цивилистической литературе существуют три основные точки зрения применительно к понятию злоупотребления правом.

Первая группа авторов рассматривают злоупотребление как правонарушение⁴⁷¹. Другие полагают, что это деяние в рамках права и определяющим

⁴⁶⁶ См.: Гражданское право. Т. 1 / под ред. А. П. Сергеева, Ю. К. Толстого. – М., 1996. – С. 222–227.

⁴⁶⁷ См.: Бару М. И. О ст. 1 Гражданского кодекса // Советское государство и право. – 1958. – № 12. – С. 118.

⁴⁶⁸ Гражданское право России. Общая часть: курс лекций / отв. ред. О. Н. Садилов. – М.: Юрист, 2001. – С. 89.

⁴⁶⁹ См.: Малиновский А. А. Злоупотребление правом. – М., 2000. – С. 27.

⁴⁷⁰ См.: Захаров Ю. Ю. Интерес в осуществлении гражданских прав // Арбитражная практика. – 2003. – № 7. – С. 17.

⁴⁷¹ См.: Агарков М. М. Проблема злоупотребления правом в современном гражданском праве // Известия Академии наук СССР. Отделение экономики и права. – 1946. – № 6; Грибанов В. П. Указ. соч. – С. 63; Зайцева С. Г. «Злоупотребление правом» как правовая категория: вопросы теории и практики: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – С. 16; Пашин

фактором является отсутствие интереса ⁴⁷². Третьи указывают на обязательность наличия вреда как признака злоупотребления правом ⁴⁷³.

Рассматривая соотношение злоупотреблений правом и правонарушений, Н. С. Малеин указывал: если субъект действует в границах принадлежащего ему права – и тогда он не злоупотребляет правом, или он выходит за пределы, установленные законом, и таким образом, нарушая закон, не злоупотребляет правом, а совершает элементарное правонарушение, за которое должна следовать ответственность ⁴⁷⁴.

Профессор Я. Янев, исследуя эту проблему, предлагает различать злоупотребление правом, правомерное поведение и правонарушение. В частности, он пишет: «...когда действия по осуществлению субъективных прав и исполнению возложенных юридических обязанностей находятся в полном согласии с нормами права и правом в целом, с назначением субъективных прав и юридических обязанностей, в согласии с общим духом и принципами права, его назначением в обществе и, как правило, с моральными принципами и принципами социалистического общежития, то они правомерны.

Когда действия или бездействие находятся в противоречии с данными правовыми нормами, когда осуществление субъективных прав и исполнение возложенных обязанностей выходят за рамки преследуемых правовыми нормами результатов и целей, вступают в противоречие с назначением, то такие действия или бездействие противоправны, они – правонарушения.

Когда действия или бездействие ни прямо, ни косвенно не нарушают правовых норм и принципов права, но находятся в противоречии с принципами морали и правилами социалистического общежития, нарушают эти правила, в отношении которых закон требует, чтобы они уважались и соблюдались, то в принципе это будет злоупотреблением правом» ⁴⁷⁵.

За разграничение указанных понятий выступает и Е. А. Одегнал. Проводя сравнение злоупотреблений правом и правонарушений, она указывает, что

В. М. Институт злоупотребления субъективными правами *de lege ferenda* // Актуальные проблемы гражданского права: сб. / Под ред. О. Ю. Шиловцова. – М., 2003; Яценко Т. С. Шикана как правовая категория в гражданском праве: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – Волгоград, 2001; и др.

⁴⁷² См.: Захаров Ю. Ю. Интерес в осуществлении гражданских прав // Арбитражная практика. – 2003. – № 7. – С. 17; Радченко С. Д. Понятие и сущность злоупотребления субъективным гражданским правом // Журнал российского права. – 2005. – № 11 (ноябрь). – С. 150, 152, 154; Лихачев Г. Д. Гражданское право. Общая часть: курс лекций. – М.: ЗАО «Юстицинформ», 2005. – С. 34.

⁴⁷³ См.: Одегнал Е. А. Соотношение понятий «злоупотребление правом» и «правонарушение» // Юрист. – 2007. – № 1. – С. 8; Злоупотребление правом: теория проблемы с точки зрения применения в арбитражном процессе // Вестник Федерального Арбитражного суда Западно-Сибирского округа. – 2004. – № 4 (май–июнь). – С. 35.

⁴⁷⁴ См.: Малеин Н. С. Юридическая ответственность и справедливость. – М., 1992. – С. 56.

⁴⁷⁵ Янев Я. Правила социалистического общежития (их функции при применении правовых норм). – М.: Прогресс, 1980. – С. 56.

злоупотребление основано на праве, правонарушение не основано на праве. Злоупотребляющее лицо действует как виновно, так и невиновно. Правонарушитель же действует всегда виновно. Само деяние в злоупотреблении правом носит правомерный характер, но последствия выходят за пределы осуществления права и носят противоправный характер в силу запрещения законом. Правонарушение носит противоправный характер уже в момент совершения. Злоупотребление правом противоречит предписаниям общей нормы (нормы-принципа). Правонарушение нарушает предписания специальной нормы. Последствия, как правило, в форме отказа в защите права, лишения права, как исключение – в форме возложения обязанности возместить причиненный вред – для злоупотреблений. Для правонарушений – ответственность, как правило, в форме возложения обязанности⁴⁷⁶.

Конечно, мы не можем согласиться с автором по ряду выделяемых признаков. Например, санкция за злоупотребление правом – это только отказ в защите права, и норма сформулирована императивно, следовательно, не допускает расширительного толкования. На наш взгляд, лицо, злоупотребляющее правом, должно осознавать, что его деяние причинит вред или может причинить вред, и только в этом случае будет состав злоупотребления правом.

Мы не можем согласиться с тем, что злоупотребление правом имеет в основе правонарушение также по следующим причинам.

Во-первых, из анализа ст. 10 ГК РФ вытекает, что субъект, осуществляя свои права, действует в рамках предоставленного ему законом субъективного права, из чего следует, что действовать он должен правомерно.

Во-вторых, наличие правонарушения делает необходимым для привлечения к ответственности наличие состава: полного (неправомерного поведения, вины, причинной связи и вреда) или усеченного (неправомерного поведения, причинной связи и вреда). Следовательно, субъект, действующий в рамках дозволенного ему законом поведения, не может совершать правонарушение, так как действует правомерно.

В-третьих, обращаясь к мнениям авторов, можно отметить, что все они видят суть правонарушения в причинении вреда. Так, И. А. Покровский отмечал, что ранее обязательства из правонарушений преследовали двоякую цель: с одной стороны, возмещение причиненного вреда, а с другой – имущественное наказание правонарушителя. Однако по мере эволюции карательная функция отпадает, переходя в область уголовного права, а для гражданского права остается только первая функция – возмещение причиненного вреда⁴⁷⁷.

Г. Ф. Шершеневич полагал, что в гражданском правонарушении важна главным образом внешняя сторона – величина причиненного вреда⁴⁷⁸.

⁴⁷⁶ См.: Одегнал Е. А. Указ. соч. – С. 11.

⁴⁷⁷ См.: Покровский И. А. Основные проблемы гражданского права. – М., 1998. – С. 276.

⁴⁷⁸ См.: Шершеневич Г. Ф. Курс гражданского права. – Тула, 2001. – С. 512–513.

М. М. Агарков отмечал, что задачей института обязательств из причинения вреда является возмещение потерпевшему причиненного вреда⁴⁷⁹.

Однако причинение вреда не является признаком злоупотребления правом. С одной стороны, отсутствие вредоносного последствия позволяет нам говорить о том, что субъект действовал в рамках предоставленного ему субъективного права, не нарушая его пределы. С другой стороны, анализ ст. 10 ГК РФ позволяет нам сделать вывод, что законодатель делает акцент именно на осуществлении с «намерением» причинить вред. То есть, лицо имеет цель причинения вреда, но вредоносные последствия еще не наступили. Следовательно, в основу критерия, позволяющего нам отнести какие-либо действия к злоупотреблениям, следует положить не факт причинения вреда, а лишь намерение – цель причинить вред. Мы согласны с мнением, высказанным в этой связи В. П. Грибановым, который считал, что конкретное назначение субъективного гражданского права в некоторых случаях прямо определено в законе посредством указания целей, для которых оно может быть использовано, а также целей, для которых это право использовать нельзя⁴⁸⁰. Несоблюдение этих целей, на наш взгляд, влечет признание осуществления гражданских прав злоупотреблением.

Не следует забывать и о том, что в результате совершения правонарушения на правонарушителя накладывается обязательство в силу той или иной санкции что-либо делать или не делать в отношении другого лица. В злоупотреблении же отсутствует какое-либо обязательство. Злоупотребляющему лицу отказывают в защите его субъективного права.

В-четвертых, в литературе признается, что главным в гражданском правонарушении является «нарушение права»⁴⁸¹. Д. И. Мейер определял гражданское правонарушение как юридическое действие, направленное «со стороны его автора к стеснению другого лица в осуществлении права»⁴⁸². Исходя из анализа ст. 10 ГК РФ, как мы уже утверждали, злоупотребление – это лишь совершение действий с намерением причинить вред, причем будет он причинен в дальнейшем или нет – не ясно.

Таким образом, злоупотребление правом не только коренным образом отличается от правонарушений, оно выступает своего рода ограничителем для совершения действий в рамках, предусмотренных законом. Следовательно, в основе злоупотребления гражданским правом лежит деяние субъекта в рамках предоставленного ему законом субъективного права; злоупотребление не является и не может являться правонарушением.

Бесспорно, нельзя предусмотреть все модели поведения, составляющие состав злоупотребления правом. Однако в литературе предприняты попытки провести классификацию действий, которые могут признаваться злоупотреб-

⁴⁷⁹ См.: Агарков М. М. Проблема обязательств из причинения вреда: содоклад на первой научной сессии ВИЮН // Агарков М. М. Избранные труды по гражданскому праву. – С. 220.

⁴⁸⁰ См.: Грибанов В. П. Осуществление и защита гражданских прав. – С. 82.

⁴⁸¹ См.: Тархов В. А. Гражданское право: курс. Общая часть. – Уфа, 1998. – С. 288

⁴⁸² См.: Мейер Д. И. Русское гражданское право: в 2 ч. Часть 1. – М., 1997. – С. 213.

лениями права. Например, В. И. Емельянов указывает, что модели должного поведения можно подразделить на описательно-результативные, ориентированные и бенефициарные. Описательно-результативные модели содержат существенные признаки должного поведения или называют результат действий, который должен быть создан обязанным лицом. Ориентированные модели должного поведения называют результат, к которому надо стремиться, но не обязательно достичь его. Бенефициарная модель должного поведения указывает на лицо, в интересах которого следует действовать. Для осуществления целевой обязанности любого вида могут предоставляться права с условием их осуществления лишь для выполнения данной обязанности – целевые права-обязанности. Такие права могут осуществляться лишь в мере, определенной обязанностью. Злоупотребить можно лишь целевыми правами, не имеющими четких границ, то есть ориентированными и бенефициарными. Несоблюдение этого требования есть злоупотребление правом. Указанным автором делается вывод, что злоупотребление возможно лишь целевыми правами, которые должны осуществляться в интересах другого лица неопределенными действиями⁴⁸³. Проанализировав аргументы данного автора, примеры, которые он приводит в обоснование своей позиции, можно сделать вывод, что критерием правомерности осуществления прав является соответствие действий субъекта подлежащей цели.

Именно в случаях, когда нет возможности установить четкую модель должного поведения, в качестве средства ее относительного определения должна использоваться цель. Поэтому, наряду с действиями, которые точно описаны в законе (шикана), существуют действия, определяемые указанием на цель, к которой следует стремиться или которую следует избегать. В случае злоупотребления гражданским правом таковой является намерение причинить вред третьим лицам реализацией своего субъективного права. Поэтому делается вывод, что цель выступает одним из главных критериев при квалификации деяния как злоупотребления гражданским правом (наряду со способом осуществления права и осознанием субъектом возможности причинения вреда). Категорию цели необходимо использовать в случаях, когда нет возможности установить четкую модель должного поведения – речь идет о цели действий, которую следует избегать.

Из анализа мнений авторов, проведенного выше, также вытекает, что большинство из них считают любой выход за пределы осуществления права злоупотреблением. Думается, что это не вполне верно. Убедительную аргументацию приводит В. П. Грибанов в следующем примере. Если, например, покупатель не использовал предоставленный ему законом гарантийный срок для заявления требования о качестве проданной вещи, то впоследствии ему будет отказано в удовлетворении требования об устранении недостатков вещи или ее замене. Очевидно при этом, что заявление такого требования после истечения указанного срока осуществления права следует признать выходом

⁴⁸³ См.: Емельянов В. И. Разумность, добросовестность, незлоупотребление гражданскими правами. – С. 45.

управомоченного за временные границы осуществления права. Однако с его стороны в данном случае нет никакого злоупотребления правом и отказ ему в удовлетворении требования не есть санкция за злоупотребление правом. Это объясняется, прежде всего, тем, что гарантийный срок есть не только срок осуществления права требовать устранения недостатков в купленной вещи или ее замены, но и срок существования самого этого права⁴⁸⁴.

Аналогичным образом высказывается и В. И. Емельянов. Проведя сравнение «превышения гражданских прав» и «злоупотреблений гражданскими правами», автор делает вывод о том, что не все причиняющие вред действия, совершаемые с использованием субъективных прав, могут быть названы злоупотреблением правом⁴⁸⁵. Как видно, автор развивает рассуждения в русле указания на действия, причиняющие вред.

Следовательно, не всякий выход управомоченного лица за пределы осуществления права есть злоупотребление правом. Злоупотребление правом имеет место лишь тогда, когда данное субъективное право используется с целью причинить вред.

Не может быть ключевым элементом в понятии злоупотребления правом наличие интереса в осуществлении права. Отсутствие интереса в осуществлении права прямо противоречит п. 2 ст. 1 ГК РФ. Следовательно, такие деяния являются правонарушениями, а не злоупотреблениями правом. Исследуя природу интереса, Н. С. Малеин совершенно справедливо утверждает, что «право не только порождается интересами, не только выражает их, но и охраняет их»⁴⁸⁶.

Относительно интереса в юридической литературе можно выделить две основные позиции. Представители первой позиции включают интерес в содержание субъективного права. Так, О. С. Иоффе включал в содержание субъективного права и элемент интереса, и элемент воли⁴⁸⁷. Г. Ф. Шершеневич признавал и волю, и интерес в качестве характерных признаков субъективного права⁴⁸⁸. К сторонникам данной позиции мы можем причислить и А. В. Венедиктова. В известном определении субъективного права собственности он говорит о «своей власти» и «своем интересе»⁴⁸⁹.

Представители второго направления считали интерес предпосылкой и целью права. Так, С. Н. Братусь писал, что интерес – это предпосылка субъективного права, потому что без интереса не может быть субъективного пра-

⁴⁸⁴ См.: Грибанов В. П. Осуществление и защита гражданских прав. – С. 49–50.

⁴⁸⁵ См.: Емельянов В. И. Разумность, добросовестность, незлоупотребление гражданскими правами. – С. 78.

⁴⁸⁶ Малеин Н. С. Охраняемый законом интерес // Советское государство и право. – 1980. – № 1. – С. 27.

⁴⁸⁷ См.: Иоффе О. С., Грибанов В. П. Пределы осуществления субъективных гражданских прав // Советское государство и право. – 1964. – № 7. – С. 34.

⁴⁸⁸ См.: Шершеневич Г. Ф. Общая теория права. По изд. 1910–1912 гг. – М., 1995. – Т. 2. – С. 198.

⁴⁸⁹ См.: Венедиктов А. В. Государственная социалистическая собственность. – М. – Л., 1948. – С. 38.

ва; интерес – это цель субъективного права, потому что субъективное право выступает в качестве средства достижения цели, направленной на удовлетворение интереса субъекта⁴⁹⁰. Однако автор не включал интерес в содержание субъективного права. Аналогичную точку зрения выражали С. Ф. Кечекьян, В. П. Грибанов, Р. Е. Гукасян⁴⁹¹.

На основании приведенных точек зрения мы можем сделать вывод о том, что существование субъективного права возможно только при наличии интереса у субъекта права. Это вновь подтверждает наш вывод о том, что отсутствие интереса в осуществлении права является правонарушением, а не злоупотреблением правом. В свою очередь, злоупотребление правом всегда имеет определенную цель, выраженную в имущественном интересе: либо причинение вреда, либо получение сверхприбылей путем злоупотребления доминирующим положением, либо защита собственного субъективного права и т. д.

Подводя итог проведенному исследованию, можно констатировать, что объективную сторону состава злоупотребления правом составляют действия или бездействие, которые не выходят за границы модели дозволенного поведения. Субъект, действующий в рамках предоставленного ему субъективного права, имеет или может иметь цель причинения вреда третьим лицам. Субъективную сторону характеризует осознание лицом того факта, что, реализуя право, он может причинить вред третьим лицам.

Обобщая вышесказанное, нами предлагается следующее определение. Злоупотребление гражданским правом – это действие субъекта в рамках предоставленного ему законом субъективного права, реализация которого причинит или может причинить вред другим участникам правоотношений.

Термин «злоупотребление правом» встречается помимо гражданского законодательства в семейном, пенсионном, уголовном и др.

В статьях 56, 69, 141 Семейного кодекса Российской Федерации от 29 декабря 1995 года № 223-ФЗ содержатся указания на злоупотребление родительскими правами. Однако соответствующее понятие не раскрывается. Судебная практика также не дает определение, но делает попытку перечислить действия, которые подпадают под понятие злоупотребления. Так, в Постановлении Пленума Верховного Суда РФ от 27 мая 1998 года № 10 под злоупотреблением правом понимают «использование этих прав в ущерб интересам детей, например, создание препятствий в обучении, склонение к попрошайничеству, воровству, проституции, употреблению спиртных напитков или наркотиков и т. п.».

Из данного определения вытекает два вывода.

Во-первых, злоупотребление родительскими правами должно осуществляться вопреки их назначению, которое определено в ст. 63 СК РФ как обя-

⁴⁹⁰ См.: Братусь С. Н. Субъекты гражданского права. – М., 1950. – С. 20.

⁴⁹¹ См.: Кечекьян С. Ф. Правоотношения в социалистическом обществе. – М., 1958; Грибанов В. П. Интерес в гражданском праве // Советское государство и право. – 1967. – № 1 – С. 45; Гукасян Р. Е. Проблема интереса в советском гражданском процессуальном праве. – Саратов, 1970. – С. 18–19.

занность родителей воспитывать своих детей, заботиться об их здоровье, физическом, психическом, духовном и нравственном развитии, а также обеспечивать получение детьми основного общего образования. То есть, по сути, речь идет о невыполнении родителями своих обязанностей, а значит, злоупотребление возможно не только в форме активных действий, но и в виде бездействия. Более того, поскольку это деяния, нарушающие закон, то речь идет только о противоправном поведении.

Во-вторых, злоупотребление должно причинять вред ребенку.

На основании ст. 26 Федерального закона от 17 декабря 2001 года № 173-ФЗ «О трудовых пенсиях в Российской Федерации» удержания из трудовой пенсии производятся на основании решений судов о взыскании сумм трудовых пенсий вследствие злоупотреблений со стороны пенсионера, установленных в судебном порядке. И здесь понятие злоупотребления правом не раскрывается. В ранее действовавшем пенсионном законодательстве в ст. 128 Закона «О государственных пенсиях в РФ» под злоупотреблением понималось предоставление документов с заведомо неправильными сведениями, сокрытие изменений в составе семьи, которой выплачивается пенсия по случаю потери кормильца, и т. д.

То есть, для констатации наличия злоупотреблений необходимо, чтобы, во-первых, управомоченный субъект совершил определенные действия. Согласно пенсионному законодательству, равно как и гражданскому и семейному, злоупотребление может выражаться как в активных действиях, так и в бездействии (непредоставление сведений). Однако (и в этом состоит отличие пенсионного законодательства от гражданского) эти деяния должны быть противоправными, что, в свою очередь, роднит пенсионное законодательство с семейным. Во-вторых, должен быть причинен вред. Причем вред должен быть реальным, а не потенциально возможным, что прямо следует из п. 2 ст. 25 ФЗ «О трудовых пенсиях в Российской Федерации», в котором предусмотрено следующее: в случае несвоевременного предоставления сведений, что «повлекло за собой перерасход средств на выплату пенсий, виновные лица возмещают Пенсионному фонду причиненный ущерб...». Из этого же пункта названной статьи прямо вытекает, что в пенсионном законодательстве предусмотрен еще один элемент рассматриваемого состава – наличие вины.

По мнению М. Л. Захарова, В. Б. Савостьяновой, Э. Г. Тучковой, вину пенсионера в случае злоупотребления устанавливают пенсионные органы⁴⁹². Однако, на наш взгляд, этот вывод неправомерен – не опирается на закон. Вину должен устанавливать суд, что прямо вытекает из ст. 26 ФЗ «О трудовых пенсиях в Российской Федерации».

Используется термин «злоупотребление» и в уголовном законодательстве. Например, в ст. 185 Уголовного кодекса Российской Федерации от 13 июня 1996 года № 63-ФЗ указывается, что злоупотребление – это «внесение в

⁴⁹² См.: Захаров М. Л., Савостьянова В. Б., Тучкова Э. Г. Комментарий к новому пенсионному законодательству: Постатейный комментарий к Федеральному закону «О трудовых пенсиях в Российской Федерации». – М.: ООО «ТК Велби», 2003. – С. 45.

проспект эмиссии ценных бумаг заведомо недостоверной информации, а равно утверждение проспекта эмиссии, содержащего заведомо недостоверную информацию, или утверждение заведомо недостоверных результатов эмиссии, если эти деяния повлекли причинение крупного вреда». Анализ данной статьи позволяет нам говорить о том, что злоупотребление – это противоправное деяние, характеризующееся с субъективной стороны наличием вины и причиняющее вред (крупный вред). Обращает на себя внимание тот факт, что понятие злоупотребления сформулировано как преступление – противоправное общественно опасное деяние. Такая позиция законодателя, по сути, позволяет нам отнести любое противоправное действие к злоупотреблениям правом. Подобная позиция уже высказывалась в литературе при анализе гражданско-правовой сути злоупотребления правом.

Термин «злоупотребление» встречается в целом ряде статей УК РФ.

Часть 1 ст. 159, ст. 165 регулируют вопросы злоупотребления доверием. В ст. 201, 202, 285 рассматриваются вопросы злоупотребления полномочиями⁴⁹³.

Однако и в этом случае закон уходит от формулирования понятия, обозначаемого данным термином.

Рассматривая состав мошенничества мы видим, что злоупотребление доверием является способом хищения чужого имущества и приобретения права на чужое имущество. Однако ни в законодательстве, ни в доктрине (имеется в виду господствующая позиция), ни в судебной практике понятия обмана и злоупотребления не разграничиваются, а понимаются как единое целое. В частности, под обманом понимают либо сообщение ложных сведений, либо умолчание об обстоятельствах, сообщение о которых являлось обязательным. Варианты таких обманов разнообразны: незаконное получение надбавки за выслугу лет путем подделки документов; получение денег из сберегательной кассы по утерянному (или подложному) аккредитиву; незаконное получение пенсии по старости вместо полагавшейся пенсии по инвалидности (из-за разницы между полученной и полагавшейся пенсией); хищение вещей, сданных владельцем в гардероб, по найденному или украденному жетону и т. д.⁴⁹⁴

Под злоупотреблением доверием, в свою очередь, в теории уголовного права обычно понимается использование виновным для завладения имуществом специальных полномочий или личных доверительных отношений с лицом, в ведении или под охраной которого находится имущество. Более то-

⁴⁹³ По этой проблеме принято Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 16 октября 2009 года № 19 «О судебной практике по делам о злоупотреблении должностными полномочиями и о превышении должностных полномочий» // Российская газета. – 2009. – 30 октября. – № 207.

⁴⁹⁴ См.: Наумов А. В. Практика применения Уголовного кодекса Российской Федерации: комментарий судебной практики и доктринальное толкование. – М.: Волтерс Клувер, 2005. – С. 56.

го, авторы указывают, что между злоупотреблением доверием и обманом не существует принципиального различия⁴⁹⁵.

Аналогично решается вопрос и в ст. 165 УК РФ «Причинение имущественного ущерба путем обмана или злоупотребления доверием». При этом добавляется, что «злоупотребление доверием означает использование виновным предоставленных ему собственником или владельцем имущества полномочий по управлению имуществом во вред доверителю»⁴⁹⁶. Для нас это дополнение имеет принципиальное значение, так как вопрос о злоупотреблении полномочиями будет рассмотрен нами специально, с позиции возможных злоупотреблений.

Особый интерес вызывает норма ст. 201 УК РФ, в соответствии с которой злоупотребление полномочиями – это использование лицом, выполняющим управленческие функции в коммерческой или иной организации, своих полномочий вопреки законным интересам этой организации и в целях извлечения выгод и преимуществ для себя или других лиц либо нанесения вреда другим лицам, если это деяние повлекло причинение существенного вреда правам и законным интересам граждан или организаций либо охраняемым законом интересам общества или государства.

Какие выводы мы можем сделать из анализа данной статьи?

Во-первых, субъект реализует правомочия, предоставленные ему законом. Причем это могут быть действия или бездействие.

Во-вторых, рассматриваемые деяния должны реализовываться вопреки интересам этой организации и в целях извлечения выгод и преимуществ для себя или других лиц либо нанесения вреда другим лицам. Следовательно, злоупотребление характеризуется специфическими целями и задачами. Диспозиция данной статьи специально оговаривает, что указанные интересы должны быть законными, то есть вытекать из уставных задач, целей, содержания деятельности соответствующей организации. В юридической литературе действиями, совершаемыми вопреки законным интересам организации, справедливо называются, например, такие, как заключение заведомо невыгодной сделки или срыв выгодной сделки, сознательный отказ от переговоров, необходимых для обеспечения нормальной деятельности организации, нецелевое расходование средств, распространение данных, подрывающих авторитет организации или вызывающих панику у вкладчиков, акционеров либо отказ спонсоров от поддержки деятельности организации⁴⁹⁷. В сходном составе, предусмотренном ст. 202 УК РФ, деяния расширены за счет указания на то, что злоупотреблением является и реализация полномочий вопреки задачам деятельности. Задачи нотариата, в том числе частного, определены в Основах законодательства Российской Федерации о нотариате от 11 февраля

⁴⁹⁵ См.: Комментарий к Уголовному кодексу Российской Федерации / отв. ред. В. И. Радченко. – М., 2000. – С. 327.

⁴⁹⁶ Комментарий к Уголовному кодексу Российской Федерации. – 2-е изд., перераб. и доп. / Отв. ред. А. И. Рарог. – М.: ООО «ТК Велби», Проспект, 2004. – С. 67.

⁴⁹⁷ См.: Практический комментарий к Уголовному кодексу Российской Федерации / под общ. ред. Х. Д. Аликперова, Э. Ф. Побегайло. – М., 2001. – С. 502.

1993 года № 4462-І. В соответствии с ними нотариат призван обеспечивать защиту прав и законных интересов граждан и юридических лиц путем совершения нотариусами предусмотренных законодательными актами нотариальных действий от имени Российской Федерации.

В уголовно-правовой литературе выделяют следующие наиболее типичные формы злоупотребления полномочиями со стороны частных нотариусов: а) удостоверение незаконных сделок (например, купли-продажи квартиры); б) составление фиктивных документов (например, завещания о наследстве); в) уничтожение документов (например, завещания о наследстве); г) введение в заблуждение клиентов (например, оформление обычного договора купли-продажи квартиры вместо желаемого клиентом договора купли-продажи с правом пожизненного содержания владельца)⁴⁹⁸.

Аналогично решен вопрос и с злоупотреблениями со стороны аудиторов. В частности, аудиторы и аудиторские фирмы проводят проверки бухгалтерской (финансовой) отчетности, платежно-расчетной документации, налоговых деклараций и других финансовых обязательств, могут оказывать услуги по постановке, восстановлению и ведению бухгалтерской отчетности, анализу хозяйственно-финансовой деятельности, оценке активов и пассивов экономического субъекта, консультированию в вопросах финансового, налогового, банковского и иного хозяйственного законодательства Российской Федерации, а также проводить обучение и оказывать другие услуги по профилю своей деятельности⁴⁹⁹. Перечисленные функции составляют круг возможных злоупотреблений со стороны аудиторов.

То есть, исполнение субъектами своих полномочий вопреки интересам определенных субъектов должно рассматриваться как злоупотребление.

В-третьих, такие деяния должны причинять вред лицам.

Как видно, данная конструкция очень близка к гражданско-правовой конструкции злоупотребления правом. Сходен и состав правонарушения. Единственное, что отличает эти составы – это необходимость наличия вины в уголовном преступлении, предусмотренном ст. 201 УК РФ, и возможность отсутствия вины при привлечении к гражданско-правовой ответственности.

Подобным образом сформулированы и положения ст. 285 УК РФ. Объективная сторона злоупотребления должностными полномочиями состоит из трех обязательных признаков: 1) использования должностных полномочий вопреки интересам службы, которое может быть выражено как в действии, так и в бездействии. Использование служебных полномочий представляет собой совершение (несовершение) действий, формально правомерных, входящих в служебную компетенцию должностного лица, связанных с осуществлением прав и обязанностей, которыми оно наделено исключительно в силу занимаемой им должности. Конкретными формами злоупотребления

⁴⁹⁸ См.: Уголовное право Российской Федерации. Особенная часть: учебник / под ред. Б. Т. Разгильдиева, А. Н. Красикова. – Саратов, 1999. – С. 320.

⁴⁹⁹ См.: п. 3 ст. 1 Федерального закона от 7 августа 2001 года № 119-ФЗ «Об аудиторской деятельности» // Собрание законодательства Российской Федерации. – 2001. – № 33 (Часть I). – Ст. 3422.

должностными полномочиями являются: нарушения финансовой дисциплины; сокрытие правонарушений; необоснованное проведение (или непроведение) проверок и ревизий; извлечение имущественной выгоды за счет государственного или муниципального имущества или за счет публичной деятельности иных (подчиненных) лиц без обращения имущества в свою пользу (например, использование военачальником солдат на строительстве загородного дома, использование служебного транспорта в личных целях) и т. п.; 2) общественно опасных последствий в виде существенного нарушения прав и охраняемых законом интересов. Существенное нарушение прав и законных интересов граждан или организаций либо охраняемых законом интересов общества или государства наиболее часто выражается в причинении материального вреда, когда государственным и иным публичным организациям причиняется имущественный ущерб в виде прямых убытков либо упущенной выгоды; 3) причинной связи между деянием и последствиями.

Некоторые авторы усматривают в составе ст. 285 УК РФ не только злоупотребление правом, но и состав шиканы, то есть злоупотребление правом «исключительно» с намерением причинить вред. Следовательно, делают вывод о распространении шиканы в сфере не только гражданско-правовых отношений, но и уголовно-правовых. Например, О. Э. Лейст, анализируя ст. 285 УК РФ, пишет: «...для должностных лиц противоправной является шикана. Для должностного лица шикана – грубое нарушение служебной дисциплины, так как полномочия должны использоваться исключительно в интересах службы»⁵⁰⁰.

Однако мы не можем согласиться с представленным суждением. Дело в том, что шикана представляет собой исключительно гражданско-правовое явление. Действие Гражданского кодекса РФ не распространяется на уголовно-правовые отношения, а применение аналогии здесь недопустимо. Следовательно, применение шиканы к составу преступления, предусмотренного ст. 285 УК РФ, невозможно.

Проведя анализ злоупотреблений, указанных в статьях Уголовного кодекса РФ, можно сделать следующие выводы: во-первых, злоупотребления могут выражаться в форме как активных действий, так и бездействия. Во-вторых, из буквального толкования статей следует, что речь идет о правомерных действиях, входящих либо в круг обязанностей, либо в компетенцию. В-третьих, этими действиями причиняется вред. В-четвертых, деяния реализуются в целях извлечения выгод и преимуществ для себя или других лиц либо нанесения вреда другим лицам. Следовательно, злоупотребление – это реализация прав и обязанностей вопреки тем целям, которые поставил закон перед данным субъектом права.

В Кодексе Российской Федерации об административных правонарушениях от 30 декабря 2001 года № 195-ФЗ утверждается совершенно иной подход к вопросу о злоупотреблении правом. В соответствии со ст. 13.15 зло-

⁵⁰⁰ Теория государства и права: учебник / под ред. М. Н. Марченко. – М.: Зерцало, 2004. – С. 45.

употребление свободой массовой информации – это изготовление и (или) распространение теле-, видео-, кинопрограмм, документальных и художественных фильмов, а также относящихся к специальным средствам массовой информации информационных компьютерных файлов и программ обработки информационных текстов, содержащих скрытые вставки, воздействующие на подсознание людей и (или) оказывающие вредное влияние на их здоровье.

Во-первых, речь не идет о правомерных действиях: включение скрытых вставок является административно-наказуемым деянием. Во-вторых, это всегда совершение активных действий, в отличие от злоупотреблений, предусмотренных ГК РФ и УК РФ. Единственное, что объединяет эти составы – это наличие последствий в виде вреда.

Закон РФ от 27 декабря 1991 года № 2124-1 «О средствах массовой информации» более широко подходит к вопросу о злоупотреблениях. Наряду с указанным выше, в состав включается использование средств массовой информации в целях совершения уголовно наказуемых деяний, для разглашения сведений, составляющих государственную или иную специально охраняемую законом тайну, для осуществления экстремистской деятельности, а также для распространения передач, пропагандирующих порнографию, культ насилия и жестокости. Запрещается распространение в средствах массовой информации, а также в компьютерных сетях сведений о способах, методах разработки, изготовления и использования, местах приобретения наркотических средств, психотропных веществ и их прекурсоров и т. д. В данном случае речь идет не о правомерных действиях, а об уголовно наказуемых.

Следовательно, злоупотребления, о которых говорится в административном кодексе, не имеют ничего общего с злоупотреблениями, предусмотренным в ГК РФ и УК РФ.

Сходный вывод мы можем сделать и относительно ст. 77 Таможенного кодекса Российской Федерации от 18 июня 1993 года № 5221-I, где указывается, что действие лицензии может быть приостановлено на срок до трех месяцев при наличии достаточных оснований полагать, что владелец свободного склада злоупотребляет своими правами. Причем из толкования этой статьи вытекает, что к злоупотреблениям не относятся действия субъекта, нарушающие закон. Следовательно, субъект должен действовать в рамках предоставленного ему права, что делает сходным злоупотребления правом, предусмотренные Таможенным и Гражданским кодексами.

В этой связи мы не можем согласиться с мнением, высказанным В. И. Емельяновым о том, что действия субъекта, обозначаемые термином «злоупотребление правом», являются превышением прав. «Субъекты, о которых говорится в этих правовых нормах, не обязаны осуществлять свои права в интересах других лиц. Совершая названные правонарушения, они причиняют вред любым лицам с использованием прав, предоставленных им лицензией на занятие определенным видом деятельности»⁵⁰¹. Однако, как

⁵⁰¹ Емельянов В. И. Разумность, добросовестность, незлоупотребление гражданскими правами. – С. 56.

нами отмечалось выше, в п. 2 ст. 1 ГК РФ исходит из того, что субъект гражданского права осуществляет права в своем интересе, поэтому ставить злоупотребление правом в зависимость от того, осуществляются ли им права в своем интересе или нет, на наш взгляд, некорректно.

Однако рассматриваемый автор прав в том, что данные злоупотребления различаются с злоупотреблениями, предусмотренными ГК РФ. Дело в том, что Таможенный кодекс РФ не ставит целью злоупотреблений причинение вреда. Соответственно, не усматриваются в нем и такие последствия.

Проведя анализ, мы можем констатировать, что только гражданское и семейное законодательство содержат сходные положения относительно злоупотреблений правом. Это и понятно, так как долгое время в литературе господствовала позиция, согласно которой семейное право считалось подотраслью гражданского права. И только в последнее десятилетие практически единодушно ученые признают самостоятельность семейного права.

Исследование уголовного права показало, что, учитывая длительный опыт правового регулирования отношений, связанных с злоупотреблением правом, авторам гражданского законодательства следовало бы воспользоваться положительным опытом, накопленным в данной отрасли права, особенно применительно к критериям отнесения того или иного деяния к злоупотреблениям.

Помимо этого проведенный анализ позволяет нам утверждать, что необходимо унифицировать нормы, касающиеся злоупотребления правом, для всех видов законодательства, действующих на территории Российской Федерации.

Раздел III. Антикоррупционная экспертиза нормативных правовых актов⁵⁰² (Летяев В.А., Егоров Г.Г.)

Глава представлена в виде аналитического обзора и содержит проблематику нормотворческой активности в области антикоррупционной экспертизы нормативных актов и мнения экспертов, сформировавших рекомендации по изменению действующего законодательства.

Ключевые слова: антикоррупционная экспертиза, коррупциогенность нормы права, коррупционный фактор.

Anticorruption expertise of normative legal acts

Letyaev V.A., Egorov G.G.

The Chapter covers the problem of norm-setting activity in the field of anti-corruption expertise of normative acts and opinions of experts forming recommendations to change existing law.

Key words: anticorruption expertise, korrupciogennost of law, corruption factor.

На основе анализа нормативно-правового регулирования антикоррупционной экспертизы актов федерального и регионального⁵⁰³ уровней (по состоянию на 10 ноября 2010 г.) выявлено федеральных нормативно-правовых актов по данной тематике – 69, региональных нормативно-правовых актов – 1703 (1666 актов по системе LEXPRO, 37 актов по системе «Консультант-Плюс: Волгоградский Выпуск»). Из них:

- федеральных нормативно-правовых актов – 69
- региональных актов – 1666

В следующих субъектах Российской Федерации нормативных правовых актов (НПА) по данной тематике, на указанное время, не найдено:

1. Белгородская область
2. Владимирская область
3. Республика Дагестан
4. Республика Тыва
5. Чеченская республика

Ниже предлагается мониторинг нормативных правовых актов об антикоррупционной экспертизе.

⁵⁰² Исследование осуществлено при финансовой поддержке Российского гуманитарного научного фонда и администрации Волгоградской области (проект № 10-03-2031 а/В), по состоянию нормативно-правовых актов и научной литературы на 10 ноября 2010.

⁵⁰³ Особо выделена Волгоградская область, в связи со спецификой темы грантового проекта.

**Таблица мониторинга НПА об антикоррупционной экспертизе
по субъектам Федерации (октябрь-ноябрь 2010 г.)**

П/н		10.10.2010	10.11.2010	Коэф. прироста	Общая активнос
1	Воронежская область	289	342	1,18	1,162187
2	Вологодская область	113	135	1,19	1,173284
3	Ростовская область	119	129	1,08	1,064610
4	Новгородская область	106	124	1,17	1,148851
5	Волгоградская область	78	100	1,28	1,259079
6	Забайкальский край	32	51	1,59	1,565193
7	Ставропольский край	33	44	1,33	1,309443
8	Республика Мордовия	36	43	1,19	1,173042
9	Курганская область	35	39	1,11	1,094320
10	Новосибирская область	33	39	1,18	1,160642
11	Пензенская область	31	38	1,23	1,203842
12	Саратовская область	29	37	1,28	1,253001
13	Орловская область	33	36	1,09	1,071362
14	Архангельская область	22	30	1,36	1,339203
15	Приморский край	20	27	1,35	1,325811
16	Амурская область	23	25	1,09	1,067480
17	Хабаровский край	16	23	1,44	1,411743
18	Самарская область	17	22	1,29	1,270930
19	Калужская область	18	20	1,11	1,091202
20	Ульяновская область	5	20	4,00	3,928329
21	Московская область	15	19	1,27	1,243971
22	Тюменская область	11	19	1,73	1,696324
23	Республика Бурятия	12	17	1,42	1,391283
24	Санкт-Петербург	14	17	1,21	1,192528
25	Алтайский край	7	15	2,14	2,104462
26	Тверская область	13	15	1,15	1,133171
27	Костромская область	10	13	1,30	1,276707
28	Тамбовская область	11	12	1,09	1,071362
29	Ханты-Мансийский авто- номный округ	6	12	2,00	1,964164
30	Челябинская область	5	12	2,40	2,356997
31	Иркутская область	8	10	1,25	1,227602
32	Кабардино-Балкарская Республика	9	10	1,11	1,091202
33	Республика Адыгея (Ады- гея)	10	10	1,00	0,982082
34	Красноярский край	6	9	1,50	1,473123
35	Ненецкий автономный	8	8	1,00	0,982082

	округ				
36	Смоленская область	8	8	1,00	0,982082
37	Мурманская область	6	7	1,17	1,145762
38	Республика Коми	7	7	1,00	0,982082
39	Свердловская область	5	7	1,40	1,374915
40	Ямало-Ненецкий автономный округ	4	7	1,75	1,718644
41	Астраханская область	6	6	1,00	0,982082
42	Брянская область	1	6	6,00	5,892494
43	Нижегородская область	6	6	1,00	0,982082
44	Республика Карелия	4	6	1,50	1,473123
45	Республика Марий Эл	5	6	1,20	1,178498
46	Республика Саха (Якутия)	5	5	1,00	0,982082
47	Республика Хакасия	5	5	1,00	0,982082
48	Тульская область	5	5	1,00	0,982082
49	Еврейская автономная область	3	4	1,33	1,309443
50	Магаданская область	2	4	2,00	1,964164
51	Республика Башкортостан	4	4	1,00	0,982082
52	Республика Татарстан (Татарстан)	4	4	1,00	0,982082
53	Сахалинская область	3	4	1,33	1,309443
54	Курская область	3	3	1,00	0,982082
55	Москва	3	3	1,00	0,982082
56	Омская область	2	3	1,50	1,473123
57	Республика Калмыкия	3	3	1,00	0,982082
58	Чувашская Республика – Чувашия	2	3	1,50	1,473123
59	Калининградская область	2	2	1,00	0,982082
60	Карачаево-Черкесская Республика	2	2	1,00	0,982082
61	Краснодарский край	2	2	1,00	0,982082
62	Ленинградская область	2	2	1,00	0,982082
63	Оренбургская область	2	2	1,00	0,982082
64	Республика Алтай	2	2	1,00	0,982082
65	Республика Северная Осетия-Алания	2	2	1,00	0,982082
66	Рязанская область	2	2	1,00	0,982082
67	Ивановская область	1	1	1,00	0,982082
68	Камчатский край	1	1	1,00	0,982082
69	Кемеровская область	1	1	1,00	0,982082
70	Кировская область	1	1	1,00	0,982082

71	Липецкая область	1	1	1,00	0,982082
72	Пермский край	1	1	1,00	0,982082
73	Псковская область	0	1	1,00	0,982082
74	Республика Ингушетия	1	1	1,00	0,982082
75	Томская область	0	1	1,00	0,982082
76	Удмуртская Республика	1	1	1,00	0,982082
77	Чукотский автономный округ	0	1	1,00	0,982082
78	Ярославская область	1	1	1,00	0,982082
79	Белгородская область	0	0	0,00	0
80	Владимирская область	0	0	0,00	0
81	Республика Дагестан	0	0	0,00	0
82	Республика Тыва	0	0	0,00	0
83	Чеченская республика	0	0	0,00	0

Опережающая активность в правовом регулировании антикоррупционной экспертизы характерна на текущий момент для законодательства федерального уровня⁵⁰⁴.

Наибольшее число НПА в данной области выявлено в следующих субъектах РФ: Воронежской (342 акта), Волгоградской (137), Вологодской (135), Ростовской (129), Новгородской областях (124). Наибольшая правотворческая активность за период с октября по ноябрь 2010 г. выявлена в Брянской области, Ульяновской области, Челябинской области, Алтайском крае, Ханты-Мансийском автономном округе, Магаданской области, Ямало-Ненецком автономном округе, Тюменской области, Забайкальском крае.

Ряд субъектов Федерации только начинают формирование НПА в данной области (Чукотский автономный округ, Томская область, Псковская область). В следующих субъектах Российской Федерации НПА по данной тематике не выявлено: Владимирская область, Республика Дагестан, Республика Тыва, Чеченская республика.

В то же время следует отметить повышенную активность Воронежской области, на 10.11.2010 общее количество составляло – 342 акта, из них областного значения – 22. При этом наблюдается значительное усиление нормотворческой активности в 2010 г. (20 актов против 2 в 2009 г.). Антикоррупционная программа данного субъекта Федерации направлена на искоренение коррупции в системе исполнительной власти. Целями антикоррупционных программных мероприятий в Воронежской области являются повышение эффективности взаимодействия администрации области и общества в сфере государственного управления, обеспечение защиты прав и законных интересов граждан, общества и государства от угроз, связанных с коррупцией. Основ-

⁵⁰⁴ Статистика сформирована на основании данных системы LEXPRO на 10.11.2010 г. Для более полной и оперативной актуализации данных по Волгоградской области привлечены данные системы «КонсультантПлюс: ВолгоградскийВыпуск» на 01.12.2010 г.

ной причиной такой активности, на наш взгляд, является высокая степень административно-территориального дробления этого субъекта Федерации: 534 муниципальных образования (3 городских округа, 31 район, 29 городских поселений, 471 сельское поселение).

Для повышения эффективности работы по проведению юридической антикоррупционной экспертизы необходимо проведение постоянного мониторинга выявляемых нарушений федерального законодательства, допускаемых при принятии правовых актов, а также коррупционных факторов с целью определения наиболее типичных. Осуществление такого анализа позволит в значительной степени оптимизировать механизм противодействия коррупции.

Проанализировав нормативно-правовое регулирование антикоррупционной экспертизы актов Волгоградской области отмечено следующее:

Наибольшее число НПА в данной области выявлено в следующих муниципальных образованиях: Палласовский район (15 актов), Калачевский район (10), Михайловский район (10), Ленинский район (9), Камышинский район (8);

В следующих муниципальных образованиях Волгоградской области НПА по данной тематике не выявлено: Новоаннинский район, Новониколаевский район, Урюпинский район, Чернышковский район.

Установлено, что в Волгоградской области к коррупциогенным факторам, кроме общепринятых, относятся:

- повышенные требования к лицу, предъявляемые для реализации его права;
- дефекты конкурсных процедур при предоставлении какого-либо права или преимущества в выделении хозяйствующим субъектам денежных средств из областного бюджета (отсутствие механизма обеспечения достаточного количества участников конкурса, низкая информированность потенциальных участников конкурса о его проведении, недостаточный период времени между объявлением конкурса и окончанием приема заявок участников, необоснованное применение закрытого конкурса, отсутствие четких критериев конкурсного отбора);
- значительная свобода нормотворчества структурных подразделений Администрации области.

На текущий момент используются следующие основные методики при анализе коррупциогенности нормативных актов.

Методики, принятые на федеральном уровне:

1. Методика, закрепленная в документе «Памятка эксперту по первичному анализу коррупциогенности законодательного акта»⁵⁰⁵;

2. Методика, утвержденная в Постановлении Правительства РФ от 5 марта 2009 г. № 196 «Об утверждении Методики проведения экспертизы проектов нормативных правовых актов и иных документов в целях выявляе-

⁵⁰⁵ Краснов М.А., Талапина Э.В., Тихомиров Ю.А., Головщинский К.И., Южаков В.Н. Анализ коррупциогенности законодательства: Памятка эксперту по первичному анализу коррупциогенности законодательного акта / Под ред. В.Н. Южакова. М.: Статут, 2004.

ния в них положений, способствующих созданию условий для проявления коррупции»;

3. Методика, утвержденная в Постановлении Правительства РФ от 26.02.2010 года № 96 «Об антикоррупционной экспертизе нормативно-правовых актов и проектов нормативно-правовых актов» (в связи с принятием указанного документа утратило силу Постановление Правительства РФ от 05.03.2009 г. № 196);

Рассмотрено несколько методик, утвержденных на региональном уровне, например:

1. Методические рекомендации по проведению экспертизы проектов законодательных и иных нормативных правовых актов на коррупциогенность. Утверждены Протоколом заседания постоянной рабочей группы по вопросам реализации Стратегии антикоррупционной политики Министерства Юстиции Республики Татарстан от 31 октября 2006 года № 1;

2. Постановление Администрации Архангельской области от 03.06.2008 № 123-па/15 «Об утверждении методики проведения экспертизы правовых актов и их проектов на коррупциогенность в исполнительных органах государственной власти Архангельской области и в аппарате Администрации Архангельской области»;

3. Указ Губернатора Свердловской области от 13.03.2009 г. № 228-УГ «Об утверждении методики проведения антикоррупционной экспертизы нормативных правовых актов Свердловской области и проектов нормативных правовых актов Свердловской области».

Фактически в настоящее время в российском законодательстве сложилась ситуация, когда нормативно-правовые акты принимаются без новелл, а с учетом опыта предыдущих лет. Отметим, что методика проведения антикоррупционной экспертизы, разработанная и закрепленная в Памятке эксперту по первичному анализу коррупциогенности законодательного акта, содержит обширный и практически весь известный круг коррупциогенные факторов, эти факторы и легли в основу подзаконных актов, принятых Правительством РФ № 196 и 96, а также в региональных НПА органов государственной власти. С

На текущий момент постановлением Правительства РФ от 26.02.2010 года № 96 исключены из методики проведения антикоррупционной экспертизы некоторые коррупциогенные факторы, которые существовали в Постановлении правительства РФ от 05.03.2009 г. № 196. Многие эксперты полагают, что этот шаг назад.

Были привлечены также мнения экспертного сообщества по проблематике проведения антикоррупционной экспертизы.

В ходе нашего исследования была проанализированы монографии, учебные пособия, комментарии законодательства: Власов И.С. Правовые акты: антикоррупционный анализ: научно-практическое пособие под ред. В.Н. Найденко, Ю.А. Тихомирова, Т.Я. Хабриевой. Контракт, Волтерс Клувер. 2010; Ю.М. Буравлев. Виды юридической ответственности в системе государственной службы. – М.: Монография. Издательская группа «Юрист».

2008; Ю.А. Тихомиров. Законодательная техника. М., 2000; Краснов М.А., Талапина Э.В., Тихомиров Ю.А., Головщинский К.И., Южаков В.Н. Анализ коррупциогенности законодательства: Памятка эксперту по первичному анализу коррупциогенности законодательного акта / Под ред. В.Н. Южакова. М.: Статут, 2004; Талапина Э.В., Южаков В.Н. Методика первичного анализа (экспертизы) коррупциогенности нормативных правовых актов / Под ред. В.Н. Южакова М.: Статут, 2007; Сырых В.М. Социология права. М. 2002; А.В. Филатова. Регламенты и процедуры в сфере реализации государственного контроля (надзора). Саратов. 2009; Л.Ю. Грудцына. Адвокатура, нотариат и другие институты гражданского общества в России. Монография. – М.: Издательство «Деловой двор», 2008; А.В. Филатова. Экспертиза регламентов и процедур исполнения государственных функций в системе экспертной деятельности России. Монография. «ДМК Пресс». 2009; М.А. Лапина. Реализация исполнительной власти в Российской Федерации. – М: Издательство института проблем риска. 2006; 2. С.Ю. Наумов. Комментарий к Федеральному закону от 25.12.2008 года № 272-ФЗ «О противодействии коррупции». – М.: Юстицинформ. 2009; Ю.А. Тихомиров, Д.Б. Горохов. Правовой мониторинг: Научно-практическое пособие. – М.: Юриспруденция, 2009.

Нами выявлена частота обращения к данной проблематике в федеральных журналах. Всего для исследования привлечено 76 статей.

Определено, что основным источником публикаций по данной проблематике является «Журнал российского права» – 13 статей. Это статьи следующих авторов: Л.В. Андриченко, М.Е. Глазкова, Д.Б. Горохов, Ю.А. Доронин, В.Н. Найдено, С.Е. Нарышкин, Н.В. Путило, А.Н. Соколов, Е.И. Спектор, Ю.А. Тихомиров, Т.Я. Хабриева, А.М. Цирин, Ф.В. Цомартова, Е.В. Черепанова, А.Н. Чертков.

На втором месте – журнал «Законодательство и экономика», для исследования взято шесть статей из этого журнала. Их авторы: Д.Б. Горохов. Л.Ю. Грудцына, В.Н. Еременко, И.А. Ефремов, И.И. Лившиц, Е.А. Мишина, В.Н. Евдокимова.

Пять статей привлечено из журнала «Юридический мир», авторы которых: Ю.М. Буравлев, В.В. Гриб, О.Г. Карпович, К.А. Стрельников, интервью с первым заместителем Министра юстиции РФ Александром Вячеславовичем Федоровым.

Статьи из журнала «Следователь», авторы которых: В.Н. Агеев, С.А. Бессчастный, А.Э. Бикмухаметов, П.А. Кабанов, С.В. Матковский.

Четыре статьи из журнала «Российская юстиция», авторы которых: Ф.П. Васильев, Д.Ю. Гончаров, Л.Ю. Грудцына, А.С. Дугенец, А.К. Есян.

Три статьи из журнала «Административное и муниципальное право», авторы которых: А.В. Куракин, А.В. Филатова, К.В. Черкасов.

По три статьи из журналов: «Безопасность бизнеса», «Право в вооруженных силах», из газеты «ЭЖ-Юрист».

По две статьи из журналов «Российский судья», «Конституционное и муниципальное право», «Государственная власть и местное самоуправление», «Адвокат», «Законность», «Эксперт-криминалист».

Рассмотрен автореферат А.В. Куракина диссертации на соискание ученой степени доктора юридических наук (Люберцы, 2008) – Актуальные проблемы административно-правовых средств предупреждения и пресечения коррупции в системе государственной службы РФ, учебные пособия, комментарии законодательства.

14 статей были отобраны для исследования из иных журналов и изданий.

На основе анализа привлеченной литературы сформулированы некоторые предложения по совершенствованию действующего федерального и регионального нормативно-правового регулирования, актов местного самоуправления.

Остановимся, прежде всего, на важнейшей работе И.С. Власова, Т.О. Кошаевой, В.Н. Найденко, А.А. Колесник, А.М. Цирина «Правовые акты: антикоррупционный анализ». В работе детально рассмотрены требования, предъявляемые к правовым актам, их качество, дефекты. Проведен анализ развития законодательства об антикоррупционном анализе, обозначены субъекты антикоррупционного анализа и оценки правовых актов на коррупциогенность. Авторами приведена и рассмотрена процедура проведения антикоррупционной экспертизы проектов нормативных правовых актов, рассмотрен порядок проведения антикоррупционного анализа и оценки реализации правовых актов.

Так, например, в работе авторы отмечают, что на данный момент общими основаниями для начала антикоррупционной экспертизы проектов правовых актов являются:

- 1) подготовка проекта нормативного правового акта;
- 2) принятие решения о проведении независимой экспертизы проекта правового акта;
- 3) поступление нормативного правового акта на государственную регистрацию в Минюсте России.

Отдельного рассмотрения, по мнению авторов, заслуживает проблема создания организационных основ проведения такой экспертизы в отношении ранее принятых правовых актов – проблема объема антикоррупционной экспертизы. Авторы отмечают, что в настоящее время активно развивается позиция о необходимости ее регламентации в специальном законе.

Проект такого закона подготовлен Генеральной прокуратурой и направлен Президенту РФ для рассмотрения. Альтернативный проект Федерального закона «Об антикоррупционных стандартах и антикоррупционной экспертизе нормативных правовых актов и их проектов в Российской Федерации» презентован Центром стратегических разработок на круглом столе «Антикоррупционная экспертиза нормативных правовых актов Российской Федерации: организация проведения и совершенствование механизма».

В Минюсте России придерживаются позиции, согласно которой антикоррупционная экспертиза в отношении уже принятых нормативных правовых актов должна проводиться прокуратурой, а в отношении проектов нормативных правовых актов – Минюстом России.

В качестве решения указанных проблем авторы предлагают следующее: в отношении ранее принятых нормативных правовых актов усилий одной лишь прокуратуры явно недостаточно. Необходимо создать систему оценки с привлечением более широкого круга субъектов (органов государственной власти и органов местного самоуправления, иных заинтересованных лиц). В субъектах РФ такая работа может вестись на основе утверждения графиков антикоррупционной экспертизы ранее принятых правовых актов. Указанные графики могут утверждаться по представлению региональных комиссий по противодействию коррупции, утверждаемых высшим должностным лицом субъекта РФ⁵⁰⁶.

В целом отметим, что в работе выделяются следующие основные этапы процесса проведения антикоррупционной экспертизы. Приводятся правила и методы оценки проектов нормативных правовых актов на коррупциогенность. Указывается типология коррупционных факторов. Рассмотрены аспекты правового мониторинга.

В целом в работе авторами рассмотрен большой спектр проблем. Предлагаются пути их решения. В качестве примера можно привести проблему юридических коллизий. Для ее решения авторы предлагают следующее: коллизионные нормы. С их помощью разрешаются прежде всего коллизии, возникающие в правовой системе, в законодательстве, по объективным причинам; устраняется столкновение норм, как следствие ошибок, непоследовательности действий нормотворческих органов⁵⁰⁷.

Детальные аспекты антикоррупционной экспертизы рассмотрены также такими авторами, как Васильев В.П. и Дугенец А.С. Они рассмотрели следующие вопросы: субъектный состав лиц, осуществляющих экспертизу; в каких документах отражаются выявленные коррупциогенные факторы; правила проведения антикоррупционной экспертизы. Также авторы затрагивают вопросы проведения независимой экспертизы, а также требования, предъявляемые к аккредитации независимых экспертов⁵⁰⁸.

Теперь перейдем, к рассмотрению иных проблем, поставленных авторами в исследуемой нами литературе.

Четко установленные процедуры проведения антикоррупционной экспертизы нормативных правовых актов создают стабильный режим обеспечения высокого качества последних. Эта задача не может быть достигнута в условиях принятия множества производных от них подзаконных актов (в том числе и локальных), вносящих неоправданную вариативность в регулирование в этой сфере. Конечно, все НПА местного уровня, должны соответствовать НПА федерального уровня, однако большое количество последних создает трудности для определения той методики, которая соответствовала бы еди-

⁵⁰⁶ Власов И.С. Правовые акты: антикоррупционный анализ: научно-практическое пособие. под ред. В.Н. Найденко, Ю.А. Тихомирова, Т.Я. Хабриевой. Контракт, Волтерс Клувер. 2010. Режим доступа: СПС «Консультант-Плюс».

⁵⁰⁷ Там же.

⁵⁰⁸ Ф.П. Васильев. А.С. Дугенец. Антикоррупционные экспертизы нормативных правовых актов // Российская юстиция. 2010. № 4.

нообразному проведению антикоррупционной экспертизы НПА и их проектов во всех органах государственной власти РФ. Так, Т.Я. Хабриева пишет, что большая часть проблем такого рода могла бы быть преодолена за счет разработки типового акта федерального органа исполнительной власти о порядке проведения экспертизы проектов нормативных правовых актов и иных документов в целях выявления в них положений, способствующих созданию условий для проявления коррупции.⁵⁰⁹

С нею соглашается И.И. Лившиц, который отмечает, что в России не привилось прямое действие законов. Для того, чтобы официально утвержденный Президентом России закон начал действовать, необходимо издание подзаконных актов, таких как постановление Правительства России, утвержденное его Председателем, решение администрации субъекта, утвержденное губернатором и т.п.⁵¹⁰.

Т.Я. Хабриева верно указывает, что неотъемлемым условием достижения целей административной реформы в Российской Федерации, осуществление которой запланировано на конец 2010 года, является разработка действенных механизмов противодействия коррупции, в числе которых: подготовка типовых антикоррупционных программ для федеральных органов исполнительной власти, органов исполнительной власти субъектов Федерации, а также разработка ведомственных антикоррупционных программ; внедрение и осуществление антикоррупционной экспертизы законопроектов и иных нормативных правовых актов; пробное внедрение механизмов противодействия коррупции в сферах деятельности органов исполнительной власти и поэтапная реализация антикоррупционных программ в органах исполнительной власти; постепенное развертывание системы мониторинга уровня коррупции и проводимых антикоррупционных мероприятий⁵¹¹.

Для решения указанных положений авторы предлагают:

- ускорить принятие федерального закона об административных процедурах (регламентах);
- определить общую схему взаимодействия органов исполнительной власти, конкретизировав ее применительно к органам власти Российской Федерации и субъектов Федерации;
- положения об органах власти составлять терминологически точно, исходя из концепции полномочий (единства прав и обязанностей органа власти и исключительного характера его прав);
- отражать все необходимые элементы компетенции органа власти в положениях об органах власти. При определении и утверждении статуса органа государственной власти и органа местного самоуправления необходимо включать цели (задачи), порядок образования, форму собственности, состав

⁵⁰⁹ Т.Я. Хабриева. Формирование правовых основ антикоррупционной экспертизы нормативно-правовых актов // Журнал российского права. 2009. № 10.

⁵¹⁰ И.И. Лившиц. О криминалоемкости российских законов // Законодательство и экономика. 2008. № 4.

⁵¹¹ С.Е. Нарышкин, Т.Я. Хабриева. Административная реформа в субъектах РФ // Журнал российского права. 2008. № 10.

(структуру), основные функции, подчиненность, типы взаимоотношений с иными субъектами управления, организацию работы, виды правовых актов, права руководителя, материально-финансовую базу, основания для ответственности;

- соблюдать правило о том, что орган власти наделяется компетенцией законом или актом вышестоящего органа власти;

- ввести строго формализованный порядок осуществления большинства действий в органах власти для снижения процента административного усмотрения;

- завершить работу по устранению дублирующих полномочий различных органов власти (федеральных, региональных, местных)⁵¹².

Кроме того, важно отметить, что некоторые авторы справедливо отмечают следующее: законность в противодействии коррупции требует того, чтобы сама антикоррупционная деятельность была предусмотрена законом, т.е. была законной. А сами создатели норм права, направленных на противодействие коррупции, должны обладать правом на принятие соответствующих нормативных актов⁵¹³.

Некоторые исследователи утверждают, что с коррупцией необходимо бороться на законодательном уровне, устраняя проблемы, которые способствуют коррупционным проявлениям. Эти проблемы связаны со следующим: 1) качество правового регулирования государственной службы; 2) качество правового регулирования различных видов деятельности, которые являются объектом управления со стороны государства⁵¹⁴. Для решения этой проблемы Н.И. Дорохов предлагает следующее: проработку в законодательстве процедурных вопросов государственной службы, совершенствование системы налогообложения, изменение кадровой политики в сфере государственного управления, установление партнерских отношений между властью и гражданским обществом.

По мнению А.Н. Соколова следует предусмотреть следующие меры:

- принятие блока антикоррупционных законов, хорошо обеспеченных государственными ресурсами и с жестким контролем исполнения;

- разработка четких определений, понятий «коррупция», «антикоррупционные стандарты», «коррупционные деяния», «незаконное обогащение», «субъекты коррупции» как факторов профилактики или уменьшения воздействия коррупции на работу определенной сферы;

- создание действенной системы независимого контроля и надзора в области борьбы с коррупцией;

- антикоррупционная экспертиза российского законодательства;

⁵¹² Там же.

⁵¹³ С.Ю. Наумов. Комментарий к Федеральному закону от 25.12.2008 года № 272-ФЗ «О противодействии коррупции». – М.: Юстицинформ. 2009.

⁵¹⁴ Н.И. Дорохов. Некоторые аспекты оценки коррупции как социально-правового явления // Военно-юридический журнал. 2006. № 4.

С ним соглашается А.Н. Соколов в статье: Коррупция, гражданское общество и правовое государство // Журнал Российского права. 2008. № 8.

- антикоррупционный контроль в сферах выработки и принятия управленческих решений в органах государственной власти и местного самоуправления;

- жесткий антикоррупционный контроль за выдачей всех видов квот, лицензий, разрешений;

- введение кодексов поведения для государственных служащих;

- идеологическое обоснование борьбы с коррупцией;

- принятие Закона о лоббировании;

- жесткий контроль над расходами чиновников и членов их семей, запрет чиновникам принимать подарки.

По мере необходимости борьбы с коррупцией этот перечень может корректироваться, отмечает автор⁵¹⁵.

Коррупция – это системное явление, которому следует противопоставить и системные меры противодействия. Поэтому Ю.М. Буравлев указывает, что их основу должны составить: правовые меры – совершенствование существующего и принятие нового антикоррупционного законодательства, качественное улучшение правоприменения; принудительно-превентивные; организационные; воспитательно-профилактические. Особо следует выделить меры, направленные на создание системы стимулов к антикоррупционному поведению⁵¹⁶.

Проблему борьбы с коррупцией в налоговой сфере затрагивает А.В. Козлов, который отмечает, что коррупция приводит к возникновению дополнительного неизбежного налога на предпринимательскую деятельность, который порождает обширный оборот незаконных доходов, вращающихся вне рамок законодательного поля. Потребность в легализации незаконных доходов ведет к бегству капитала за рубеж, где эти средства консолидируются на бесчисленных счетах в офшорных банках. Коррупция фактически приводит к изъятию из законного оборота значительной части средств, которые, будучи выведены из области легального обращения, не могут быть направлены на цели инвестирования. Под давлением коррупции начинает меняться сама экономическая система: принципы рыночной конкуренции постепенно уступают место принципам теневого лоббирования.

Среди возможных мер предупреждения коррупции, в том числе в налогово-бюджетной сфере, специалисты отмечают такие специальные меры, как: подготовка и принятие ряда антикоррупционных законодательных актов; проведение экспертизы действующего законодательства для выявления неопределенностей, способствующих росту коррупции; внедрение комплекса мер финансового контроля над государственными служащими⁵¹⁷.

⁵¹⁵ А.Н. Соколов. Коррупция, гражданское общество и правовое государство (сравнительно-правовой анализ) // Журнал Российского права. 2008. № 8.

⁵¹⁶ Ю.М. Буравлев. Коррупция в государственном аппарате как системное явление. Проблемы противодействия // Юридический мир. 2008. № 12. С.56-59.

⁵¹⁷ А.В. Козлов. К проблеме борьбы с коррупцией в налогово-бюджетной сфере // Налоги (журнал). 2008. № 2.

Также отметим, что в налоговой сфере в качестве меры по борьбе с коррупцией выступает обязанность декларировать доходы. Об этом пишет О. Заболонкова в статье «Антикоррупционная мера: обязанность декларировать доходы»⁵¹⁸.

Проблемы коррупции в военной сфере рассматривает М.А. Торкунов. Автор указывает на необходимость осуществления антикоррупционной экспертизы законопроектов, так как сложилась неоднозначная ситуация с применением ряда норм права. Например, соблюдение ст. 13 Положения о порядке прохождения военной службы, предусматривающей максимальный срок нахождения в распоряжении командования в связи с проведением организационно-штатных мероприятий шесть месяцев, который на практике нередко затягивается на годы. При этом механизм обеспечения довольствием в указанный период надлежащим образом не проработан. Так, в Военном университете один из офицеров состоял в распоряжении командования шесть (!) лет. За этот период стаж его армейской службы увеличился с 15 лет до 21 года, а военнослужащий получил право на пенсию по выслуге лет. По результатам опроса журнала «Право в Вооруженных Силах» около 60% военнослужащих подвержены коррупции, 69% платили деньги за служебный рост⁵¹⁹.

Также рассмотрением проблем коррупции в вооруженных силах активно занимается А.В. Кудашкин⁵²⁰, на наш взгляд, очень хорошо обосновавшего коррупциогенные факторы исследуемых им нормативно-правовых актов и норм права:

1) Инструкции о порядке обеспечения жилыми помещениями в Вооруженных Силах Российской Федерации (приложение № 1 к Приказу Министра обороны Российской Федерации от 15 февраля 2000 г. № 80);

2) Пункта 1 статьи 23 Федерального закона РФ «О статусе военнослужащих» от 27.05.1998 г. № 76-ФЗ.

Еще одной из причин распространения коррупции в системе государственной службы Российской Федерации является сложность и бессистемность структуры исполнительной власти, наличие множества недостаточно четко определенных административных процедур (регламентов), которые подчас созданы самими государственными служащими. К тому же в настоящее время отсутствуют административно-правовые механизмы внешнего и внутриорганизационного контроля деятельности государственных служащих.

⁵¹⁸ О. Заболонкова. Антикоррупционная мера: обязанность декларировать доходы // Силловые министерства и ведомства: бухгалтерский учет и налогообложение. 2009. № 8.

⁵¹⁹ М.А. Торкунов. Законодательство России о военной службе нуждается в совершенствовании (военно-судебная практика) // Право в вооруженных силах. 2008. № 10.

⁵²⁰ А.В. Кудашкин. Пора устранить коррупциогенный механизм жилищного обеспечения лиц, увольняемых с военной службы (антикоррупционная экспертиза пункта 1 статьи 23 федерального закона «О статусе военнослужащих») // Право в вооруженных силах. 2009. № 5.

А.В. Кудашкин. Предпосылки для коррупционных проявлений в вопросах жилищного обеспечения военнослужащих созданы // Право в вооруженных силах. 2010. № 1.

Положение усугубляется и тем, что отсутствует комплексный учет и контроль за служебной деятельностью государственных служащих, не создано четкого распределения компетенции между государственными служащими различных органов исполнительной власти, имеет место дублирование и совмещение функциональных обязанностей государственных служащих различных ведомств.

Данную ситуацию провоцирует волокита, связанная как с организационными, так и системными проблемами организации системы государственной службы и управления, а также с низким профессионализмом определенной части государственных служащих. В этой связи провести разграничение между организационными проблемами функционирования аппарата исполнительной власти и обстоятельствами, стимулирующими коррупционное поведение физических и юридических лиц со стороны государственных служащих, достаточно сложно⁵²¹.

А.Ф. Ноздрачев смотрит на проблемы коррупции еще глубже и отмечает, что борьба с коррупцией не может в полной мере осуществляться, так как процесс имплементации в российское законодательство международно-правовых норм антикоррупционной направленности сталкивается с рядом сложностей юридико-технического и содержательного характера. Например, в Конвенции ООН против коррупции шире, чем в Уголовном кодексе РФ, описаны составы преступлений, связанных со взяточничеством, имеются расхождения в определении предмета уголовно-наказуемого подкупа в публичном и частном секторе, существует неясность в установлении механизма ответственности юридических лиц за деятельность, связанную с коррупцией, остается открытым вопрос о специализированном органе по борьбе с коррупцией⁵²².

Важно отметить и позицию сопредседателя «Ассоциации Юристов России» Сергея Вадимовича Степашина. Приоритетными направлениями деятельности Ассоциации С. Степашин назвал развитие системы бесплатного правового консультирования в регионах; пропаганду правовых знаний в сотрудничестве со СМИ; общественный контроль за деятельностью государственных органов, который бы включал в себя оценку эффективности расходования общенациональных ресурсов; борьбу с коррупцией и становление общефедеральной системы антикоррупционной экспертизы законодательства⁵²³.

Таким образом, автор отводит важнейшее направление деятельности в сфере борьбы с коррупцией – система антикоррупционной экспертизы, на некоммерческую организацию.

⁵²¹ А.В. Куракин. Актуальные проблемы административно-правовых средств предупреждения и пресечения коррупции в системе государственной службы РФ. Автореферат дисс. на соискание ученой степени доктора юридических наук. - Люберцы. 2008.

⁵²² А.Ф. Ноздрачев. Коррупция как правовая проблема в вопросах и ответах // Адвокат. 2007. № 10. С. 34-49

⁵²³ Н. Ширяева, П. Зубков. Курс на правовое государство // ЭЖ-Юрист. 2008. № 5.

Также авторы указывают и на то, что наиболее актуальна антикоррупционная экспертиза в отношении тех актов, которые регулируют контрольные, разрешительные, регистрационные, юрисдикционные полномочия органов государственной власти (государственных служащих) во взаимоотношениях с гражданами и негосударственными юридическими лицами, а также порядок и сроки реализации этих полномочий. В целях анализа коррупционности рассматриваются и нормотворческие полномочия⁵²⁴.

В рассматриваемом вопросе интересно обратить внимание и на статью Е.Ю. Савченко, в которой отмечается, что решение задачи по внедрению антикоррупционных механизмов актуально не только для федеральных, но и для региональных органов власти, перед субъектами Федерации встает вопрос о необходимости разработки и внедрения собственных эффективных мер по предупреждению коррупции, вовлечения в данный процесс наиболее социально и политически активных слоев населения, формирования условий для последовательной и системной борьбы с коррупционными проявлениями.

Как показывает практика, многие субъекты Федерации уже начали эту серьезную работу. При этом опыт некоторых из них заслуживает особого внимания. В числе таких регионов нельзя не отметить Тамбовскую область.

Так, согласно рейтингу отчетов высших исполнительных органов государственной власти субъектов Российской Федерации по итогам реализации мероприятий административной реформы в 2007 г., установленному Комиссией по проведению в Минэкономразвития России конкурсного отбора федеральных органов исполнительной власти и высших исполнительных органов государственной власти субъектов Российской Федерации для оказания поддержки проведения административной реформы, Тамбовская область заняла третье место из 46 субъектов Российской Федерации, что является несомненным показателем эффективности реализации административной реформы в области⁵²⁵.

Другая проблема: оценка нормативных правовых актов на коррупционность связана со значительными затратами временных, материальных и кадровых ресурсов. Оценка нормативных правовых актов на коррупционность должна проводиться не только на стадии подготовки нормативных правовых актов, но и на стадии их принятия, а также на стадии реализации по результатам мониторинга их применения. Только такой подход позволит снизить общую коррупционность законодательства. Вместе с тем, указывает А.М. Цирин, оценить все нормативные правовые акты на коррупционность представляется весьма затруднительным. Поэтому целесообразно разработать критерии определения нормативных правовых актов, в которых с

⁵²⁴ Краснов М.А., Талапина Э.В., Тихомиров Ю.А., Головщинский К.И., Южаков В.Н. Анализ коррупционности законодательства: Памятка эксперту по первичному анализу коррупционности законодательного акта / Под ред. В.Н. Южакова. М.: Статут, 2004.

⁵²⁵ Е.Ю. Савченко. Внедрение антикоррупционных механизмов в деятельность исполнительных органов государственной власти субъектов Российской Федерации (на примере Тамбовской области) // Безопасность бизнеса. 2008. № 1.

большей степенью вероятности встречаются коррупциогенные нормы. Наиболее высокий коррупционный потенциал, пишет он, имеют нормативные правовые акты в публичных отраслях права (административное, финансовое, таможенное), особенно в случаях, когда такими актами предусмотрена регламентация отношений, агентами в которых выступают чиновники, а контрагентами – граждане и организации⁵²⁶.

В.Н. Тенитилова, в свою очередь, обращает внимание на такой важный аспект как «комплексная экспертиза». Она пишет, что выборочная криминологическая экспертиза может дать ограниченный, «выборочный» результат. Ученые-юристы обоснованно рекомендуют ввести законодательную норму об обязательности криминологической экспертизы каждого законопроекта на предмет выявления и устранения положений, способствующих коррупции и другим антиобщественным явлениям. Антикоррупционная направленность должна пронизывать все законодательство⁵²⁷.

На очень интересной и серьезной проблеме остановил внимание Н.А. Лопашенко, который указывает на то, почему некоторые коррупциогенные факторы не включены в понятие коррупциогенного фактора в ФЗ от 17 июля 2009 г., который значительно сузил это понятие по сравнению с тем, которое было сформулировано в Постановлении Правительства РФ от 5 марта 2009 г. № 196, и ослабил поле для проведения антикоррупционной экспертизы, а следовательно, и противодействие всей коррупции⁵²⁸.

В дальнейшем постановление Правительства РФ от 26.02.2010 года № 96 исключило из методики проведения антикоррупционной экспертизы некоторые коррупциогенные факторы которые существовали в Постановлении от 05.03.2009 г. № 196.

Другая проблема связана с тем, что коррупция выходит за рамки национальных границ. Доходы от нее после «отмывания» включаются в национальные и международные финансовые потоки, подрывая государственные и международные основы власти и экономики⁵²⁹.

Отмечаются и недоработки ФЗ РФ «О противодействии коррупции». Существенным упущением Закона является отсутствие в нем организационного закрепления противодействия коррупции. В нем, например, существует указание на возможность создания Президентом совещательных органов по координации деятельности в области противодействия коррупции, но не установлены их компетенция, порядок формирования, отчетность и т.д. Такое положение дел не меняет сложившейся практики противодействия кор-

⁵²⁶ А.М. Цирин. Методическая база оценки нормативно-правовых актов на коррупциогенность // Журнал российского права. 2009. № 10.

⁵²⁷ В.В. Тенитилова. Криминологическая экспертиза как юридический инструмент предупреждения преступлений // Право и образование. 2008. № 1. С. 147-152.

⁵²⁸ Н.А. Лопашенко. Коррупциогенные факторы: опасная трансформация нормативного толкования // Законность. 2009. № 10.

⁵²⁹ В.А. Козлов. Государственная политика в сфере противодействия коррупции (международно-правовые аспекты) // Международное уголовное право и международная юстиция. 2008. № 1.

рупции, поскольку Закон не создает новых структур, не наделяет кого-либо правами и обязанностями в этой сфере, не реформирует имеющиеся институты⁵³⁰. Подводя итог, можно отметить, что Федеральный закон не выполняет свою основную функцию по созданию и закреплению общественных отношений в сфере противодействия коррупции и недостаточно проработан с точки зрения социальных последствий его принятия.

С указанной точкой зрения соглашается и С.Н. Шевердяев, который указывает данный Закон помимо общих установок о принципах и задействованных органах власти раскрывает лишь некоторые аспекты антикоррупционной деятельности, которые уже хорошо известны действующему законодательству о государственной службе (прозрачность доходов государственных служащих, информирование о коррупционной практике, конфликт интересов, ограничения в связи с оставлением государственной службы).

Это совершенно неоправданно, отмечает автор, поскольку без регулирования остаются такие важнейшие направления антикоррупционной работы, как, например:

- оживление парламентского и общественного контроля (хотя бы через совершенствование Законов о парламентском контроле и Общественной палате);

- административная юстиция;

- обеспечение независимости СМИ и общественное вещание;

- установление стандартов качества работы органов власти;

- обеспечение независимости судей;

- законодательство о лоббизме;

- другие аспекты антикоррупционной политики, многие из которых перечисляются в ст. 6 и 7 Закона, но не имеют в нем, как и в антикоррупционном пакете законов в целом, необходимого нормативного продолжения⁵³¹.

Недостатки в указанном законе находит и С. Чаннов, который говорит, например, о сложности применения ст. 11 закона. Автор пишет, что сложность в применении рассматриваемой нормы связана с тем, что после принятия Закона о противодействии коррупции наметилось некоторое противоречие между его положениями и нормами законодательства о государственной гражданской и муниципальной службе. Так, ч. 3 ст. 19 Федерального закона от 27.07.2004 « 79-ФЗ «О государственной гражданской службе Российской Федерации» указывает, что «в случае возникновения у гражданского служащего личной заинтересованности, которая приводит или может привести к конфликту интересов, гражданский служащий обязан проинформировать об этом представителя нанимателя в письменной форме». Пункт 11 ч. 1 ст. 12 Федерального закона от 02.03.2007 № 25-ФЗ «О муниципальной службе в Российской Федерации» утверждает обязанность муниципального служащего

⁵³⁰ К.А. Стрельников. Вопросы реализации Федерального закона «О противодействии коррупции» // Юридический мир. 2009. № 3.

⁵³¹ С.Н. Шевердяев. Возможности дальнейшего совершенствования президентского пакета антикоррупционных законов // Конституционное и муниципальное право. 2009. № 10.

го «сообщать представителю нанимателя (работодателю) о личной заинтересованности при исполнении должностных обязанностей, которая может привести к конфликту интересов, и принимать меры по предотвращению подобного конфликта».

Таким образом, перечисленные законодательные акты предписывают государственному гражданскому и муниципальному служащему уведомить о возникновении или угрозе конфликта интересов представителя нанимателя, а Закон о противодействии коррупции – своего непосредственного начальника⁵³².

Также автор указывает, что отказ государственного или муниципального служащего от выгоды, ставшей причиной возникновения конфликта интересов, как способ предотвращения и урегулирования конфликта интересов возможен, только если указанная выгода носит одномоментный характер, так как в противном случае нельзя точно быть уверенным, что конфликт интересов разрешен. Названный метод, очевидно, также применим при обязательном наличии согласия служащего.

Из содержания Закона о противодействии коррупции неясен способ отказа государственного или муниципального служащего от полученной или предполагаемой выгоды. По всей видимости, это может быть поданное в письменном виде на имя представителя нанимателя обязательство воздержаться от совершения определенных действий или возврат полученных денег (имущества), если выгода уже получена.

Однако неясными остаются юридическая сила такого обязательства и последствия его нарушения. Кроме того, если выгода уже получена, вернуть ее зачастую уже нельзя (например, когда организация, от которой служащий получил денежные средства, прекратила свое существование), что делает использование данного способа в подобном случае невозможным.

В качестве путей решения указанной проблемы автор предлагает следующее: процедура отказа от выгоды, явившейся причиной возникновения конфликта интересов, должна быть более подробно урегулирована законодательством или подзаконными актами⁵³³.

Привлекла экспертов и проблема властного усмотрения. Ее рассматривает Е.А. Мишина. Она пишет, что названная проблема была злободневной в прошлом, остается таковой и сегодня. На данный момент проблему еще более обостряет коррупционный бум, а также принятие большого количества нормативных правовых актов.

Властное усмотрение существует в двух формах: административного и судейского усмотрения. У его истоков лежит корневая проблема юридической сферы – разграничение методов публичного и частного права. Автор делит усмотрения на позитивные и негативные. Причем негативные и следует выявлять при помощи, в том числе, антикоррупционной экспертизы.

⁵³² С. Чаннов. Конфликт интересов по-новому // ЭЖ-Юрист. 2009. № 23.

⁵³³ Там же.

Кроме того, Е.А. Мишина обращает внимание на то, что выход может быть предложен следующий: легитимизировать правила юридической техники, принять закон о нормативных правовых актах, а также наладить ситуацию с применением права и ответственностью руководителей⁵³⁴.

Ф.Г. Шахкелдов пишет, что без реформирования судебной системы нельзя решить проблему коррупции. В случае если права граждан нарушаются, то они обращаются в суд за защитой своих прав и интересов. Если в суде нет законности и справедливости в силу его коррупционности, то о какой защите прав тогда может идти речь? Отсутствие коррупции в суде будет дисциплинировать все слои общества⁵³⁵.

Проблема правильного толкования всегда была и будет актуальной проблемой правоприменительной практики в сфере публичного управления. Неясность, неточность закона ведет к произвольному его толкованию и, следовательно, к произвольному применению⁵³⁶.

Методика проведения антикоррупционной экспертизы ограничена в достижении основной цели антикоррупционной экспертизы, по крайней мере, тремя обстоятельствами:

- предлагаемая ею технология антикоррупционной экспертизы, как уже сказано, ориентирована на выявление только типичных коррупционных факторов. Это не означает, что эксперт (специалист), пользующийся при проведении антикоррупционной экспертизы Методикой, не должен выявлять и указывать другие (нетипичные) коррупционные факторы, положения, которые могут способствовать коррупции;

- методика позволяет выявлять лишь возможность использования нормы, нормативного правового акта в коррупционных целях. Она не позволяет сделать выводы о фактическом их использовании для извлечения коррупционной выгоды.

- методика не предполагает оценки объема создаваемого коррупциогенной нормой коррупционного рынка, ее взяткостности⁵³⁷.

В статье Ю.А. Тихомирова «Правоприменение: от стихийности к системе» автор пишет о том, что если обратиться к рассмотрению цепи правовых актов в аспекте правоприменения, то можно обнаружить следующее. Построенная на основе принципа соподчиненности актов по их юридической силе нормативная система подвергается серьезным деформациям.

⁵³⁴ Е.А. Мишина. Властное усмотрение: во зло или во благо? // Законодательство и экономика. 2009. № 11.

⁵³⁵ Ф.Г. Шахкелдов. Без реформирования судебной системы нельзя решить проблему коррупции // Российский судья. 2008. № 12.

⁵³⁶ А.В. Куракин. Административно-деликтологическая характеристика коррупции в системе государственной службы Российской Федерации // Административное и муниципальное право. 2009. № 1.

⁵³⁷ Южаков В.Н. Антикоррупционная экспертиза нормативно-правовых актов: методика, опыт и перспективы // Вопросы государственного и муниципального управления, 2008. № 2. Стр. 4

Например, не обеспечивается системное действие всех актов, включая нарастающее влияние международного права, нарушается предметно-функциональная связь актов между собой, когда издание их "сверху вниз" во исполнение происходит механически, без учета решения реальной и конкретной задачи. Отсюда – дублирование актов и скопление их там, где нужны действия – организационные, финансовые и т.п.

В связи с этим Ю.А. Тихомиров указывает, что следует устранять воспрепятствование прямому применению нормы к конкретным обстоятельствам путем неправомερных требований лишних документов и согласований. Поэтому столь необходимо введение административных регламентов и антикоррупционных экспертиз⁵³⁸.

С проблемой правоприменения соглашается в своем интервью и Первый Заместитель Министра Юстиции РФ Александр Вячеславович Федоров, который указывает, что задача заключается не только в том, чтобы принять законы, совершенные с точки зрения юридической техники и содержания, – важно добиться их безусловного исполнения. И здесь возникает второй момент – правоприменение. Закон должен исполняться. Мы можем принять самые совершенные законы, но если они не будут исполняться, не получим должного результата. Поэтому и ставится вопрос об антикоррупционном мониторинге не только действующего законодательства, но и его правоприменения. Надо добиться такой ситуации, когда действующие законы беспрепятственно применяются и безусловно исполняются.

Кроме того, подзаконные нормативные правовые акты во исполнение законов должны быть вовремя приняты, чтобы у нас не возникало каких-то пробелов, противоречий, взаимоисключающих норм. Все должно быть по закону, ситуация, когда какая-либо область общественно-политических либо экономических отношений должным образом законодательно не урегулирована, недопустима в принципе, поскольку именно так и возникают предпосылки для коррупционных проявлений⁵³⁹.

А.В. Филатова в статье «Проблемы регламентации административных процедур государственного контроля (надзора)» пишет, что нормативное оформление административных процедур позитивной деятельности аппарата исполнительной власти создает целостный механизм правовых гарантий реализации и защиты прав и свобод человека и гражданина. В связи с этим автор указывает, что обязательным элементом регламентации административных процедур должны являться: подготовка методических материалов для разработки и внедрения административных регламентов, разработка пилотных проектов, создание условий для проведения экспертиз (экономической, общественной, антикоррупционной)⁵⁴⁰. Об этом она пишет и в своей моногра-

⁵³⁸ Тихомиров Ю.А. Правоприменение: от стихийности к системе // Журнал российского права. 2007. № 12.

⁵³⁹ Интервью с первым заместителем Министра юстиции РФ Александром Вячеславовичем Федоровым. Интервьюер В. Гриб // Юридический мир. 2009. № 8. С. 4-9

⁵⁴⁰ Филатова А.В. Проблемы регламентации административных процедур государственного контроля (надзора) // Административное и муниципальное право. 2008. № 3.

фии «Регламенты и процедуры в сфере реализации государственного контроля (надзора)»⁵⁴¹.

Е.В. Охотский отмечает, что антикоррупционная составляющая должна быть прочной несущей конструкцией стратегии развития демократического правового социального государства, должна быть неотъемлемым элементом государственной кадровой политики. В первую очередь это касается кадров органов исполнительной власти, которые связаны с контролем, надзором, распределением, лицензированием, квотированием, т.е. со всем тем, где особо легко формируются коррупционные связи и отношения, где объективно существует немало коррупционно емких зон⁵⁴².

Проблеме противодействия коррупции в сфере исполнительной власти уделяет внимание А.М. Цирин. Концепция административной реформы в Российской Федерации в 2006 – 2010 гг. в качестве неотъемлемого условия достижения своих целей предусматривает разработку действенных механизмов противодействия коррупции, в частности:

- подготовку и реализацию антикоррупционных программ для федеральных органов исполнительной власти, органов исполнительной власти субъектов Российской Федерации;
- антикоррупционную экспертизу законопроектов и иных нормативных правовых актов и механизмов противодействия коррупции в сферах деятельности органов исполнительной власти и т.д.

Антикоррупционные инструменты, предназначенные для применения в федеральных органах исполнительной власти, автор условно делит на: 1) институционализацию противодействия коррупции; 2) повышение риска от коррупционных действий; 3) устранение условий, порождающих коррупцию; 4) доступ к информации о фактах коррупции; 5) совершенствование кадровой политики, совершенствование антикоррупционной составляющей кадровой работы; 6) внутренний финансовый контроль⁵⁴³.

Также в работе А.М. Цирин указывает, что совершенствование деятельности по соблюдению требований к служебному поведению гражданских служащих и урегулированию конфликтов интересов в области модернизации антикоррупционного законодательства может заключаться в: активизации их вовлечения в мониторинг правоприменительной практики; рассмотрении обращений граждан и должностных лиц, связанных с конфликтом интересов и возможными коррупционными проявлениями; подготовке предложений по реализации антикоррупционных мер в федеральных органах государственной власти.

⁵⁴¹ Филатова А.В. Регламенты и процедуры в сфере реализации государственного контроля (надзора). Монография. Саратов, 2009.

⁵⁴² Е.В. Охотский. Борьба с коррупцией – важнейшая составляющая кадровой политики демократического правового государства // Государственная власть и местное самоуправление. 2009. № 2.

⁵⁴³ А.М. Цирин. Антикоррупционные инструменты и их применение в федеральных органах исполнительной власти // Журнал российского права. 2009. № 2.

К антикоррупционным инструментам, направленным на устранение условий, порождающих коррупцию, автор относит:

а) стандартизацию и регламентацию исполнения (предоставления) государственных функций (услуг);

б) внедрение информационно-коммуникационных технологий в деятельность федерального органа исполнительной власти;

в) совершенствование деятельности организации по размещению государственных заказов в федеральном органе исполнительной власти;

г) создание систем материальной и нематериальной мотивации служащих;

д) организацию антикоррупционной экспертизы подготавливаемых (согласуемых) проектов нормативных правовых актов⁵⁴⁴.

В статье «Особенности поручения производства судебной экспертизы государственному судебно-экспертному учреждению» автор И.А. Ефремов выделяет такую проблему как существование противоречий (коллизии) в правовых нормах процессуального законодательства и нормах законодательства о государственной судебно-экспертной деятельности. По правилам норм процессуального законодательства судебная экспертиза может быть поручена любому ГСЭУ, а по правилам законодательства о государственной судебно-экспертной деятельности – выбор ГСЭУ для поручения ему производства судебной экспертизы должен осуществляться с соблюдением определенных критериев.

Такие разные подходы в порядке выбора ГСЭУ, отмечает И.А. Ефремов, позволяют недобросовестным участникам судопроизводства добиваться назначения судебной экспертизы у «нужных» экспертов и потворствуют коррупции.

В подтверждение своего вывода автор ссылается на Матковского С.В., который пишет, что криминогенные факторы и наличие коллизий правовых создают возможности для применения той нормы, которая выгодна в конкретном случае...⁵⁴⁵ Аналогичные выводы И.А. Ефремов делает и в своих статьях «Актуальные вопросы установления сроков производства судебных экспертиз»,⁵⁴⁶ «В поисках эксперта»⁵⁴⁷, а также «Выбор государственного судебно-экспертного учреждения при назначении экспертизы»⁵⁴⁸.

В.М. Быков в статье «Новый закон о сделке обвиняемого с правосудием: критические заметки» рассматривает проблемы особого порядка принятия судебного решения при заключении досудебного соглашения о сотрудничестве.

⁵⁴⁴ А.М. Цирин. Антикоррупционные инструменты и их применение в федеральных органах исполнительной власти // Журнал российского права. 2009. № 2.

⁵⁴⁵ Ефремов И.А. Особенности поручения производства судебной экспертизы государственному судебно-экспертному учреждению // Эксперт-криминалист. 2009. № 3.

⁵⁴⁶ Ефремов И.А. Актуальные вопросы установления сроков производства судебных экспертиз // Российское право в Интернете. 2009. № 4.

⁵⁴⁷ Ефремов И.А. В поисках эксперта // Российская правовая газета. 2009. № 27.

⁵⁴⁸ Ефремов И.А. Выбор государственного судебно-экспертного учреждения при назначении экспертизы // Законодательство и экономика. 2009. № 10.

стве, а также высказывает предложения по его усовершенствованию в уголовном процессе.

Автор отмечает, что новый Закон дополнил ст. 21 УПК РФ п. 5, в котором указывается: "Прокурор вправе после возбуждения уголовного дела заключить с подозреваемым или обвиняемым досудебное соглашение о сотрудничестве". По воле законодателя один прокурор представляет всю сторону обвинения: в соответствии с ч. 3 новой ст. 317.3 УПК РФ решение о досудебном соглашении о сотрудничестве от стороны обвинения принимает один прокурор.

В связи с этим В.М. Быков делает замечание относительно нормы п. 5 ст. 21 УПК РФ, ссылаясь на то, что Федеральный закон от 25 декабря 2008 г. N 273-ФЗ «О противодействии коррупции» в п. 2 ст. 6 требует проведения обязательной антикоррупционной экспертизы правовых актов и их проектов.

Пути решения указанной проблемы автор видит именно в антикоррупционной экспертизе: «неизвестно, проводилась ли такая экспертиза в отношении рассматриваемого нами нового Закона. Но очевидно, что, когда заключение досудебного соглашения с подозреваемым и обвиняемым о сотрудничестве возлагается федеральным законом только на одно должностное лицо, пусть и достаточно высокого статуса, – прокурора, коррупционная опасность при исполнении этой нормы закона, на наш взгляд, в этом случае значительно возрастает».⁵⁴⁹

В статье «Некоторые аспекты реализации положений гражданского законодательства в сфере противодействия коррупции» А.П. Горелик ставит проблем несовершенства гражданского законодательства РФ и отмечает, что в целях эффективного противодействия коррупции перед российским обществом стоит проблема не только имплементации отечественного антикоррупционного законодательства на основе международно признанных норм борьбы с этим явлением, но и необходимости проведения антикоррупционной экспертизы существующего и принимаемого законодательства⁵⁵⁰.

Указанных взглядов придерживается и К.В. Черкасов в работе «Борьба с коррупцией в России и за рубежом» (рецензия на монографию А.В. Куракина «Административно-правовые средства предупреждения и пресечения коррупции в системе государственной службы зарубежных государств»). Он делает вывод о том, что уровень коррупции в последние годы вырос. Выработать комплекс действенных мер в борьбе с коррупцией в России, к сожалению, на государственном уровне до сих пор не удалось. В связи с этим автор соглашается с А.В. Куракиным, который пишет, что необходимо проводить антикоррупционную экспертизу законодательных и иных нормативных правовых актов, а также оптимизировать административно-правовые процедуры

⁵⁴⁹ В.М. Быков. Новый закон о сделке обвиняемого с правосудием: критические заметки // Российский судья. 2009. № 11.

⁵⁵⁰ А.П. Горелик. Некоторые аспекты реализации положений гражданского законодательства в сфере противодействия коррупции // Безопасность бизнеса. 2008. № 2

прохождения государственной службы, усовершенствовать порядок совместительства на государственной службе⁵⁵¹.

В.В. Астанин при рассмотрении коррупционных рисков в деятельности таможенных органов отмечает, что механизм действенной антикоррупционной превенции должен сопровождаться проводимой на постоянной основе антикоррупционной экспертизой проектов нормативных правовых актов, регулирующих отношения в рассматриваемой сфере. Необходимость в этом продиктована не только издержками правотворческой и законотворческой деятельности. Более опасно постоянное развитие коррупционных отношений между организаторами, исполнителями и инвесторами контрафактного рынка, которые складываются на основе использования «сырых» или «серых», в том числе специально проектируемых, правовых норм⁵⁵².

В научной литературе рассматривается и проблема участия граждан в антикоррупционной деятельности, что для современной России очень важно. Гражданские институты и государство (в лице органов государственной власти) призваны делать шаги навстречу друг другу во имя достижения десяти основных задач своего партнерства. Государство должно обеспечивать участия гражданских институтов в административной реформе, антикоррупционной деятельности, экспертизе проектов законодательных и нормативных актов, поддержании системы открытости органов власти, оказании социально значимых услуг⁵⁵³.

Отметим, что в последнее время данная проблема стала решаться, например Федеральное агентство по недропользованию 26 июля 2010 года издало приказ № 820 «О внесении изменений в Приказ Федерального агентства по недропользованию от 30.03.2007 № 360 «Об утверждении Регламента Федерального агентства по недропользованию».

Настоящим документом внесены изменения в порядок информирования о деятельности Федерального агентства по недропользованию.

В «Регламент Федерального агентства по недропользованию» включена новая глава, регулирующая размещение информации о деятельности этого агентства в сети Интернет. Установлено, в частности, что создание официального сайта Роснедр в сети Интернет и технологическое обеспечение его

⁵⁵¹ К.В. Черкасов. Борьба с коррупцией в России и за рубежом (рецензия на монографию А.В. Куракина «Административно-правовые средства предупреждения и пресечения коррупции в системе государственной службы зарубежных государств») // Административное и муниципальное право. 2009. № 1.

⁵⁵² В.В. Астанин. Коррупционные риски в деятельности таможенных органов по защите прав интеллектуальной собственности и борьбе с контрафактом // Законы России: опыт, анализ, практика. 2009. № 2.

⁵⁵³ Л.Ю. Грудцына. Концепция формирования и поддержки государством институтов гражданского общества: возникновение, развитие и содержание // Законодательство и экономика. 2008. № 9. С. 5-13.

Л.Ю. Грудцына. Концептуальные основы формирования институтов гражданского общества в Российской Федерации // Российская юстиция. 2008. № 12.

Л.Ю. Грудцына. Адвокатура, нотариат и другие институты гражданского общества в России. Монография. – М.: Издательство «Деловой двор», 2008.

функционирования осуществляется, в т.ч., юридическими и физическими лицами в соответствии с законодательством о размещении госзаказа. На сайте Роснедр будет размещаться также информация о деятельности территориальных органов этого агентства, не имеющих своего сайта.

В целях обеспечения возможности проведения независимой антикоррупционной экспертизы проектов нормативных правовых актов Федерального агентства по недропользованию, затрагивающих права, свободы и обязанности человека и гражданина, проект нормативного правового акта размещается на официальном сайте Федерального агентства по недропользованию в сети Интернет в течение рабочего дня, соответствующего дню его направления на рассмотрение в юридический отдел Управления делами Роснедра с указанием дат начала и окончания приема заключений по результатам независимой антикоррупционной экспертизы⁵⁵⁴.

Кроме этого, в частности, регламент дополнен еще одной новой главой, устанавливающей порядок предоставления информации о деятельности агентства по запросам, поступающим в письменной форме, форме электронных сообщений, в устной форме – во время приема и по телефонам справочных служб агентства.

На очень интересной проблеме заостряет свое внимание И.В. Гранкин. Он пишет, что действующий Регламент Государственной Думы содержит нормы, определяющие требования к законопроектам, по существу определяющие обязанности субъектов права законодательной инициативы. Между тем вряд ли правомерно Регламентом регулировать действия Президента РФ, Правительства РФ и других внешних субъектов права законодательной инициативы. Автор отмечает, что устранению такой коллизии могло бы способствовать принятие Федерального закона «О порядке реализации права законодательной инициативы в Федеральном Собрании Российской Федерации».

В этом Законе можно было бы определить права и обязанности субъектов права законодательной инициативы в процессе внесения и рассмотрения федеральных законопроектов, а также установить универсальные требования как к самим законопроектам, так и к прилагаемым к ним документам. При этом целесообразно расширить перечень таких документов по сравнению с перечнем, установленным в настоящее время в ст. 105 Регламента Государственной Думы, за счет аналитических записок о состоянии зарубежного законодательства по теме законопроекта, о прогнозе последствий реализации закона, а также сведений о результатах научной, криминалистической, антикоррупционной, экологической и геополитической экспертиз⁵⁵⁵.

Таким образом нельзя переоценить роль антикоррупционной экспертизы и в таком важном вопросе как законотворческая деятельность.

⁵⁵⁴ Пункт 3.3. Приказа Роснедр от 26.07.2010 г. № 820.

⁵⁵⁵ И.В. Гранкин. Конституционно-правовое регулирование деятельности Государственной Думы Федерального Собрания Российской Федерации // Конституционное и муниципальное право. 2005 № 6. С. 11-15.

На подобной проблеме, с непосредственным учетом взаимодействия федерального и регионального парламентов, останавливаются и Л.В. Андриченко с А.Н. Чертковым, которые пишут, что взаимодействие федерального и региональных парламентов обеспечивается единством юридико-технических методов подготовки законопроектов, методик оценки эффективности законодательства (в том числе антикоррупционной) и проведения правового мониторинга федерального и регионального законодательства. Успешному развитию такого взаимодействия во многом способствует наличие сходных процедур осуществления парламентской деятельности, связанной с принятием этими органами законов, которые продолжают развиваться и обновляться, сочетая в себе новые подходы и наработанные годами традиции.

Эффективная координация не только планов и программ, но и самой законопроектной работы связана с единством юридико-технических методов подготовки законопроектов, методик оценки эффективности законодательства (в том числе антикоррупционной) и проведения правового мониторинга⁵⁵⁶.

Следующая проблема: отсутствие обученных кадров не позволяет качественно проводить антикоррупционные экспертизы. В связи с этим автор предлагает в ВУЗах учить студентов механизму анализа и оценке нормативных правовых актов на коррупциогенность⁵⁵⁷. О подобной проблеме говорит и Г.Н. Комкова, подчеркивая, что антикоррупционное воспитание должно начинаться еще в школе, где детей должны учить противостоять вымогателям взяток⁵⁵⁸.

Еще одной проблемой, на которой следует остановить внимание, является проблема реализации органами прокуратуры новых полномочий при проведении антикоррупционной экспертизы. Рассмотрена указанная проблема, в частности, А.В. Кудашкиным и Т.Л. Козловым в работе: «Реализация прокуратуры новых полномочий при проведении антикоррупционной экспертизы».

Проведение антикоррупционной экспертизы – новая функция органов прокуратуры, назначение которой состоит в выявлении и устранении правовых предпосылок коррупции (коррупциогенных факторов), что по своей сути отождествляется с устранением дефектов правовой нормы или заложенной в ней правовой формулы⁵⁵⁹. Поэтому авторы, в частности, предлагают использование прокурорами таких классических средств прокурорского реагирования, как представление и предупреждение о недопустимости нарушения за-

⁵⁵⁶ Л.В. Андриченко, А.Н. Чертков. Взаимодействие Государственной Думы и законодательных органов субъектов Российской Федерации // Журнал Российского права. 2009. № 2.

⁵⁵⁷ А.В. Нестеров. Правовые основания антикоррупционной экспертизы // Безопасность бизнеса. 2009. № 2. С. 46-48.

⁵⁵⁸ С.Ю. Наумов. Комментарий к Федеральному закону от 25.12.2008 года № 272-ФЗ «О противодействии коррупции». – М.: Юстицинформ. 2009. С. 4-5.

⁵⁵⁹ А.В. Кудашкин, Т.Л. Козлов. Реализация прокуратурой новых полномочий при проведении антикоррупционной экспертизы // Законность. 2010. № 7.

кона, так как это будет способствовать целям проведения антикоррупционной экспертизы.

Также они указывают на то обстоятельство, что предостережение о недопустимости нарушения закона объявляется прокурором при наличии явной угрозы нарушения закона должностным лицом (ст. 25.1 Закона о прокуратуре). Эта форма прокурорского реагирования может применяться для предупреждения издания должностными лицами НПА, противоречащих федеральному законодательству. Однако при этом возникает вопрос о возможности применения такого средства прокурорского реагирования, если проект НПА формально соответствует закону, однако содержит коррупциогенные факторы.

Для ответа на него, по их словам, необходимо иметь в виду, что положения НПА, содержащие коррупциогенные факторы, формально закону не противоречат, но порождают или могут породить коррупционные правонарушения. Следовательно, в такой ситуации направление предостережения будет выходить за пределы полномочий прокурора. Однако он может направить должностному лицу информационное письмо, в котором изложит возможные последствия принятия им такого НПА.

Как показывает практика, эту форму реагирования органы прокуратуры применяют широко и она дает определенный положительный эффект в части устранения выявленных коррупциогенных факторов. Следует также учитывать полномочия прокурора по участию в правотворческой деятельности, предусмотренные ст. 9 Закона о прокуратуре. Эти полномочия позволяют вносить предложения по проектам НПА, предполагающимся к принятию, с целью устранения коррупциогенных факторов⁵⁶⁰.

Также авторы предлагают внести изменения в действующее процессуальное законодательство. Они пишут, что в целях реализации новых полномочий прокуроров, по результатам проведенной антикоррупционной экспертизы объективно требуется внесение изменений в ГПК и АПК.

Прежде всего, целесообразно ч. 1 ст. 45 ГПК дополнить положением, предусматривающим возможность обращения прокурора в суд с заявлением об исполнении протеста прокурора, требования прокурора, следующего из его полномочий, перечисленных в ст. ст. 9.1, 22, 27 Закона о прокуратуре. Аналогичную норму целесообразно внести в ст. 52 АПК. Статью 245 ГПК ("Дела, возникающие из публичных правоотношений"), которой определен перечень дел, возникающих из публичных правоотношений, дополнить категорией дел, рассматриваемых судом по заявлениям прокурора об исполнении протеста прокурора, требования прокурора, следующего из его полномочий, перечисленных в ст. ст. 9.1, 22, 27 Закона о прокуратуре. Аналогичную норму целесообразно внести в ст. 192 АПК. В ч. 1 ст. 251 ГПК ("Подача заявления об оспаривании нормативных правовых актов") предусмотреть возможность обращения прокурора в суд с заявлением о признании недействующим НПА полностью или в части на том основании, что в нем есть коррупциоген-

⁵⁶⁰ Там же.

ные факторы. Для того чтобы процессуальный механизм заработал, необходимо изменить ст. 253 ГПК ("Решение суда по заявлению об оспаривании нормативного правового акта") следующим образом: установив, что оспариваемый НПА или его часть противоречит федеральному закону либо другому НПА, имеющему большую юридическую силу, либо содержит коррупциогенные факторы, суд признает НПА недействующим полностью или в части со дня его принятия или иного указанного судом времени. Аналогичную норму целесообразно внести в ст. 194 АПК⁵⁶¹.

Полагаем, что следует также акцентировать внимание на проблеме, о которой пишет В.Л. Кудрявцев. В своей работе он рассматривает некоторые проблемы совершенствования методики производства антикоррупционной экспертизы в РФ. Он обращает внимание к классификации коррупционных факторов на основе единого критерия. В.Л. Кудрявцев указывает, что при решении этой проблемы сама классификация факторов будет выглядеть более упорядоченной. В целом автор в работе соглашается с мнением Т.Я. Хабриевой, которая отмечает, что поиск наиболее эффективных моделей рассматриваемых инструментов и механизмов противодействия коррупции невозможен без постоянного мониторинга (обобщения практики) антикоррупционной экспертизы, совершенствования ее методических основ, продолжения научных изысканий в этой сфере⁵⁶².

Отметим, что в литературе также ставится проблема взаимосвязей нормативно-правовых актов. Эта проблема является важной для проведения антикоррупционной экспертизы.

Так Д.Ю. Гончаров пишет, что в доктрине начинают складываться подходы к исследованию проблем взаимосвязей нормативно-правовых актов. Условно их можно разделить на два вида: «аспектный» и «комплексный». Аспектный подход позволяет выявить конкретные формы, грани, виды взаимосвязей в праве. Он применим, по мнению автора, в статьях, научных докладах, кандидатских диссертациях и основанных на них монографиях, реже – в докторских диссертациях. Его удобство заключается в возможности детального анализа той или иной стороны взаимосвязей правовых норм. Можно, например, исследовать нормы-дефиниции или нормы-принципы сравниваемых нормативных актов; общественные отношения, регулируемые смежными отраслями⁵⁶³.

Комплексный подход к анализу взаимосвязей нормативных актов позволяет охватить наибольшее количество имеющихся второстепенных проблем. Работы, в которых превалирует такой подход, могут быть не направлены на детальное разрешение конкретных сложностей, возникших в практике применения нормативных актов. В этом случае они имеют в своей композиции

⁵⁶¹ Там же.

⁵⁶² В.Л. Кудрявцев. Некоторые проблемы совершенствования методики производства антикоррупционной экспертизы в Российской Федерации // Эксперт-криминалист. 2010. № 2.

⁵⁶³ Д.Ю. Гончаров. Взаимосвязь нормативных правовых актов как принцип антикоррупционной экспертизы // Российская юстиция. 2010. № 1.

большие фрагменты постановочного характера. Однако они позволяют выработать концептуальное, системное знание крупной проблемы. Примерами таких концепций являются некоторые докторские диссертации и монографии, реже – кандидатские диссертации⁵⁶⁴. Научные труды, посвященные комплексному исследованию взаимосвязей законодательства, служат направлением для дальнейшего развития научного знания о способах разрешения практически ориентированных задач⁵⁶⁵.

Многими авторами обоснованно отмечается необходимость осуществления в нашей стране правового мониторинга – как одного из основных, краеугольных средств выявления коррупциогенных норм в действующем законодательстве РФ и соответственно играющего важную роль в повышении качества законодательства. Отметим, что вопрос правового мониторинга наиболее полно исследован в работах Д.Б. Горохова и М.Е. Глазковой.

Так, в статье «Организация правового мониторинга в системе федеральных органов исполнительной власти» авторы обоснованно пишут о том, что в этой сфере имеются проблемы, а именно:

1) отсутствует обоснованная и официально признанная концепция организации правового мониторинга, и, как следствие, нет единства в терминологии и методологии;

2) на федеральном уровне продолжает отсутствовать нормативная правовая база, устанавливающая основы организации и проведения правового мониторинга.

3) опыт организации и проведения правового мониторинга в субъектах РФ, как и прежде, демонстрирует, что единых подходов в этой области не выработано (например, в одних субъектах РФ мониторинг осуществляют представительные органы государственной власти, в других – исполнительные)⁵⁶⁶.

Критерием, определяющим способ организации правового мониторинга в системе федеральных органов исполнительной власти, отмечают авторы, является выбор органа (его структурного подразделения), который будет занимать ведущее положение в мониторинговой деятельности и которому будет поручено осуществление координации, методического обеспечения, планирования и непосредственного контроля проведения правового мониторинга. Именно этот орган (его структурное подразделение) должен осуществлять окончательную систематизацию, анализ и оценку информации, полученной от федеральных органов исполнительной власти, а также осуществлять подготовку и представление в Правительство РФ итогового документа по результатам проведения правового мониторинга. Независимо от избранного варианта организации правового мониторинга необходимо четко установить субъектов его проведения, их полномочия и порядок взаимодействия в си-

⁵⁶⁴ Там же.

⁵⁶⁵ Там же.

⁵⁶⁶ Д.Б. Горохов, М.Е. Глазкова. Организация правового мониторинга в системе федеральных органов исполнительной власти // Журнал российского права. 2008. № 4.

стеме федеральных органов исполнительной власти. Представляется, что критерием здесь должно являться определение правового мониторинга как дополнительной функции, обеспечивающей осуществление основных направлений деятельности. Указанная статья была опубликована в апреле 2008 года.

В сентябре 2009 года вышла в свет статья Е.В. Черепановой «Правовой мониторинг в действии». Автор ссылается в ней на результаты научно-практической конференции «Мониторинг законодательства и правоприменительной практики», состоявшейся 26 июня 2009 года по инициативе Совета Федерации. Им признается, что в целях решения стратегической задачи по совершенствованию российского законодательства проблема организации и проведения правового мониторинга является одной из наиболее актуальных. Для ее решения необходимо объединение усилий федеральных органов государственной власти, органов государственной власти субъектов РФ, научных учреждений и институтов гражданского общества. Кроме того, были высказаны практические рекомендации, в частности о необходимости создания единой нормативно-правовой основы правового мониторинга, единой информационной базы, включающей результаты мониторинга законодательства и правоприменительной практики. Совету Федерации было рекомендовано эффективнее использовать результаты правоприменительной деятельности органов судебной власти, а также обеспечить регламентное закрепление использования результатов мониторинга правоприменительной практики, осуществляемого судебными органами⁵⁶⁷.

Важность проведения правового мониторинга нельзя недооценивать еще и потому, что он представляет собой систему информационных наблюдений, дающую возможность анализировать и оценивать:

- 1) результаты нормотворческой деятельности, прежде всего законопроектной (правотворческий процесс);
- 2) качество нормативных правовых актов, принятых тем или иным правотворческим органом в соответствии с предоставленной ему правотворческой компетенцией;
- 3) эффективность их практического действия, реализации (правоприменительный процесс).

Конечной целью правового мониторинга является создание эффективного механизма правотворчества и реализации его результатов – нормативных правовых актов, отражающего общественные потребности на следующих стадиях:

- правотворческой деятельности по законодательному обеспечению государственной политики;
- подзаконного правотворчества;
- правоприменительной деятельности;

⁵⁶⁷ Е.В. Черепанова. Правовой мониторинг в действии // Журнал российского права. 2009. № 9.

- осуществления правосудия⁵⁶⁸.

О результатах мониторинга и принятых мерах необходимо информировать население посредством обязательной публикации информации в СМИ (газеты, телевидение, радио), а также путем размещения соответствующей информации на официальных сайтах в сети Интернет.

При осуществлении правового мониторинга представляется необходимым установление взаимодействия государственных органов с институтами гражданского общества (научные, общественные организации, средства массовой информации).

Помимо всего прочего проведение правового мониторинга важно для обеспечения открытости государственной деятельности, информированности граждан и общественности о состоянии правовой основы развития России, а также для повышения уровня правосознания и правовой культуры общества в целом⁵⁶⁹.

Отметим, что аспекты правового мониторинга и особенности его проведения рассмотрены также в следующих трудах:

- Горохов Д.Б., Спектор Е.И., Глазкова М.Е. Правовой мониторинг: концепция и организация (Журнал российского права. 2007. № 5);

- Тихомиров Ю.А. Организация и проведение правового мониторинга (Право и экономика. 2006. № 10);

- Горохов Д.Б., Глазкова М.Е. Организация правового мониторинга в субъекте РФ: рекомендации по совершенствованию (на примере города Москвы) (Журнал российского права. 2009. № 1);

- Горохов Д.Б. Правовой мониторинг как приоритетное направление науки и государственной политики (Адвокат. 2008. № 11);

- Бачило И.Л. Мониторинг правовой системы – путь к укреплению правового государства (Вестник Совета Федерации. Мониторинг права в Российской Федерации. 2006).

Различные элементы антикоррупционного механизма, а также необходимость осуществления антикоррупционной экспертизы рассматривали в своих трудах такие ученые, как: А.В. Филатова⁵⁷⁰, М.А. Лапина⁵⁷¹, Ю.М. Буравлев⁵⁷², В.И. Еременко и В.Н. Евдокимова⁵⁷³, А.К. Есаян⁵⁷⁴, А.В. Несте-

⁵⁶⁸ Д.Б. Горохов. Правовой мониторинг: концепция, направления институализации, состояние законодательства и перспективы. Законодательства и экономика. 2009. № 7.

⁵⁶⁹ Там же.

⁵⁷⁰ А.В. Филатова. Экспертиза регламентов и процедур исполнения государственных функций в системе экспертной деятельности России. Монография. М.: «ДМК Пресс». 2009.

⁵⁷¹ М.А. Лапина. Реализация исполнительной власти в Российской Федерации. – М: Издательство института проблем риска, 2006. 194 с.

⁵⁷² Ю.М. Буравлев. Виды юридической ответственности в системе государственной службы. – М.: Монография. Издательская группа «Юрист». 2008.

⁵⁷³ В.Н. Еременко, В.Н. Евдокимова. Административный регламент в сфере регистрации договоров о предоставлении права на объекты интеллектуальной собственности // Законодательство и экономика. 2009. № 11

ров⁵⁷⁵, Н.В. Путило, Ф.В. Цомартова и Ю.А. Доронин⁵⁷⁶, О.А. Кимлацкий и И.Г. Мачульская⁵⁷⁷, В.В. Гриб⁵⁷⁸, Г.К. Шаров⁵⁷⁹, О.Г. Карпович⁵⁸⁰, В.Н. Найденко⁵⁸¹, О. Бодрягина и Ю. Дарымова⁵⁸², М.С. Качелин⁵⁸³, Агеев В.Н.⁵⁸⁴, Бессчастный С.А.⁵⁸⁵

На наш взгляд, указанные проблемы необходимо рассматривать только во взаимосвязи, так как методика проведения антикоррупционной экспертизы, как одного из способов искоренения коррупции, требует системного подхода с учетом всех сторон общественной жизни, отношения органов власти к общественной жизни, а также взаимодействия граждан, власти и институтов гражданского общества.

Следует отметить, что разнообразие НПА действительно порождает коррупцию из-за противоречий между ними. В связи с этим предлагаем разработать федеральный закон «О порядке и методике проведения антикоррупционной экспертизы в РФ» с установлением полномочий лиц, которые могут

⁵⁷⁴ А.К. Есяян. Меры по борьбе с коррупцией в государствах – членах СНГ, ЕВРАЗЭС и ШОС // Российская юстиция. 2009. № 6.

⁵⁷⁵ А.В. Нестеров. Критика некоторых элементов законопроекта «О стандартах и административных регламентах деятельности государственных органов и органов местного самоуправления» // Муниципальная служба: правовые вопросы. 2008. № 4.

⁵⁷⁶ Н.В. Путило, Ф.В. Цомартова, Ю.А. Доронин. 15-летию Конституции РФ посвящается // Журнал российского права. 2008. № 12.

⁵⁷⁷ О.А. Кимлацкий, И.Г. Мачульская. О состоянии борьбы с коррупцией в Российской Федерации // Государственная власть и местное самоуправление. 2008. № 8.

⁵⁷⁸ В.В. Гриб. Общественная экспертиза – ведущее направление деятельности общественной палаты Российской Федерации // Юридический мир. 2009. № 5

⁵⁷⁹ Г.К. Шаров. Оказывать юридическую помощь должны независимые профессионалы // Вестник федеральной палаты адвокатов РФ. 2009. № 1.

⁵⁸⁰ О.Г. Карпович. Правовые меры по борьбе с коррупцией в России и Республике Беларусь (союзном государстве) // Юридический мир. 2009. № 8.

⁵⁸¹ В.Н. Найденко. Правовые средства противодействия коррупции как фактору, способствующему распространению этнонационального экстремизма в Российской Федерации // Журнал российского права. 2009. № 6.

⁵⁸² О. Бодрягина, Ю. Дарымова. Антизахват // ЭЖ-Юрист. 2009. № 46.

⁵⁸³ М.С. Качелин. Международно-правовое противостояние отмыванию денежных средств и организованной преступности в контексте борьбы с коррупцией // Налоги. 2010. № 18.

⁵⁸⁴ Агеев В.Н. Антикоррупционная политика России в сфере государственной службы // Следователь. 2009. № 2. С. 12-15.

Агеев В.Н. Борьба с коррупцией в сфере государственной службы как приоритетное направление государственной политики // Следователь. 2009. № 9. С. 25-29.

Агеев В.Н. Ограничение прав лиц, занимающих государственные должности, как способ противодействия «государственной коррупции» // Следователь. 2008. № 8. С. 4-7

Агеев В.Н. Принципы антикоррупционной экспертизы нормативных правовых актов и их проектов // Актуальные проблемы экономики и права. 2009. № 4. С. 5-12.

Агеев В.Н., Бикмухаметов А.Э., Кабанов П.А., Матковский С.В. Принципы организации производства антикоррупционной экспертизы нормативно-правовых актов и их проектов в современной России // Следователь. 2010. № 2. С. 6-10.

⁵⁸⁵ Бессчастный С.А. Антикоррупционная экспертиза нормативных актов как мера профилактики коррупционных проявлений // Следователь. 2010. № 2. С. 20-21.

ее осуществлять, требований предъявляемым к ним. В законе считаем необходимым прописать поэтапные аспекты проведения экспертизы: с момента поступления НПА для исследования и до составления заключения, с указанием пунктов, которые обязательно должно содержать заключение (в целях предотвращения вольного составления). Кроме того, важно указать в законе сроки проведения антикоррупционной экспертизы, обязательный перечень проектов НПА, которые должны подлежать экспертизе (бюджетная сфера, налоговая, административная, финансовая и т.п.), порядок рассмотрения заявлений частных лиц по конкретным нормам, которые, по их мнению, являются коррупционными. Кроме того, важно учесть, что в зависимости от объемов НПА и его практической значимости сроки должны варьироваться.

В предлагаемом нами законе важно обозначить все существующие коррупционные факторы, которые должны быть исключены из НПА и их проектов. Возможно также указание в законе на особый орган, который бы занимался выявлением новых коррупционных факторов с учетом зарубежного опыта и особенностей российской системы права.

Для решения обозначенных выше проблем также предлагаем усовершенствовать законодательство, регулирующее государственную и муниципальную службу, так как такие служащие и являются зачастую проводниками коррупции. Считаем необходимым обратить особое внимание на необходимость изменения действующего законодательства в области отбора государственных и муниципальных служащих, закрепление ежеквартальной отчетности их деятельности перед населением. Также необходимо реформирование и судебной власти в части упрощения процедуры привлечения судей к дисциплинарной ответственности, реформирования системы обращения в квалификационные коллегии судей с жалобами на их незаконные действия.

В заключение привлечем внимание к предложению Т.Я. Хабриевой разработать и принять закон о нормативных правовых актах, хотя эта идея на практике и сложна для её воплощения, поскольку разные правоотношения регулируются и разными законами. Но в таком законе вполне можно указать на то, какие коррупционные факторы НПА содержать не должен. Полагаем, что такой закон будет способствовать искоренению коррупционных факторов в самом начале их возможного появления – еще на этапе создания первоклетки права.

Раздел IV. Проблемы правореализации

Глава 1. Понятие и особенности механизма возмещения вреда, причиненного жизни и здоровью гражданина предпринимательской деятельностью, создающей повышенную опасность для окружающих (Гайдым И.В., Давтян Д.Н.)

Аннотация

В главе раскрывается содержание категорий «механизм возмещения вреда, причиненного жизни и здоровью гражданина в предпринимательской деятельности» и «деятельность, создающая повышенную опасность для окружающих». Учет особенностей такого механизма позволяет наиболее полно возместить рассматриваемый вред, в случае если он причинен предпринимательской деятельностью, создающей повышенную опасность для окружающих.

Ключевые слова: вред, жизнь и здоровье гражданина, предпринимательская деятельность, механизм возмещения вреда, деятельность, создающая повышенную опасность для окружающих.

Annotation

The article reveals the categories of "a mechanism of compensation for harm caused to life and health of citizens in the business" and "activity, which creates an increased danger to others." Into account the features of this mechanism allows the fullest consideration to compensate the damage in case it is caused by business activities, which creates an increased danger to others.

Key words: injury, life and health of citizens, business activity, the mechanism of redress, the activity that creates an increased danger to others.

Согласно ч. 1 ст. 34 Конституции РФ каждый гражданин имеет право на свободное использование своих способностей и имущества для предпринимательской деятельности. Содержанием такой деятельности выступает систематическое получение прибыли посредством производства новых товаров, выполнения работ или оказания услуг. В современных условиях осуществление указанных действий возможно, во многом благодаря достижениям науки и техники, поскольку в противном случае достижение главной цели предпринимательства – извлечения прибыли, станет являться неэффективным. Однако такие достижения, реализованные в отдельных технических устройствах и других элементах, могут представлять собой угрозу жизни и здоровью гражданина в процессе их практического применения, то есть представлять собой повышенную опасность.

Очевидно, поэтому осуществление прав, свобод человека и гражданина (в том числе и права на занятие предпринимательской деятельностью – *прим. авт.*) не должно нарушать права и свободы других лиц (ч. 3 ст. 17 Конституции РФ).

Возмещение вреда, причиненного жизни и здоровью гражданина в предпринимательской деятельности осуществляется посредством гражданско-правового института «Обязательства вследствие причинения вреда» (Гл. 59 Гражданского кодекса РФ – далее ГК РФ). Вместе с тем определенные трудности возмещения названного вида вреда вызывает не столько выбор соответствующего раздела ГК РФ, сколько *механизм* реализации закрепленных в нем юридических норм.

Термин «механизм» используется как в практике возмещения вреда, так и в научной и учебной литературе. Например, А.А. Лукьянцев, с учетом анализа теоретических воззрений, действующего законодательства и правоприменительной практики дает оценку «эффективности применения механизма гражданско-правовой ответственности в различных сферах обязательственных правоотношений»⁵⁸⁶. Ф.И. Хамидуллина связывает «существующий механизм гражданско-правовой ответственности в предпринимательских отношениях» с несовершенством правовой базы в сфере предпринимательства⁵⁸⁷. Т.И. Лысенко приходит к выводу о том, что «законодателем активно осуществляются меры по совершенствованию правового механизма, повышающего ответственность за жизнь и здоровье граждан»⁵⁸⁸.

В работах других ученых категория «механизм» достаточно часто встречается применительно к сфере страхования жизни и здоровья физических лиц⁵⁸⁹, что свидетельствует о комплексном характере изучаемой категории, представляющей собой совокупность определенных элементов.

Примечательно, что категория «механизм» применительно к возмещению вреда, причиненного жизни и здоровью гражданина в предпринимательской деятельности, находит и законодательное закрепление (Постановление Совета Федерации Федерального Собрания РФ от 19 марта 2008 г. № 86-СФ «О докладе Совета Федерации Федерального Собрания Российской Федерации 2007 года «О состоянии законодательства в Российской Федерации»).

Предлагаемая нами для исследования категория «механизм» используется и в материалах судебной арбитражной практики. Так, в Определении Конституционного Суда РФ от 6 октября 2008 г. № 1022-О-П подчеркивает-

⁵⁸⁶ Лукьянцев А.А. Ответственность при осуществлении предпринимательской деятельности в гражданском законодательстве России: Автореф. дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.03 – Ростов-на-Дону., 2006. – С. 4.

⁵⁸⁷ См.: Хамидуллина Ф.И. Гражданско-правовая ответственность субъектов предпринимательской деятельности: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. – Казань, 2005. – С.1.

⁵⁸⁸ Лысенко Т.И. Гражданско-правовой институт возмещений внедоговорного вреда, причиненного жизни или здоровью гражданина: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. – Казань, 2006. – С. 3.

⁵⁸⁹ Грудцына Л.Ю., Спектор А.А. Научно-практический комментарий к Федеральному закону от 25 апреля 2002 г. № 40-ФЗ «Об обязательном страховании гражданской ответственности владельцев транспортных средств» (постатейный). – М.: «ЮРКОМ-ПАНИ», 2009. (Комм. к ст. 7); Дорофев В.Б. К вопросу о Стратегии развития страховой деятельности в РФ на среднесрочную перспективу // Нормативное регулирование страховой деятельности. Документы и комментарии. – 2008. – № 4.

ся, что «...федеральный законодатель осуществил переход к страховому механизму возмещения вреда, причиненного жизни и здоровью граждан, подлежащих указанному виду страхования, при исполнении ими обязанностей по трудовому договору и в иных случаях, закрепленных законом».

Поскольку порядок, условия и размер возмещения вреда, причиненного здоровью гражданина, в Конституции РФ не конкретизированы, то это требует от федерального законодателя принятия дополнительных мер, направленных на регулирование и защиту права и свободы человека, посредством установления в отраслевом законодательстве соответствующих эффективных правовых механизмов (Определение Конституционного Суда РФ 16 мая 2007 г. № 375-О-П).

Таким образом, изложенные аспекты позволяют сформулировать следующие выводы о категории «механизм» в сфере возмещения вреда причиненного жизни и здоровью гражданина, которая: 1) в достаточной степени употребляется в работах исследователей названного вида вреда, что с одной стороны, подтверждает ее обоснованность и целесообразность, а с другой, – применение ее только к отдельным сферам человеческой деятельности; 2) содержится в нормах отдельных нормативных правовых актах и актах судебных органов; 3) не раскрывается в той степени, которая необходима для надлежащего возмещения рассматриваемого вида вреда в предпринимательской деятельности.

Следовательно, возникает реальная потребность определить юридическую природу и содержание категории «механизм» применительно к настоящей публикации. Представляется, что проведение такого исследования будет наиболее эффективным, если оно будет проведено посредством лингвистического и правового анализа этой категории.

В лексическом толковании слово «механизм» означает: 1) «система, устройство определяющее порядок какого-нибудь вида деятельности»; 2) «последовательность состояний процессов, определяющих собой какие-нибудь действия, явления»⁵⁹⁰. В свою очередь слово «система» представляет собой «нечто целое, единство закономерно расположенных и находящихся во взаимной связи частей»⁵⁹¹.

В юридическом аспекте категория «механизм» наиболее полно исследована в теории права в основном применительно к «механизму государства». Отдельные выводы таких исследований заслуживают внимания и могут быть использованы в настоящей работе. Например, некоторые ученые представляют механизм государства как «совокупность государственных органов, организаций, вооруженных сил, материальных средств государственной власти»⁵⁹², другие – рассматривают «механизм...» как «совокупность функций»

⁵⁹⁰Ожегов С. И. Словарь русского языка: 70 000 слов / Под ред. Шведовой Н. Ю. – 21-е изд., перераб. и доп. – М.: Рус.яз., 1989. – С. 352-353.

⁵⁹¹Там же. – С. 717.

⁵⁹²См.: Общая теория государства и права. Т.1. Теория государства. – М., 1998. – С. 158-160.

государства и других элементов⁵⁹³. Нам импонирует мнение В.К. Бабаева, определяющего механизм государства как «структурно оформленную систему средств государственного воздействия на общественные интересы», состоящего из отдельных элементов⁵⁹⁴.

Резюмируя сказанное, становится возможным сформулировать определение: *«механизм возмещения вреда, причиненного жизни и здоровью гражданина в предпринимательской деятельности – это совокупность законодательно закрепленных элементов, представляющих собой систему воздействия на исполнение надлежащим образом обязательств по возмещению вреда, причиненного жизни и здоровью гражданина в предпринимательской деятельности».*

Элементами названного механизма выступают: 1) основание возникновения деликтной ответственности; 2) условия возникновения деликтной ответственности; 3) специфика возмещения вреда в отдельных случаях.

Установленная нами правовая природа механизма возникновения рассматриваемого вида ответственности позволяют заявлять об особенностях возмещения вреда, причиненного жизни и здоровью гражданина предпринимательской деятельностью, создающей повышенную опасность.

ГК РФ (ч. 1 ст. 1079) возлагает обязанность по возмещению такого вреда на юридических лиц и граждан, деятельность которых связана с повышенной опасностью для окружающих. Однако, с одной стороны, Кодекс не детализирует ни категории перечисленных лиц, ни сам характер вреда, который может быть причинен в процессе такой деятельности. С другой – содержит не полный перечень видов этой вредоносной деятельности, роль которой в процессе осуществления предпринимательства стремительно возрастает. Таким образом, возникает потребность в решении указанных проблем применительно к тематике публикации и определения возникающих при этом особенностей.

Достаточно подробно субъекты ответственности за причинение вреда источником повышенной опасности рассматривает О. Н. Садиков. Ученый считает, что под этой категорией лиц следует понимать «организацию или гражданина, осуществляющих эксплуатацию источников повышенной опасности в силу принадлежащего им права...»⁵⁹⁵.

Вопросы ответственности, причиненные деятельностью, создающей повышенную опасность для окружающих, рассматривались и судебными органами. Так, например, согласно постановлению Пленума Верховного Суда РФ, под «владельцем источника повышенной опасности следует понимать

⁵⁹³См.: Морозов Л. А. Проблемы современной российской государственности. – М., 1998. – С.8-19.

⁵⁹⁴ Бабаев В.К. Теория государства и права: Учебник / Под ред. В. К. Бабаева – М.: Юристъ, 2001. – С. 107.

⁵⁹⁵Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации части второй (постатейный). – 4-е изд., испр. и доп. с использованием судебно-арбитражной практики / Рук. авт. коллектива и отв. ред. д-р юрид. наук, проф. О.Н. Садиков. – М.: Юридическая фирма «КОНТАКТ»: ИНФРА-М, 2003. – С. 814.

организацию или гражданина, осуществляющих эксплуатацию источника повышенной опасности, в силу принадлежащего им права...» (Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 28 апреля 1994 г. № 3 «О судебной практике по делам о возмещении вреда, причиненного повреждением здоровья»). По мнению этого судебного органа не признается владельцем источника повышенной опасности и не несет ответственность за вред перед потерпевшим лицо, управляющее источником повышенной опасности в силу трудовых отношений с владельцем такого источника (шофер, машинист, оператор и др.). Представляется, что этот вывод основан на нормах ст. 1068 ГК РФ, согласно которым ответственность за действия работников несет работодатель.

Сделаем выводы, вытекающие из изложенного материала. Во-первых, многие исследователи используют категорию «повышенная опасность» применительно к определенным источникам, что в свою очередь подтверждается и соответствующим термином – «источник повышенной опасности». Между тем, ст. 1079 ГК РФ предусматривает ответственность за вред, причиненный не самим источником, а деятельностью, создающей повышенную опасность для окружающих. Очевидно, поэтому акцент исследований сделан на изучении определенных источников, в то время как сами виды различного рода деятельности изучены в недостаточной степени.

Во-вторых, ГК РФ (ст. 1079) и содержание работ исследователей рассматриваемой сферы не раскрывают юридическую природу «юридических лиц» и «граждан», деятельность которых представляет повышенную опасность, а также категории «окружающие». Возможно, для названных норм Кодекса этого будет вполне достаточно, поскольку такие нормы носят общий характер, однако применительно к изучаемому в работе виду вреда должны быть использованы нормы специальных источников правового регулирования.

В-третьих, не вполне корректным по отношению к ГК РФ выглядят и отдельные определения «источников повышенной опасности» (например, «объекты материального мира». Однако наряду с названными, к объектам гражданского права (ст. 128 ГК РФ) относятся определенная деятельность (работы, услуги), нематериальные объекты (электроэнергия), а также живые существа – животные. Бесспорно, к животным применяются общие правила об имуществе (ст. 137 ГК РФ), однако законом или иными правовыми актами могут быть установлены и иные нормы. Зачастую именно животные (сторожевые собаки и др.) активно применяются в предпринимательской деятельности, особенно при оказании услуг частной охраны. Как показывает практика, такие животные могут причинить вред не только здоровью гражданина, но и его жизни. Так, например, повышенная вредоносность животных (круп-

ных служебных собак) как источников повышенной опасности заключается в их свирепости и величине⁵⁹⁶.

Изложенное подчеркивает актуальность рассматриваемой проблемы и требует выявления особенностей механизма возмещения вреда, причиненного жизни и здоровью гражданина в предпринимательской деятельности, создающей повышенную опасность для окружающих.

На наш взгляд, особенности такой деятельности проявляются в: 1) конкретизации отдельных видов деятельности, создающей повышенную опасность для окружающих; 2) субъективном основании ответственности за вред, причиненный источником повышенной опасности; 3) основаниях освобождения владельца от ответственности за причинение вреда; 4) иных аспектах, возникающих при возмещении вреда, причиненного жизни и здоровью гражданина в предпринимательской деятельности.

Предлагается следующее последовательное решение поставленных задач.

В таком решении, важным фактором является определение *«деятельности, создающей повышенную опасность для окружающих»*, поскольку в юридической литературе достаточно часто встречается несколько иной термин – «источник повышенной опасности». Очевидно, такой подход обусловлен влиянием исторического метода в исследовании названной категории. Например, в гражданском законодательстве СССР понятие «источника повышенной опасности» и ответственность за причиненный им вред впервые были закреплены в ст. 404 ГК РСФСР 1922 г. Подобные нормы содержались и в ст. 454 ГК РСФСР 1964 г., а также в ст. 90 Основ гражданского законодательства 1961 г., ст. 128 Основ гражданского законодательства 1991 г. Таким образом, предыдущие редакции ГК и иные правовые акты действительно юридически закрепляли рассматриваемый термин. Проведенный анализ позволяет сформулировать вывод о лексическом значении сочетания «источник повышенной опасности». Например, слово «источник» определяется как «то, что дает начало чего-нибудь», слово «повышенная» – «увеличенная, выше нормального», «опасность» – «возможность угрозы чего-нибудь»⁵⁹⁷. Следовательно, в представленном аспекте «источник повышенной опасности – это то, что дает начало увеличению выше нормального возможности угрозы». Как показывает практика, большинство таких источников действительно представляют собой объекты материального мира, количество которых, в связи с достижением науки и техники непрерывно возрастает. К тому же сам по себе такой источник без определенного вида деятельности не представляет собой опасности жизни и здоровью физического лица, поскольку решающим фактором в этом случае становится деятельность определенных лиц. Именно указанная категория, происходящая от слова «действия – результат,

⁵⁹⁶ Шуйский Р.Р., Шуйская С.И. Источник повышенной опасности: понятие, признаки, виды // Вестник Федерального Арбитражного суда Западно-Сибирского округа. – 2004. – № 3.

⁵⁹⁷ Ожегов С. И. Указ. соч. – С. 160, 258, 528.

проявления влияния, воздействия на что-нибудь»⁵⁹⁸, заставляет проявлять «источник повышенной опасности» свои вредоносные свойства. Очевидно, не случайно законодатель сформулировал название ст. 1079 как «Ответственность за вред, причиненный деятельностью, создающей повышенную опасность для окружающих». В то же время названная норма ГК РФ приводит только примерный перечень видов деятельности, который как указано выше, в настоящее время только непрерывно совершенствуется. Таким образом, становится логичным: не бесконечно дополнять перечень новыми видами, а сформулировать определение этого вида деятельности применительно к целям и задачам исследования.

Основополагающими критериями рассматриваемого термина являются: 1) деятельность, связанная с повышенной опасностью для окружающих; 2) источник повышенной опасности.

Проведенный анализ научной и учебной литературы позволяет сформулировать следующие выводы.

Во-первых, в отдельных работах источник повышенной опасности рассматривается как деятельность, связанная с использованием определенных материальных объектов, не поддающаяся непрерывному и всеобъемлющему контролю человека, что в свою очередь обуславливает достаточно высокую степень вероятности причинения вреда⁵⁹⁹.

Во-вторых, под рассматриваемой категорией понимаются свойства вещей или силы природы, которые в условиях современных достижений науки и техники не подконтрольны человеку и, тем самым, создают высокую степень вероятности причинения вреда его жизни или здоровью⁶⁰⁰.

В-третьих, термин источник повышенной опасности означает разнообразное количество вещей и иных предметов, которые находятся в процессе эксплуатации человеком и создают при этом высокий уровень опасности для окружающих⁶⁰¹.

На наш взгляд, перечисленные позиции ученых не только не противоречат друг другу, но и взаимно дополняют одно положение другим. В любом случае общими признаками рассматриваемых источников является их вредоносный характер и отсутствие возможности полноценного контроля над ними со стороны человека. Однако мы считаем, что источником повышенной опасности может выступать не только объект материального, но и в отдельных случаях – животного мира. Такой вывод обусловлен, по меньшей мере, двумя обстоятельствами. Первое обстоятельство основано на мнении Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ, согласно которому источником по-

⁵⁹⁸ Ожегов С.И. Указ. соч. – С. 451.

⁵⁹⁹ См., например: Антимонов Б.С. Гражданская ответственность за вред, причиненный источником повышенной опасности. – М., 1952. – С. 46; Вердников В.Г. Советское гражданское право. – М., 1987. – С. 396.

⁶⁰⁰ См., например: Флейшиц Е.А. Обязательства из причинения вреда и обязательства из неосновательного обогащения. – М., 1951. – С. 132.

⁶⁰¹ Майданик Л.А., Сергеева Н.Ю. Материальная ответственность за повреждение здоровья. – М., 1968. – С. 48.

вышенной опасности признаются животные, не являющиеся объектами дикого животного мира, а также дикие животные, временно изъятые из среды обитания и содержащиеся в неволе или полувольных условиях. Представляется, что такое животное как и имущество, обладает опасными для окружающих свойствами, которые не поддаются полному контролю со стороны человека (Постановление Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 8 апреля 1997 г. № 5923/96). Второе обстоятельство обусловлено наличием отдельных нормативных правовых актов различного уровня. Например, «Правила содержания животных в городе Кемерово», утвержденные постановлением Кемеровского городского Совета народных депутатов от 29.11.02 № 64 и «Правила содержания собак...» в городе Томске, утвержденные решением Томской городской Думы от 06.10.98 № 113 (с измен. от 20.10.99 № 174), содержат перечень собак, представляющих повышенную опасность для окружающих⁶⁰². К этому Перечню отнесены собаки служебных и охотничьих пород, которые могут использоваться в предпринимательской деятельности.

Как свидетельствует судебная практика, наличие вреда должно быть обусловлено именно деятельностью, создающей повышенную опасность для окружающих, в противном случае (если вред возник не в результате эксплуатации источника повышенной опасности) о причинении вреда источником повышенной опасности является необоснованным (Постановление Федерального арбитражного суда Западно-Сибирского округа от 28 августа 2007 г. № Ф04-3284/2006(36638-А46-39).

Субъектами ответственности за вред, причиненный жизни и здоровью окружающих источником повышенной опасности, являются физические и юридические лица, участники предпринимательской деятельности – титульные владельцы источников повышенной опасности. На практике под названными субъектами следует понимать лиц, эксплуатирующих источник повышенной опасности в силу принадлежащего им права собственности, права хозяйственного ведения, права оперативного управления либо по другим законным основаниям. К таким основаниям относится договор аренды, выдача доверенности на управление транспортным средством, распоряжение компетентных органов о передаче организации во временное пользование источника повышенной опасности и др. (ч. 2 п. 1 ст. 1079 ГК РФ). Однако в рассматриваемом случае имеются исключения. Так, не признается владельцем источника повышенной опасности и соответственно не несет ответственности за указанный вред лицо, управляющее источником повышенной опасности на основании трудовых отношений с владельцем этого источника. Такое положение обусловлено нормами ст. 402 ГК РФ, согласно которым «действия работников должника по исполнению его обязательства считаются действиями должника». Отмеченное подтверждается и мнениями отдельных ученых, вы-

⁶⁰² См., подробнее об этом: Шуйский Р.Р., Шуйская С.И. Источник повышенной опасности: понятие, признаки, виды // Вестник Федерального Арбитражного суда Западно-Сибирского округа. – 2004. – № 3.

деляющих в этом случае два признака: юридический и материальный⁶⁰³. В первом случае в качестве владельца источника повышенной опасности может рассматриваться лицо, обладающее указанными гражданско-правовыми полномочиями по отношению к источнику повышенной опасности, во втором – лицо, управляющее источником повышенной опасности в силу трудовых отношений с владельцем.

Особенностями ответственности названной группы субъектов является ее солидарный характер, который возникает в случаях: 1) совместного причинения вреда, (ч. 1 ст. 1080 ГК РФ); 2) причинение вреда третьему лицу в результате взаимодействия источников повышенной опасности (п. 1 ст. 1079 ГК РФ).

Субъектный состав категории «окружающие» не нуждается в дополнительном пояснении, поскольку таковыми всегда выступают физические лица (граждане), юридическая природа которых рассмотрена нами во втором параграфе первой главы настоящей работы.

В итоге предлагается следующее определение: *«деятельность, создающая повышенную опасность для жизни и здоровья гражданина – это осуществление предпринимательской деятельности с использованием источников повышенной опасности, в результате которого по сравнению с нормальным, увеличивается уровень угрозы жизни и здоровью гражданина»*.

Условия возмещения рассматриваемого вреда, причиненного гражданину в указанной деятельности, имеют свои особенности.

Такие особенности проявляются в том, что для возникновения деликтной ответственности не требуется наличия вины причинителя вреда. На практике это означает, что владелец источника повышенной опасности обязан возместить вред потерпевшему независимо от того, виновен он в причинении вреда или нет. Однако вред, причиненный взаимодействием нескольких источников повышенной опасности, возмещается их владельцами с учетом вины каждого из них на общих основаниях, предусмотренных ст. 1064 ГК РФ (ч. 2 п. 3 ст. 1079).

Другим элементом проявления особенностей применения деликтной ответственности является наличие определенных оснований освобождения владельца источника повышенной опасности от ответственности за причинение вреда жизни и здоровью гражданина в предпринимательской деятельности.

Проведенный анализ норм ГК РФ, юридической литературы позволяет классифицировать такие основания по следующим видам: 1) непреодолимая сила; 2) умысел потерпевшего – физического лица и его грубая неосторожность; 3) неправомерное завладение источником повышенной опасности третьим лицом.

Перечисленные виды характеризуются следующими особенностями.

⁶⁰³См., например: Советское гражданское право / Под ред. О.А. Красавчикова. Т. 2. – С. 388.

Непреодолимая сила, как обстоятельство непредвиденное и непредотвратимое (пп. 1 п. 1 ст. 202, п. 3 ст. 401 ГК РФ), обладает указанным юридическим режимом в случае, если она непосредственно послужила причиной выхода источника повышенной опасности из-под контроля владельца. К таковым случаям можно отнести чрезвычайные ситуации природного и техногенного характера, вооруженные конфликты (например, грузино-абхазский конфликт августа 2008 г.) и другие подобные события.

Умысел потерпевшего – гражданина освобождает владельца источника повышенной опасности от ответственности перед потерпевшим полностью и безусловно (п. 1 ст. 1083 ГК РФ).

В отличие от умысла, грубая неосторожность потерпевшего – гражданина, может быть основанием, как для частичного, так и для полного освобождения от ответственности за рассматриваемый вред. Однако в этом случае необходимо доказать факт того, что этот критерий способствовал возникновению или увеличению вреда. Тогда в зависимости от степени вины потерпевшего и причинителя она может служить основанием частичного освобождения владельца источника повышенной опасности от ответственности (ч. 1 п. 2 ст. 1083 ГК РФ). При этом в виду особой социальной значимости категорий «жизнь» и «здоровье», грубая неосторожность потерпевшего не может служить основанием для полного освобождения от ответственности владельца источника повышенной опасности (п. 2 ст. 1083 ГК РФ). Так, Верховный Суд РФ указал на то, что «в силу статей 1079 и 1083 ГК РФ при наличии вины гражданина (пешехода) в дорожно-транспортном происшествии не исключается ответственность и владельца источника повышенной опасности, если гражданину (пешеходу) при этом причинен вред жизни или здоровью» (Постановление Президиума Верховного Суда РФ от 4, 11 и 18 мая 2005 г. «Обзор судебной практики Верховного Суда РФ за первый квартал 2005 г. по гражданским делам»).

Неправомерное завладение источником повышенной опасности предусмотрено п. 2 ст. 1079 ГК РФ. Однако в этом случае владелец источника повышенной опасности должен доказать, что источник выбыл из его обладания в результате противоправных действий других лиц. Ответственность за вред, причиненный источником повышенной опасности, в таких случаях несут лица, противоправно завладевшие им, то есть фактические причинители вреда. Если же наряду с противоправным поведением названных лиц причинению вреда способствовало и виновное поведение его владельца, то ответственность за исследуемый вред может быть возложена как на лицо, неправомерно использовавшее источник повышенной опасности, так и на владельца такого источника.

Авторы осознают, что в настоящей главе невозможно рассмотреть все особенности механизма возмещения вреда, причиненного жизни и здоровью гражданина предпринимательской деятельностью, создающей повышенную опасность для окружающих. Изложенные и другие аспекты являются перспективной темой для дальнейших исследований.

Глава 2. Проблема определения коррупции (Козюк М.Н.)

Аннотация

В предлагаемой главе автор проводит анализ определения понятия коррупции. Считая понятие коррупции важным моментом в организации государственной политики противодействия коррупции, тем не менее, автор критически относится к дефиниции коррупции содержащейся в федеральном законе о противодействии коррупции. В статье намечаются пути по совершенствованию данного понятия. Как представляется автору на современном этапе организации деятельности по противодействию коррупции необходимо сосредоточить все усилия на борьбе с высокой или политической коррупцией. Когда на этом уровне будут завоеваны определенные позиции, можно будет переходить к следующим этапам – искоренять коррупцию на среднем и низовом уровне социального управления. Таким образом, предлагается поэтапное решение проблемы противодействия коррупции, как наиболее стратегически рациональное. Соответственно и законодательное понимание коррупции на каждом из таких этапов должно быть инструментальным, т.е. отражать особенности данного этапа.

Ключевые слова: коррупция, противодействие коррупции, юридические дефиниции.

Annotation

In this article the author analyzes the definition of corruption. Considering the concept of corruption an important moment in the organization of state anti-corruption policies, however, the author is critical of the definition of corruption contained in the federal law on combating corruption. The article outlines ways to improve the concept. It seems to the author at the present stage, the activity of anti-corruption efforts should focus on the fight against high or political corruption. When at this level to be won over certain positions, you can move on to the next stage – to eradicate corruption at the middle and grassroots level of social control. Thus, the proposed phased solution to the problem of anti-corruption as the most strategically sound. Accordingly, the legal understanding of corruption in each of these steps must be instrumental, ie, reflect the characteristics of this phase.

Key words: corruption, anti-corruption, legal definitions.

Юриспруденция – наука понятийная. Приступая к юридическому исследованию того или иного социального явления независимо для теоретической или практической потребности, исследователь-юрист начинает с ответа на вопрос: что это такое? И всякое правоприменительное действие начинается с юридической квалификации, т.е. определения юридической сущности и статуса проблемы. Обычно в развитой правовой системе это не очень сложно, хотя как показывает практика судебной деятельности, очень много судебных ошибок происходит по причине неправильной квалификации того или иного деяния. Однако все гораздо сложнее в ситуациях, когда исследователь стал-

квивается с объемными социальными явлениями, имеющими многообразные стороны и грани, проявляющиеся по-разному в различных сферах социальной жизни. Это часто приводит к тому, что науке не удается выявить сущность данного явления и соответственно выработать его надежное, неискаженное конвенциональное определение пригодное для использования в практической деятельности.

Подобное положение всецело касается и понятия коррупции – одного из наиболее сложных понятий социально-правового дискурса. Коррупция как многоаспектное социальное явление входит в сферу интересов ряда социальных наук: политологии (социальной философии), социологии, экономики, юриспруденции, психологии. Разумеется, каждая из этих отраслей знания видит это явление под своим углом зрения. Это не только приводит к несовпадению понимания явления между исследователями, но и его социальной оценки. Так, если в юридической литературе основные формы коррупции рассматриваются однозначно как общественно опасные преступные деяния, то в рамках экономических наук выявляются положительные стороны коррупции, иногда даже говорится об ее полезности на определенных этапах развития той или иной страны. Например, в учебном пособии для экономистов и социологов дается следующая характеристика коррупции: «Коррупция в России – это попытка построить альтернативную экономику при отсутствии нормальных законов, механизмов реализации очень многих проектов. Во многом коррупция, как это ни парадоксально звучит, при всем ее негативе, является в России толчком для роста экономических и законотворческих процессов»⁶⁰⁴. Таким образом можно констатировать, что не у всех исследователей отношение к коррупции негативное. Так, английский автор Р. Теобальд среди положительных сторон коррупции называл, факторы экономического роста (накопление капитала, предприимчивость, проникновение делового подхода в чиновничью среду, воздействие рыночных сил) и факторы политического роста (консолидация политических сил, развитие партий, политической конкуренции и т.п.)⁶⁰⁵.

Разумеется, и исследователь-юрист должен иметь в виду все функции коррупции, реализуемые ею в обществе, ведь иначе невозможно объяснить ее многовековое существование, однако для правовой оценки нужно определиться с тем какие именно функции коррупции являются преобладающими: позитивные или негативные. Если в ряде стран мира в свое время были проведена откровенно коррупционная приватизация государственной собственности, то конечно, можно радоваться, что таким образом были заложены основы рыночной экономики. Вместе с тем, как показывает социальная практика, в результате этого обвально упали темпы экономического развития, началась экономическая стагнация продолжающаяся уже десятилетиями, что, в

⁶⁰⁴ Добренъков В.И., Исправникова Н.Р. Коррупция: современные подходы к исследованию: Учебное пособие для вузов. М., 2009. С. 60

⁶⁰⁵ See: Theobald R. Corruption, development and underdevelopment. L.: Macmillan, 1990. XI. P. 190.

конечном счете, негативно повлияло на социальные сферы, приведя их к деградации. В этом случае оценки такой коррупционной приватизации будут только негативными. В конечном счете, речь идет, конечно, о критерии оценки того или иного явления. Как признается большинством ученых, наука, прежде всего, ее социально-гуманитарные отрасли, так же несвободна от необходимости дачи таких оценок. Думается, что таким критерием в демократических странах должны выступать не какие-то идеологические постулаты, а реальное социальное самочувствие большинства населения, объективными индикаторами которого являются, например, демографическая ситуация, уровень протестных настроений, количество граждан живущих ниже черты бедности, уровень правонарушаемости и т.п. информация. Все это касается и социально-правовой оценки такого явления как коррупция.

По мнению ученых, отсутствие легитимного определения коррупции являлось серьезным недостатком, тормозом для правоприменительной деятельности. Также важным вопросом является то, что отсутствие четкого определения может привести к нарушению законности. Так известно, к каким социальным бедам в истории приводило отсутствие ясного понимания тех или иных криминализуемых социальных явлений. Например, известны такие политико-правовые химеры как «враги народа», «подозрительные», «экстремисты», «теневая экономика», «оборотни в погонах», «организованная преступность» и т.п. Одним из препятствий для принятия федеральных законов о борьбе с коррупцией долгое время была как раз размытость употребляемых в законопроектах терминов, прежде всего, термина коррупция. Неадекватность понятийного аппарата, его неполнота, политическая спекулятивность угрожает не только эффективности борьбы с негативным явлением, она может привести к еще более негативным последствиям, например, когда лозунг борьбы с коррупцией будет использован в политической борьбе.

В настоящее время в отечественном правоведении коррупция понимается в основном в двух значениях: широком и узком. Широкое понимание коррупции присуще исследователям в таких отраслях знаний как социология, политология, экономика. С их точки зрения коррупция представляет собой социальное явление, заключающееся в развитии социально-экономических практик связанных с действиями управленческого аппарата, в ходе которых допускаются различные злоупотребления полномочиями с различными приватными целями. При этом в целях научной «чистоты» исследований коррупции зачастую не дается социально-моральная оценка этого явления, а в некоторых даже преувеличивается объективная необходимость его существования. Так, например, в одной из публицистических статей иронично утверждается: «Наша коррупция – это система действий гражданского общества, позволяющая им добиваться своих целей вопреки государственным нормам, правилам и законам и использующая чиновников – работников гос-

ударственного аппарата для удовлетворения своих потребностей»⁶⁰⁶. Хотя в целом, коррупция определяется как негативное социальное явление.

Узкий подход к пониманию коррупции реализуется в основном в юридических науках. По мнению сторонников такого подхода, коррупция это социально-правовое явление, заключающееся в совокупности должностных правонарушений, основным признаком которых является использование должностным лицом своего служебного положения в корыстных целях. Данный подход позволяет в целом отграничить коррупцию от иных негативных явлений в социальной жизни, однако он резко сужает спектр рассмотрения. Дело в том, что объективно во внимание юристов как правило, поступают такие явления, которые уже получили правовую оценку. Если же такая оценка по каким-либо причинам еще не дана, то право их не «видит». И поскольку коррупция прямо связана с властными интересами, то вполне возможна ситуация, когда правовая система не реагирует на очевидные коррупционные проявления в обществе, например, преступный лоббизм, незаконное обогащение, посредничество во взяточничестве только потому, что правотворцы-депутаты не склонны торопиться с принятием законодательных мер по ограничению этих явлений.

Следует также обратить внимание на то, что в известных международных документах, ратифицированных Россией нет единства в определении коррупции. В Справочном документе ООН о международной борьбе с коррупцией указывается, что "коррупция – это злоупотребление государственной властью для получения выгод в личных целях". Аналогичное определение коррупции содержится в отчете Всемирного банка, посвященном роли государства в современном мире: коррупция – это "злоупотребление государственной властью ради личной выгоды". По определению Совета Европы коррупция представляет собой взяточничество и любое другое поведение лиц, которым поручено выполнение определенных обязанностей в государственном или частном секторе и которое ведет к нарушению обязанностей, возложенных на них по статусу государственного должностного лица, частного сотрудника, независимого агента или иного рода отношений, и имеет целью получение любых незаконных выгод для себя и других. В Кодексе поведения должностных лиц по поддержанию правопорядка от 17.12 1979 г. говорится, что «...понятие коррупции должно определяться национальным правом», однако дается примерное определение данного явления – «...выполнение должностным лицом каких-либо действий или бездействие в сфере его должностных полномочий за вознаграждение в любой форме в интересах дающего такое вознаграждение, как с нарушением должностных инструкций, так и без их нарушения».

Трудности с выработкой определения коррупции привели к тому, что в ряде ведущих стран термин коррупция законодательно не определен. Это касается Австрии, Англии, Дании, Индии, Китая, США, Швейцарии, Финлян-

⁶⁰⁶ См. Кордонский С.Г. Государство, гражданское общество и коррупция //Отечественные записки 2005, №6.

дии. Наиболее глубоко и всесторонне понятие коррупции разрабатывалось учеными США. Американские исследователи проблемы коррупции определяют это явление как уклонение политических деятелей, сотрудников госаппарата, бизнесменов и других лиц от выполнения ими своих официальных обязанностей и государственных функций ради личных, семейных или групповых интересов в целях обогащения и повышения своего социального статуса⁶⁰⁷. В ФРГ под коррупцией понимается злоупотребление служебным положением на государственной службе, в частном секторе или по собственной инициативе в целях получения преимуществ для себя или для третьего лица с возможным причинением вреда или ущерба обществу либо предприятию. Более развернуто законодательное определение коррупции в Венесуэле, где коррупция подразделяется на три группы:

- прямая коррупция (непосредственное злоупотребление властью, незаконное обогащение, вымогательство, фаворитизм, nepotизм);

- опосредованная коррупция (использование влияния, взятка, политический подкуп, подлог при определении результатов голосования);

- использование недостатков системы управления (умышленное неправомерное использование государственного имущества или денежных средств в целях личного обогащения, неправомерное использование или сокрытие информации).

В юридической энциклопедии термин коррупция определяется как "преступная деятельность в сфере политики или государственного управления, заключающаяся в использовании должностными лицами доверенных им прав и властных возможностей в целях личного обогащения". В криминологии существует научное направление, которое главным признаком коррупции считает продажность. Например, А.И. Долгова определяет коррупцию как "социальное явление, характеризующееся подкупом – продажностью государственных или иных служащих и на этой основе корыстным использованием ими в личных либо в узкогрупповых, корпоративных интересах официальных служебных полномочий, связанных с ними авторитета и возможностей"⁶⁰⁸. Н.Ф. Кузнецова определяет коррупцию как "общественно опасное явление, выражающееся в подкупе служащих государственного аппарата и негосударственных структур"⁶⁰⁹. Однако в настоящее время такой подход воспринимается критически, поскольку утверждается, что коррупцию нельзя сводить только к подкупу или взяточничеству.

Так коллектив исследователей из Академии экономической безопасности МВД России рассматривает коррупцию в широком контексте геополитических проблем современности. По их мнению, коррупция это «совокупность способов и средств влияния на государственные управленческие решения различного уровня (от общенационального до регионального, местного, му-

⁶⁰⁷ Михайлов Л.В. Борьба с коррупцией в США (80-е годы) // Вопросы истории. – 1994. – № 5.

⁶⁰⁸ Криминология / Под ред. А.И. Долговой. – М.: ИНФРА-М, 1997.

⁶⁰⁹ Криминология / Под ред. Н.Ф. Кузнецовой, Г.М. Миньковского. – М.: МГУ, 1994

ниципального) с целью принятия решения, выгодного лоббирующей стороне (частному лицу, общественной организации, этническому объединению, хозяйствующему субъекту, теневой и криминальной экономике, организованному преступному формированию (ОПФ) и т.д.) идущего вразрез с национальными тактическими и стратегическими интересами, национальной безопасностью страны»⁶¹⁰.

Такой разброс мнений исследователей, объясняется, прежде всего, сложностью явления и многообразием его проявлений в социальной действительности. Поэтому при разработке проекта федерального закона о противодействии коррупции, несомненно, ее определению было уделено первостепенное внимание. И поскольку дать ее широкое определение пока невозможно, то законодатель ограничился таким его пониманием которое имело бы инструментальный характер на данном этапе развития отечественной государственности. Иными словами, это рабочее определение необходимое для начала широкомасштабной политико-правовой кампании по противодействию коррупции.

Исходя из важности проблемы законодательного определения коррупции в статье 1 ФЗ-273 «О противодействии коррупции» дается ее нормативное понятие. Для целей этого закона коррупция:

а) злоупотребление служебным положением, дача взятки, получение взятки, злоупотребление полномочиями, коммерческий подкуп либо иное незаконное использование физическим лицом своего должностного положения вопреки законным интересам общества и государства в целях получения выгоды в виде денег, ценностей, иного имущества или услуг имущественного характера, иных имущественных прав для себя или для третьих лиц либо незаконное предоставление такой выгоды указанному лицу другими физическими лицами;

б) совершение деяний, указанных в подпункте "а" настоящего пункта, от имени или в интересах юридического лица.

В первой части предлагаемого определения дается незавершенный, ориентирующий перечень уголовных преступлений которые обычно относят к коррупционным. Вместе с тем, следует отметить, что, во-первых, этот перечень неполный, во-вторых, в нем нет преступлений связанных с хищением совершенным с использованием служебного положения; в-третьих, среди перечня упоминается коммерческий подкуп, т.е. взяточничество в частной сфере. Из этого можно сделать вывод о том, что законодатель к коррупции относит злоупотребления не только в сфере публично-правовых отношений, подкуп (взятку) в частной сфере. Далее определение дополнено словами «либо иное незаконное использование физическим лицом своего должностного положения». Таким образом, к коррупции относятся не только преступления, но и иные правонарушения известные российскому праву: административные, гражданско-правовые, административные, конституционные. Соответ-

⁶¹⁰ Селиванов А.И. Геополитические и геоэкономические причины коррупции в России //Государственная власть и местное самоуправление. 2010, №5.

ственно номенклатура коррупционных правонарушений серьезно расширена, поскольку к коррупционным можно относить не только преступления, но и такие довольно размытые явления как дисциплинарные и гражданско-правовые проступки. В то же время ничего не говорится об аморальных проступках. Вместе с тем, законодатель четко называет субъекта правонарушения: физическое лицо, занимающее должностное положение. Физическое лицо – это гражданин, иностранец или лицо без гражданства. С понятием должностного положения сложностей больше, поскольку разные отрасли российского права оперируют несовпадающими понятиями должностных лиц. Наиболее емкое и развернутое определение понятия должностное лицо дал Верховный суд России в постановлении Пленума от 16 октября 2009 года №19.

Далее определение подчеркивает, что коррупционные деяния совершаются вопреки интересам общества и государства. Это важное замечание, поскольку во многих случаях совершения коррупционных актов потерпевших как конкретных физических лиц не существует. Например, при даче взятки обе стороны: взяткодатель и взяткополучатель вполне довольны друг другом. Взяткодатель «купил» себе известное благо, а взяткополучатель заимел известную сумму денег или иных ценностей «продав» не принадлежащее ему полномочие. Очевидно, что в данном случае страдают интересы общества и государства. Правда это не говорит о том, что в конкретных случаях не может быть выявлен потерпевший, т.е. лицо которое лишилось своего законного права. Важным квалифицирующим признаком коррупции является ее цель: «в целях получения выгоды в виде денег, ценностей, иного имущества или услуг имущественного характера, иных имущественных прав для себя или для третьих лиц либо незаконное предоставление такой выгоды указанному лицу другими физическими лицами». Законодатель стремится конкретизировать эту цель, тщательно перечислив те материальные блага, которые коррупционер стремится получить в результате своей деятельности. В завершение дефиниции коррупции указывается, что ею являются и те деяния, которые совершены от имени и в интересах юридического лица.

Отдельные исследователи коррупции выделяют ее следующие признаки: а) она носит должностной характер; б) коррупция характеризуется корпоративностью; в) это организация, т.е. обладает признаками устойчивости и координации усилий; г) несовместимость коррупции и интересов службы; д) скрытность исполнения решения; е) попытка скрыть акт коррупции каким-нибудь правомерным юридическим актом.

Таким образом, в настоящее время в правовой системе России существует законодательно утвержденное понятие коррупции. Однако как нам представляется, это понятие является конвенциональным и «рабочим» и, как сказано в статье 1, применяется только «в целях настоящего Федерального закона». Дело в том, что федеральный закон о противодействии коррупции во многом является «рамочным», программно-стратегическим, т.е. его нормы можно применить только опираясь на другие федеральные законы. Так, например, привлечь государственного служащего за дисциплинарные про-

винности можно только на основании законодательства о государственной службе, а не закона о противодействии коррупции. Это во многом объясняет те «разночтения», которые сразу появились в законодательстве после вступления в силу этого федерального закона. Некоторые противоречия видны в самой формулировке определения коррупции. Так, например, согласно ей дача взятки не может быть отнесена к коррупционным преступлениям, поскольку чаще всего совершается не должностными лицами. А подкуп избирателей, поскольку он не направлен на прямое извлечение имущественных благ, а совершается в целях получения властных полномочий и формально не подпадает под понятие коррупции, поскольку отсутствует корыстный мотив. Широта представлений о коррупционных правонарушениях сразу породила на практике неологизм «преступления коррупционной направленности» под которые стали подводить различные деяния иногда просто для того, что бы статистика борьбы с коррупцией выглядела благополучно. В свою очередь постановление Пленума Верховного Суда расширило понятие субъекта коррупции, ими стали и граждане, не занимающие руководящие должности, но выполняющие какие-либо юридически значимые действия. Т.е. речь идет о преподавателях, врачах, работниках коммунальных служб и т.п. Поскольку в отношении их проводить уголовное преследование относительно легко, то именно эти категории граждан, наряду с сотрудниками ГИБДД/ГАИ стали в массовом количестве фигурантами уголовных дел коррупционной направленности. Целью коррупции закон ставит только т.н. корыстные интересы, однако в диспозиции уголовно-правовых норм преступлений коррупционного характера речь идет не только о корыстных, но иных личных интересах. Этот момент дефиниция игнорирует, по существу отсекая такой важный сегмент как политическая коррупция, главной целью которой являются не корыстные, а властные интересы.

Следует подчеркнуть что, определение коррупции, данное в законе о противодействии коррупции, является важным, но отнюдь не последним шагом в решении проблемы дефиниции коррупции. Это скорее рабочее ориентирующее определение, позволившее сдвинуть с места соответствующее законодательство, дать импульс законотворческой деятельности. Впрочем, возможно, что коррупция является столь сложным социальным явлением, что дать общее определение для всех времен и народов просто невозможно. Эти определение могут быть только «оперативными» или «инструментальными», пригодными только для данной конкретной страны в определенный исторический период. Если рассматривать проблему в таком аспекте, то для нашей страны сейчас необходимо учитывать следующие актуальные обстоятельства.

Для Российской Федерации в настоящий момент наиболее опасна т.н. политическая или высокая коррупция. Именно она угрожает национальной безопасности государства, резко снижает управляемость и эффективность деятельности органов управления. Поэтому имело бы смысл акцентировать в определении коррупции именно эту опасность, а бытовую коррупцию декриминировать, т.е. перевести в разряд административных проступков. Еще в

советское время правонарушающим считался такой состав как поборы с населения, что позволяло не смешивать два разных по уровню общественной опасности явления.

Далее, под коррупцией имело бы смысл понимать только деяния должностных лиц определенного уровня, т.е. тех, которые занимают ключевые политические и управленческие позиции в органах власти и управления. Если коррупцию порождает верхний слой управленческой элиты, то в целом бессмысленно бороться с ней на низовом уровне.

Более серьезно законодатель должен относиться не только к деяниям определенных должностных лиц, но и представителей частного сектора, которые имеют большие возможности для давления на государственный аппарат. Т.е. должна быть усилена ответственность не только за дачу взяток, а за любые формы неправомерного давления на государственных служащих в целях решения своих частноправовых проблем.

Не стоит понятие коррупции загромождать перечислениями того, что может получить должностное лицо в результате неправомерных действий. Все равно этот список вряд-ли будет исчерпывающим. Важнее определиться с мотивами его действий, а ими могут быть не только корысть, но иные личные мотивы имеющие антиобщественную направленность. Точно так же нет необходимости в определении скрупулезно расписывать преступные схемы. В данном случае нет разницы для кого совершено правонарушение, для себя лично, для родственника или иного «третьего» лица. Для квалификации правонарушения это никакого значения не имеет. Главное в том, что должностное лицо преступило закон.

Таким образом, как нам представляется на современном этапе организации деятельности по противодействию коррупции необходимо сосредоточить все усилия на борьбе с высокой или политической коррупцией. Когда на этом уровне будут завоеваны определенные позиции, можно будет переходить к следующим этапам – искоренять коррупцию на среднем и низовом уровне социального управления.

Таким образом, предлагается поэтапное решение проблемы противодействия коррупции, как наиболее стратегически рациональное. Соответственно и законодательное понимание коррупции на каждом из таких этапов должно быть инструментальным, т.е. отражать особенности данного этапа. Это совсем не препятствует тому, чтобы в науке, в различных ее отраслях были бы иные представления об этом сложном социально-правовом явлении.

Глава 3. Усмотрение прокурора при выборе правовых средств реагирования в общем надзоре (Никитин А. А.)

Аннотация

Статья посвящена исследованию правоприменительного усмотрения, присущего деятельности прокурора при надзоре за исполнением законов и законностью правовых актов. Анализируются система полномочий, предоставленных законом прокурору при осуществлении общего надзора, и условия выбора способа реагирования на выявленное им нарушение закона.

Ключевые слова: правоприменительное усмотрение; прокурорский надзор; правовые средства прокурорского реагирования

PUBLIC PROSECUTOR'S DISCRETION WHILE CHOOSING MEANS OF REACTION IN GENERAL SUPERVISION

Nikitin A. A. Candidate of law

Annotation

The article deals with the research of law enforcement discretion adherent to the activity of the prosecutor while supervising laws execution and legality of acts. The system of powers given to prosecutor by the law while executing general supervision and terms of choosing the way of reaction to the breach of law are also analyzed in the article.

Key words: law enforcement discretion, prosecutor's supervision, legal means of prosecutor's reaction

Деятельность существующих в стране правоохранительных органов в последнее время достаточно часто подвергается критике как со стороны общества, так и со стороны представителей высшего руководства государства. Более того, нередко слышатся критические замечания по работе какого-либо одного правоохранительного органа от представителей других. Недовольство гражданского общества обусловлено не только невысокой эффективностью функционирования правоохранительных структур, и бросающимся в глаза диссонансом между данными их статистической отчетности и реальной ситуацией, складывающейся в сфере борьбы с правонарушениями, которую каждый может наблюдать выйдя из дома. Все чаще заслуженные нарекания связаны с прямыми, грубыми нарушениями закона, допущенными сотрудниками правоохранительных органов при исполнении служебных обязанностей либо с использованием служебного положения.

Названные обстоятельства, обстановка, сложившаяся в правоохранительной сфере, представляют собой всего лишь одну сторону «медали». Другая сторона – это общее увеличение нарушений закона, прав и свобод человека и гражданина в деятельности органов государственной и муниципальной власти, их должностных лиц, общественных объединений, коммерческих и некоммерческих организаций, явившееся следствием провала государственной политики в области обеспечения законности и правопорядка в стране.

Выходом из сложившейся ситуации как представляется должны стать активизация и совершенствование надзорной деятельности прокуратуры Российской Федерации. Именно на нее в соответствии с законом «О прокуратуре Российской Федерации» возложено обеспечение верховенства закона, единства и укрепления законности, защиты прав и свобод человека, охраняемых

законом интересов общества и государства.⁶¹¹ Отправной точкой в достижении названных целей является повышение эффективности надзора за соблюдением Конституции РФ и исполнением законов федеральными министерствами и ведомствами, законодательными и исполнительными органами государственной власти субъектов РФ, органами местного самоуправления, органами военного управления, органами контроля, их должностными лицами, органами управления и руководителями коммерческих и некоммерческих организаций, а также за соответствием законам правовых актов, издаваемых названными органами и лицами⁶¹² (далее по тексту «общий надзор»). И возможности для совершенствования своей деятельности у прокуратуры есть.

Реформирование системы прокуратуры России, вызванное изменениями ряда законов, повлекшее за собой фактическое разделение прокуратуры на две ветви органов: следственных (органы следственного комитета при прокуратуре Российской Федерации) и собственно «прокуратур», сказалось и на объеме полномочий прокуроров. Однако, это коснулось прежде всего надзора за процессуальной деятельностью органов дознания и предварительного следствия и функции уголовного преследования. Из общенадзорных полномочий прокурора по устранению выявленных нарушений закона «пострадало» практически только право на возбуждение уголовного дела собственным постановлением. В действующем законодательстве оно заменено на постановление прокурора о передаче материалов проверки в орган дознания или предварительного следствия для решения вопроса о возбуждении уголовного дела по выявленным прокурором фактам нарушения закона. Именно лишение прокуроров права на возбуждение уголовного дела стало поводом для возникновения среди правоведов и юристов-практиков тезиса о «бесправии и бессилии» современных прокуроров в борьбе с нарушениями действующего законодательства.

С таким выводом согласиться нельзя. Во-первых, такое правовое средство прокурорского реагирования как возбуждение уголовного дела являлось исключительным и самым жестким полномочием, которое могло применяться только в тех случаях, когда в нарушении закона усматривались признаки состава преступления. Во-вторых, по прошествии более 2 лет с момента вступления в силу соответствующих изменений в законодательстве прокуроры наработали навыки в случае необходимости добиваться от органов предварительного расследования возбуждения уголовных дел по направляемым им постановлениям прокурора. В-третьих, в большинстве случаев для предупреждения, пресечения правонарушения и устранения его последствий достаточно применения других, закрепленных в законе средств прокурорского реагирования.

⁶¹¹ См.: п. 2 ст. 1 Федерального закона от 17.01.1992 г. (в ред. от 28.11.2009 г.) № 2202-1 «О прокуратуре Российской Федерации» // Собрание законодательства Российской Федерации. 1995. № 47. Ст. 4472; 2009. № 48. Ст. 5753.

⁶¹² См.: ст. 21 Федерального закона от 17.01.1992 г. (в ред. от 28.11.2009 г.) № 2202-1 «О прокуратуре Российской Федерации» // Собрание законодательства Российской Федерации. 1995. № 47. Ст. 4472; 2009. № 48. Ст. 5753.

Какие же полномочия прокурора по устранению выявленных нарушений закона, применяемых в рамках общего надзора, предусматривает действующее законодательство? В федеральном законе «О прокуратуре Российской Федерации» закреплено право прокурора:

- опротестовывать несоответствующие закону правовые акты поднадзорных органов и лиц (п. 3 ст. 22 и ст. 23 ФЗ «О прокуратуре Российской Федерации»);

- обращаться в суд или арбитражный суд с требованием о признании несоответствующих закону правовых актов недействительными (п. 3 ст. 22 ФЗ «О прокуратуре Российской Федерации» и ст. 251 Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации⁶¹³ и ст. 52 Арбитражного процессуального кодекса РФ⁶¹⁴);

- вносить представление об устранении выявленных нарушений закона (п. 3 ст. 22 и ст. 24 ФЗ «О прокуратуре Российской Федерации»);

- освобождать своим постановлением лиц, незаконно подвергнутых административному задержанию на основании решений несудебных органов (п. ст. 22 ФЗ «О прокуратуре Российской Федерации»);

- возбуждать своим постановлением производство об административном правонарушении (п. 2 ст. 22 и ст. 25 ФЗ «О прокуратуре Российской Федерации»);

- требовать привлечения лиц, допустивших нарушение закона, к иной установленной законом ответственности (п. 2 ст. 22 ФЗ «О прокуратуре Российской Федерации»);

- участвовать в соответствии с нормами гражданского процессуального и арбитражного процессуального законодательства в соответствующих видах судопроизводств (п. 12 приказа Генерального прокурора РФ от 07.12.2007 г. № 195);⁶¹⁵

- предупреждать должностных лиц о недопустимости нарушения закона (п. 2 ст. 22 и ст. 25.1 ФЗ «О прокуратуре Российской Федерации»). При этом данное право прокурора в ряду других перечисленных полномочий является специфичным, поскольку предупреждение о недопустимости нарушения закона – это акт прокурорского реагирования не на состоявшееся нарушение закона, а на сведения о готовящемся противоправном деянии.⁶¹⁶

⁶¹³ См.: Гражданский процессуальный кодекс Российской Федерации от 14.11.2002 г. (в ред. от 30.04.2010 г.) № 138-ФЗ // Собрание законодательства Российской Федерации. 2002. № 46. Ст. 4532; 2010. № 18. Ст. 2145.

⁶¹⁴ См.: Арбитражный процессуальный кодекс Российской Федерации от 24.07.2002 г. (в ред. от 30.04.2010 г.) № 95-ФЗ // Собрание законодательства Российской Федерации. 2002. № 30. Ст. 3012; 2010. № 18. Ст. 2145.

⁶¹⁵ См.: Приказ Генерального прокурора РФ от 07.12.2007 г. № 195 «Об организации прокурорского надзора за исполнением законов, соблюдением прав и свобод человека и гражданина» // Законность. 2008. № 3.

⁶¹⁶ См.: Указание Генерального прокурора РФ от 06.07.1999 № 39/7 (с изм., внесенными приказом Генерального прокурора РФ от 16.10.2000 г. № 134) «О применении предупреждения о недопустимости нарушения закона» // Сборник основных организационно-распорядительных документов Генпрокуратуры РФ. М., 2004. Том 1.

Кроме названных правовых средств реагирования прокурора на выявленные нарушения закона, закрепленные законом о прокуратуре РФ существуют и другие, регламентированные нормами иных законов. Например, в федеральном законе «О противодействии коррупции»⁶¹⁷ на прокуроров возлагается координация деятельности правоохранительных органов по борьбе с коррупцией (п. 6 ст.5), а также антикоррупционная экспертиза правовых актов и их проектов (ст. 6). В соответствии с названным законом в федеральный закон «О прокуратуре РФ» была включена ст. 9.1 «Проведение антикоррупционной экспертизы нормативных правовых актов», предусматривающая такое средство прокурорского реагирования как требование об изменении нормативного правового акта. Место, которое названная норма заняла в законе о прокуратуре, указывает на желание законодателя приблизить антикоррупционную экспертизу к функции участия прокурора в правотворческой деятельности, однако практически такая экспертиза – одна из составляющих общего надзора. В частности, в Генеральной прокуратуре РФ обязанность по проведению антикоррупционной экспертизы нормативно-правовых актов, принятых федеральными органами, возложена на управление по надзору за исполнением законодательства о противодействии коррупции (п. 7 приказа Генерального прокурора РФ от 28.12.2009 г. № 400).⁶¹⁸

Таким образом, действующее законодательство представляет на усмотрение прокурора целый комплекс правовых средств реагирования на нарушения закона, выявленные в ходе осуществления общего надзора, некоторые из которых носят взаимозаменяемый характер.

Усмотрение прокурора при реализации предоставленных ему полномочий по устранению выявленных нарушений закона возможно при решении следующих вопросов:

- 1) реагировать или нереагировать на выявленное нарушение закона;
- 2) какое средство прокурорского реагирования выбрать в каждом конкретном случае;
- 3) как наиболее правильно и эффективно применить выбранное правовое средство?

Возникновение первой дилеммы заложено уже в самом действующем законодательстве. С одной стороны, перед прокуратурой ставится цель обеспечения единства и укрепления законности – состояния, которое предполагает исключение любых случаев нарушения закона, а следовательно для достижения названной цели прокуроры должны реагировать на все выявленные ими нарушения закона. С другой – нормы законодательства, определяющие пределы прокурорского вмешательства. Ярким примером здесь могут являться случаи, когда прокурор выявляет нарушения закона, сопряженные с нарушением прав и свобод конкретного гражданина, которые требуют обра-

⁶¹⁷ См.: Федеральный закон от 25.12.2008 г. № 273-ФЗ «О противодействии коррупции» // Собрание законодательства Российской Федерации. 2008. № 52 (ч. 1). Ст. 6228.

⁶¹⁸ См.: Приказ Генерального прокурора РФ от 28.12.2009 г. № 400 «Об организации проведения антикоррупционной экспертизы нормативных правовых актов» // Законность. 2010. № 4.

щения в суд общей юрисдикции, и положения статьи 45 ГПК РФ как в первоначальной редакции, так и в редакции федерального закона «О внесении изменений в статьи 45 и 131 Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации».⁶¹⁹

Согласно первоначальной редакции ст. 45 Гражданского процессуального кодекса РФ прокурор мог обратиться в суд с заявлением в защиту прав, свобод и законных интересов гражданина только в случае, если он по состоянию здоровья, возрасту, недееспособности и другим уважительным причинам не мог сам обратиться за защитой в суд. В соответствии с п. 2 приказа Генерального прокурора РФ «Об обеспечении участия прокуроров в гражданском судопроизводстве» прокуроры должны были представлять суду доказательства, подтверждающие невозможность самостоятельного обращения гражданина в суд за защитой своих прав.⁶²⁰ Но прежде чем доказывать суду эти обстоятельства сами прокуроры должны были для себя решить, способен ли тот или иной гражданин самостоятельно защищать свои права в суде или нет. В значительном количестве случаев такое решение было весьма субъективным, оценочным, а необходимость доказывания в суде еще одного обстоятельства никак не способствовала активизации использования соответствующего полномочия прокурором.

Увеличение количества нарушений закона, прав и свобод человека в социально-экономической сфере, в сфере труда и занятости населения, явившееся следствием мирового финансово-экономического кризиса 2008 года, заставило законодателя пересмотреть условия вступления прокуроров в гражданский процесс в целях защиты нарушенных или оспариваемых прав граждан и изменить редакцию статьи 45 ГПК РФ. Теперь вне зависимости от возможности гражданина самостоятельно защищать свои права в суде прокурор может подать заявление в суд, основанное на обращении к нему гражданина о защите нарушенных или оспариваемых прав, свобод и законных интересов в сфере трудовых (служебных) отношений и иных непосредственно связанных с ними отношений; защиты семьи, материнства, отцовства и детства; социальной защиты, включая социальное обеспечение; обеспечения права на жилище в государственном и муниципальном жилищных фондах; охраны здоровья, включая медицинскую помощь; обеспечения права на благоприятную окружающую среду; образования.⁶²¹ При этом основанием для заявления прокурора в суд является письменное обращение гражданина к прокурору о защите нарушенных или оспариваемых прав и свобод либо волеизъявление гражданина должно быть зафиксировано самим прокурором в письменном

⁶¹⁹ См.: Федеральный закон от 05.04.2009 № 43-ФЗ «О внесении изменений в статьи 45 и 131 Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации» // Собрание законодательства Российской Федерации. 2009. № 14. Ст. 1578.

⁶²⁰ См.: Приказ Генерального прокурора РФ от 02.12.2003 г. № 51 «Об обеспечении участия прокуроров в гражданском судопроизводстве» // СПС «Консультант-плюс».

⁶²¹ См.: Ст. 45 Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации от 14.11.2002 г. (в ред. от 30.04.2010 г.) № 138-ФЗ // Собрание законодательства Российской Федерации. 2002. № 46. Ст. 4532; 2010. № 18. Ст. 2145.

виде.⁶²² На заявления прокурора в защиту не перечисленных в статье прав и свобод гражданина распространяются прежние ограничения.

Несмотря на некоторое расширение полномочий прокурора полностью решить проблему не удалось, тем более, что зачастую граждане под угрозами увольнений и других негативных последствий не спешат обращаться в прокуратуру с письменными заявлениями о защите их нарушенных прав. И решение о вступлении с заявлением в гражданское судопроизводство в значительной мере зависит от усмотрения прокурора.

Следующая область, представляющая достаточно обширные возможности для усмотрения прокурора, – это собственно выбор правового средства реагирования на выявленное правонарушение.

Ранее в этой работе уже был приведен перечень полномочий прокурора, которыми он обладает при осуществлении общего надзора. Выбор одного из них в каждом конкретном случае зависит от характера выявленного нарушения закона, от правовых характеристик самого средства реагирования, его эффективности и закрепленных в законе, приказах и указаниях Генерального прокурора РФ, методических материалах правил применения выбранного средства. В частности, законом предусмотрено, что при обнаружении несоответствующего закону нормативно-правового акта поднадзорного органа, прокурор вправе как принести протест органу, издавшему этот акт, так и обратиться в суд с требованием о признании его недействительным. Генеральный прокурор РФ указывает, что при выборе формы реагирования на выявленные незаконные правовые акты прокуроры обязаны безотлагательно приносить протест на несоответствующий закону правовой акт, а при его отклонении обращаться в суд (п. 2.2 приказа Генерального прокурора РФ от 02.10.2007 г. № 155;⁶²³ п. 4.2. приказа Генерального прокурора РФ от 07.12.2007 г. № 195⁶²⁴). Но следует учитывать, что зачастую, прокуроры принимают участие в работе коллегиальных исполнительных или законодательных (представительных) органов, принимающих правовые акты, либо в работе их структурных подразделений, подготавливающих соответствующие проекты, и в ходе этой работы составляются заключения прокурора на проект нормативно-правового акта, содержащие его замечания и предложения по устранению выявленных недочетов. По сути такие заключения прокурора, содержащие правовой анализ несоответствующего закону нормативного правового акта (или его проекта) есть более «мягкая», сглаженная форма протест-

⁶²² См.: Указание Генерального прокурора РФ от 14.05.2009 г. № 160/8 «Об организации работы по применению части 1 статьи 45 Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации» // Законность. 2009. № 7.

⁶²³ См.: Приказ Генерального прокурора РФ от 02.10.2007 г. (ред. от 23.12.2009 г.) № 155 «Об организации прокурорского надзора за законностью нормативных правовых актов органов государственной власти субъектов Российской Федерации и местного самоуправления» // СПС «Консультант-Плюс».

⁶²⁴ См.: Приказ Генерального прокурора РФ от 07.12.2007 г. № 195 «Об организации прокурорского надзора за исполнением законов, соблюдением прав и свобод человека и гражданина» // Законность. 2008. № 3.

ста. И в том случае, если не сам орган, принимающий нормативный правовой акт, ни вышестоящий по отношению к нему орган или должностное лицо не принимают во внимание заключение прокурора, а содержащиеся в нем предложения отвергаются, возникает вопрос – следует ли реагировать на такой правовой акт протестом или же сразу обращаться в суд? Представляется, что в подобных ситуациях прокурорам необходимо изначально выбирать такую форму реагирования как обращение в суд в силу того, что поднадзорный орган явно продемонстрировал свою позицию по поводу требований прокурора в отношении определенного нормативно-правового акта и терять то время, в течение которого протест будет рассматриваться, – нецелесообразно.

Еще одним, требующим внимания обстоятельством, выявленным при анализе полномочий прокурора в сфере надзора за законностью правовых актов, является появление в данном надзоре нового направления – антикоррупционной экспертизы нормативных правовых актов и их проектов. Как уже отмечалось, ст. 9.1 закона «О прокуратуре Российской Федерации» предусматривает такое средство реагирования прокурора на выявленные нарушения как требование об изменении нормативного правового акта. Сравнивая бланки требования и протеста, порядок внесения и процедуру рассмотрения в поднадзорном органе, предусмотренные нормами указанной статьи и приказа Генерального прокурора,⁶²⁵ можно сделать вывод, что по указанным параметрам требование является аналогом протеста. Казалось бы, кардинальное различие названных актов прокурорского реагирования должно быть в основаниях их принесения: протест приносится в случаях, если правовой акт не соответствует действующему законодательству; требование – при обнаружении в нормативном правовом акте коррупциогенных факторов. Однако, обращаясь к методике проведения антикоррупционной экспертизы нормативных правовых актов и проектов нормативных правовых актов (утверждена Постановлением Правительства РФ от 26.02.2010 г. № 96),⁶²⁶ в которой содержится перечень коррупциогенных факторов (например, принятие нормативно-правового акта за пределами компетенции соответствующего органа, заполнение законодательных пробелов при помощи подзаконных правовых актов в отсутствие законодательной делегации соответствующих полномочий и др.), видно, что коррупциогенные факторы в основном тождественны нарушениям закона, выявляемыми при надзоре за законностью правовых актов. В связи с этим возникает вопрос: на что в первую очередь должен реагировать прокурор при проверке нормативного правового акта – на нарушение закона или на коррупциогенные факторы, и как – протестом или требованием? На наш взгляд, закрепление в законе такого средства реагирования как требование об изменении нормативного правового акта, являющегося по су-

⁶²⁵ См.: Приказ Генерального прокурора РФ от 28.12.2009 г. № 400 «Об организации проведения антикоррупционной экспертизы нормативных правовых актов» // Законность. 2010. № 4.

⁶²⁶ См.: Постановление Правительства РФ от 26.02.2010 г. № 96 «Об антикоррупционной экспертизе нормативных правовых актов и проектов нормативных правовых актов» // Собрание законодательства Российской Федерации. 2010. № 10. Ст. 1084.

шеству протестом с более узкой сферой действия (протест может применяться в отношении всех правовых актов, а требование только в отношении нормативно-правовых) – нецелесообразно: при наличии нерешенных вопросов в других областях деятельности прокурора (прежде всего в уголовном процессе), в сфере надзора за законностью правовых актов появляется дополнительное дублирующее полномочие. В данном случае, предпочтительнее была бы более четкая и подробная законодательная регламентация «классического» акта прокурорского реагирования – протеста, учитывающая и возложение на прокуратуру обязанностей по антикоррупционной экспертизе нормативных правовых актов.

Таким образом, действующее законодательство, регулирующее деятельность прокурора при осуществлении общего надзора, предполагает наличие активной позиции прокуроров в достижении целей, стоящих перед прокуратурой. Это обусловлено широчайшей областью общественных отношений, в которой проверяется исполнение положений закона, а также ростом числа правонарушений, наблюдающимся в последнее время в стране. Комплекс полномочий, имеющих у прокурора, должен соответствовать складывающейся обстановке. Несомненно, что совершенствование закона должно идти не только по экстенсивному пути, влекущему появление качественно новых полномочий у прокурора, отвечающих современным угрозам законности, но и по интенсивному – повышение эффективности использования существующих правовых средств реагирования.

Сложившаяся на практике вариативность, зависимость выбора средства реагирования от усмотрения прокурора при соблюдении ряда требований следует отметить как положительную черту современного прокурорского надзора. Основным требованием, определяющим выбор средства прокурорского реагирования (естественно после соблюдения принципа законности), является эффективность выбранного средства для достижения поставленной цели.

Кроме того, Генеральный прокурор РФ ориентирует подчиненных ему прокуроров на то, что при внесении актов реагирования следует оценивать возможные негативные последствия исполнения требований прокурора, учитывая, что акты реагирования должны быть направлены не на разрушение существующих правоотношений, а на их корректировку и приведение в соответствие с действующим законодательством (п. 13 приказа Генерального прокурора РФ от 07.12.2007 г. № 195).⁶²⁷

Отдельно следует отметить, что в зависимости от правовой оценки конкретной ситуации, когда она с юридической точки зрения представляет собой сочетание разнородных правонарушений, по усмотрению прокурора может использоваться не одно, а комплекс правовых средств реагирования. Например, допускается использование предостережения о недопустимости нару-

⁶²⁷ См.: Приказ Генерального прокурора РФ от 07.12.2007 г. № 195 «Об организации прокурорского надзора за исполнением законов, соблюдением прав и свобод человека и гражданина» // Законность. 2008. № 3.

шения закона наряду с другими актами прокурорского реагирования: протестом, представлением и др. (п. 1.3 Указания Генерального прокурора РФ № 39/7).⁶²⁸

Глава 4. Особенности процесса доказывания в стадии подготовки и назначения судебного заседания (Никитина Л. В.)

Аннотация

Статья посвящена исследованию особенностей процесса доказывания при общем порядке подготовки дела к судебному заседанию и при проведении предварительного слушания по различным основаниям, предусмотренным ч. 2 ст. 229 УПК РФ. Сформулированы предложения по совершенствованию норм УПК РФ в исследуемой части.

Ключевые слова: процесс доказывания; стадия подготовки и назначения судебного заседания; собрание, проверка и оценка доказательств; исключение недопустимых доказательств; возвращение дела прокурору; отказ прокурора от обвинения; прекращение уголовного дела (преследования); мера пресечения

PROVING PROCESS DISTINCTIONS AT THE STAGE OF PREPARATION AND SETTING COURT SESSION

Nikitina L.V. Candidate of law, professor

Annotation

The article deals with the research of distinctions of the proving process while preparing a case to the court session and while carrying out preliminary hearings according to different reasons stipulated by chapter 2 article 229 RF Criminal Procedural Code. The author advances her ideas about RF CPC norms' developing in the above mentioned part.

Key words: proving process, stage of preparation and setting court session; collecting, examining and evaluation of evidence; inadmissible evidence exclusion; recommmitting a case to the prosecutor; prosecutor's withdrawal of a charge; dismissal of a criminal case; measure of restraint

Деятельность в стадии подготовки и назначения судебного заседания как и в любой другой стадии уголовного судопроизводства основана на процессе доказывания, особенности которого обусловлены целевым назначени-

⁶²⁸ См.: Указание Генерального прокурора РФ от 06.07.1999 № 39/7 (с изм., внесенными приказом Генерального прокурора РФ от 16.10.2000 г. № 134) «О применении предостережения о недопустимости нарушения закона» // Сборник основных организационно-распорядительных документов Генпрокуратуры РФ. М., 2004. Том 1.

ем данной стадии, выполняемыми задачами и разрешаемыми в ней вопросами.

Подготовка к судебному заседанию является первой судебной стадией при производстве в суде первой инстанции, имеющей своим назначением не допустить в следующую центральную стадию процесса – судебное разбирательство – уголовное дело, по которому допущены существенные нарушения уголовно-процессуального закона, препятствующие его рассмотрению и разрешению по существу с вынесением законного, обоснованного и справедливого решения. Контрольные функции суда определяют структуру, содержание и характер процесса доказывания в данной стадии процесса.

На этапе подготовки дела к судебному заседанию, осуществляемому в общем порядке, процесс доказывания складывается из двух элементов: проверки и оценки, причем преобладает оценочный элемент. Проверка материалов поступившего в суд уголовного дела производится судьей единолично лишь только путем их анализа и сопоставления, но не производства следственных действий. Подобный характер проверки обусловлен вопросами, подлежащими выяснению по поступившему в суд уголовному делу, являющимися в основном, как замечает Л. В. Юрченко, формальными.⁶²⁹ В уголовно-процессуальной литературе считается, что стадия подготовки в ее нынешнем виде и задумывалась для решения вопроса о наличии или отсутствии процессуальных препятствий для производства по уголовному делу:⁶³⁰ подсудность, вручение копии обвинительного заключения или обвинительного акта и своевременности этого вручения, вопрос о мере пресечения, разрешение поступивших ходатайств и жалоб, вопрос обеспечения возмещения вреда, причиненного преступлением, и возможной конфискации имущества, наличие оснований проведения предварительного слушания, предусмотренных законом (ст. 228 УПК РФ).

Только глубокое изучение материалов уголовного дела и анализ доказательств, присутствующих в этом деле, позволяет судье правильно разрешить перечисленные вопросы. Несмотря на определенную формальность при этом, судье надлежит по данным вопросам принять предусмотренные законом процессуальные решения и выполнить процессуальные действия в целях обеспечения беспрепятственного, правильного разрешения уголовного дела судом первой инстанции.⁶³¹ Так, судье для решения вопроса о принятии мер по обеспечению возмещения вреда и возможной конфискации имущества требуется установить не только основания для наложения ареста на имущество, но и проверить, имеются ли в материалах уголовного дела или в мате-

⁶²⁹ См.: Юрченко Л. В. Оценочные действия судьи на этапе подготовки к судебному заседанию. М.: Изд-во «Юрлитинформ», 2008. С. 72.

⁶³⁰ См.: Горевой Е. Д. Внутренне судебское убеждение в оценке доказательств по уголовным делам. М.: Изд-во «Юрлитинформ». 2008. С. 107.

⁶³¹ См.: п. 2 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 22 декабря 2009 г. № 28 «О применении судами норм уголовно-процессуального законодательства, регулирующих подготовку уголовного дела к судебному разбирательству» // Российская газета. 2010. 13 января.

риалах, представленных стороной обвинения, сведения о наличии у обвиняемого денежных средств, ценностей и другого имущества, на которые может быть наложен арест.⁶³²

Трудности в принятии данного решения судьей вызваны и тем, что арест может быть наложен и на имущество, находящееся у других лиц, если есть достаточные основания полагать, что оно получено в результате преступных действий обвиняемого либо использовалось или предназначалось для использования в качестве орудия преступления либо для финансирования терроризма, организованной группы, незаконного вооруженного формирования, преступного сообщества (ч. 3 ст. 115 УПК РФ). Судье в этом случае предстоит принять решение только на основе письменных документов и протоколов следственных действий, находящихся в уголовном деле, а также тех письменных материалов, которые представлены стороной обвинения, в подтверждение заявленного ею ходатайства. Судья оценивает доказательства в условиях ограничения устности и непосредственности, что безусловно суживает базу для формирования внутреннего судейского убеждения и никоим образом не способствует вынесению законных и обоснованных решений.

Проверяя и оценивая поступившее в суд уголовное дело с позиции законности проведенного предварительного расследования, судья устанавливает юридические основания для назначения судебного заседания. Юридическими основаниями для назначения судебного заседания являются обвинительное заключение или обвинительный акт и подтверждающие изложенные в этих документах выводы органов уголовного преследования по всем обстоятельствам, входящим в предмет доказывания, доказательства, содержащиеся в уголовном деле. И обвинительное заключение (обвинительный акт) оцениваются только с точки зрения соответствия требованиям уголовно-процессуального закона. Вопрос об обоснованности обвинения в этой стадии процесса при подготовке дела в общем порядке не решается. При этом следует различать достаточность оснований и достаточность доказательств при назначении судебного заседания. Поэтому поводу уместно привести цитату из монографии Л. В. Юрченко «...достаточность оснований и достаточность доказательств – понятия, совершенно разные по своему смысловому значению, кроме того они порождают разные последствия, так как достаточность доказательств непременно приведет к выводу о виновности (невиновности) обвиняемого, а достаточность оснований – к выводу о достаточности юридических и фактических данных для назначения по делу судебного разбирательства, что и является, в самом общем смысле, задачей данного этапа»⁶³³.

Представляется, что вопрос об обоснованности обвинения может быть поставлен только прокурором в связи с его отказом от обвинения и соответственно разрешен на предварительном слушании.

Обнаружив нарушение требований УПК РФ в обвинительном заключении или обвинительном акте, судья в соответствии с п. 2 ч. 2 ст. 229 и п. 1 ч.

⁶³² См.: п. 6 указ. Постановления Пленума Верховного Суда РФ.

⁶³³ Юрченко Л. В. Указ. соч. С. 76

1 ст. 237 УПК РФ назначает предварительное слушание для решения вопроса о возвращении уголовного дела прокурору. Вопрос о возвращении уголовного дела прокурору может возникнуть и при обнаружении иных нарушений, допущенных в досудебном производстве и предусмотренных ч.1 ст. 237 УПК РФ. Главное, как указывает Конституционный Суд РФ в своем постановлении от 8 декабря 2003 г. № 18-П, вернуть дело прокурору можно только в тех случаях, когда в досудебном производстве были допущены, во-первых, существенные нарушения уголовно-процессуального закона, не устранимые в судебном производстве, и во-вторых, если возвращение дела не связано с восполнением неполноты проведенного дознания или предварительного следствия.⁶³⁴

Руководствуясь предписаниями Конституционного Суда РФ по данному вопросу, Пленум Верховного Суда РФ в двух своих постановлениях от 5 марта 2004 г.⁶³⁵ и от 22 декабря 2009 г.⁶³⁶ дал разъяснения по поводу того, какие нарушения требований ст. 220 и ст. 225 УПК РФ являются препятствиями для принятия судом решения по существу дела на основании обвинительного заключения или обвинительного акта. Анализ положений п. 13 и п. 14 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 5 марта 2004 г.⁶³⁷ и п. 14 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 22 декабря 2009 г.⁶³⁸ позволяет сделать вывод о том, что речь идет в одном случае о нарушении требований УПК РФ, затрагивающих содержание актов обвинения, а в другом – их форму.

Так, когда возникает вопрос об отсутствии в обвинительном заключении или обвинительном акте сведений, которые должны быть обязательно отражены в них (данные о потерпевшем, о месте нахождения обвиняемого, о его неснятых и непогашенных судимостях, приведенный перечень доказательств содержит краткое содержание доказательств, а не ссылки только на источники доказательств и др.) либо при обнаружении несоответствия обвинения,

⁶³⁴ См.: Постановление Конституционного Суда РФ от 8 декабря 2003 г. № 18-П «По делу о проверке конституционности положений статей 125, 219, 227, 229, 236, 237, 239, 246, 254, 271, 378, 405 и 408, а также глав 35 и 39 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации в связи с запросами судов общей юрисдикции и жалобами граждан» // Российская газета. 2003. 23 декабря.

⁶³⁵ См.: Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 5 марта 2004 г. № 1 «О применении судами норм Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации» // Российская газета. 2004. 25 марта.

⁶³⁶ См.: Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 22 декабря 2009 г. № 28 «О применении судами норм уголовно-процессуального законодательства, регулирующих подготовку уголовного дела к судебному разбирательству» // Российская газета. 2010. 13 января.

⁶³⁷ См.: Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 5 марта 2004 г. № 1 «О применении судами норм Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации» // Российская газета. 2004. 25 марта.

⁶³⁸ См.: Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 22 декабря 2009 г. № 28 «О применении судами норм уголовно-процессуального законодательства, регулирующих подготовку уголовного дела к судебному разбирательству» // Российская газета. 2010. 13 января.

изложенного в обвинительном заключении, обвинению, указанному в постановлении о привлечении в качестве обвиняемого, то в этих случаях безусловно есть основания для назначения и проведения предварительного слушания, так как по этим вопросам есть что сказать сторонам, есть о чем спорить, ибо эти нарушения касаются обстоятельств дела и затрагивают интересы участников уголовного судопроизводства.

В случае же выявления судьей отсутствия подписей следователя или дознавателя, отсутствия согласия руководителя следственного органа либо утверждения начальника органа дознания и отсутствие отметки об утверждении обвинительного заключения или обвинительного акта прокурором, его подписи и гербовой печати, то есть нарушений закона, относящихся к форме указанных актов обвинения, которые не нуждаются в обсуждении и относятся к категории нарушений, безусловно влекущих возвращение уголовного дела прокурору, так как отсутствие требуемых реквизитов на документе делает его ничтожным, то есть не имеющим юридической силы. Представляется, что в этих случаях нет надобности в проведении предварительного слушания, нет для этого юридических оснований, а поэтому с целью ускорения процесса в стадии подготовки и назначения судебного заседания и проведения ее в разумные сроки, необходимо предоставить судье право вернуть дело прокурору без проведения предварительного слушания, и в связи с этим внести соответствующие коррективы в ст. 237 УПК РФ.

Представленные в суд доказательства по поступившему уголовному делу судья оценивает с позиции их соответствия требованию допустимости. Допустимость доказательств означает их получение из законных источников (ч. 2 ст. 74 УПК РФ) и в порядке, установленном уголовно-процессуальным законом для данного вида доказательств. Но судья подвергает проверке и оценке не только форму доказательств, но и их содержание. Эта проверка и оценка происходит не с точки зрения их доказательственной силы для обоснования обвинения или позиции защиты, а с целью определения их качественной стороны, выражающейся в том, что показания свидетеля, потерпевшего всегда должны содержать сведения, воспринятые названными участниками из объективной действительности, а не основанные на догадках, предположениях, слухах. Недопустимыми доказательствами признаются также показания потерпевшего, свидетеля, если они не могут указать источник своей осведомленности (ч. 2 ст. 73 УПК РФ). Проверяемость – одно из свойств доказательств, поэтому, если допрашиваемые свидетели или потерпевшие не могут назвать источник своей осведомленности, то сообщаемая ими информация не может использоваться в качестве доказательств обвинения, а также для доказывания любого из обстоятельств, входящих в предмет доказывания (ст. 73 УПК РФ).

Но в сведениях, сообщаемых при допросе свидетелем и потерпевшим, могут присутствовать предположения относительно некоторых обстоятельств предмета доказывания либо доказательственных или промежуточных фактов. Эти предположения, не являющиеся никоим образом доказательствами обвинения, могут иметь значение для определения направления рас-

следования, для разработки версий, для поиска законного источника доказательственной информации.

При обнаружении недопустимых доказательств судья по собственной инициативе либо по ходатайству стороны об исключении недопустимых доказательств проводит предварительное слушание. В этом случае все элементы процесса доказывания имеют место и работают. Так, при рассмотрении ходатайства об исключении доказательства судья следственным путем собирает и проверяет доказательства для установления наличия или отсутствия оснований исключения доказательств. С этой целью судья с участием сторон вправе допросить свидетеля (свидетелей) по обстоятельствам производства следственного действия, в результате которого было получено доказательство, приобщить к уголовному делу документ, указанный в ходатайстве, огласить протоколы следственных действий и иные документы, имеющиеся в деле, и представленные сторонами. При этом в соответствии с ч. 8 ст. 234 УПК РФ в качестве свидетелей могут быть допрошены любые лица, которым что-либо известно об обстоятельствах производства следственных действий или изъятия и приобщения к уголовному делу документов, допустимость которых оспаривается, за исключением лиц, обладающих свидетельским иммунитетом.

Обязанность доказывания при этом возлагается преимущественно на прокурора, поскольку сторона обвинения заинтересована в сохранении доказательственной базы, сформированной в досудебном производстве. Не исключается и активная роль защиты в отстаивании этой базы. При рассмотрении ходатайства об исключении доказательства, заявленного стороной защиты на том основании, что доказательство было получено с нарушением требований УПК РФ, бремя опровержения доводов, представленных стороной защиты, всегда лежит на прокуроре. В остальных случаях бремя доказывания лежит на стороне, заявившей ходатайство.

Если суд принял решение об исключении доказательства, то данное доказательство теряет юридическую силу и не может быть положено в основу приговора или иного судебного решения, а также исследоваться и использоваться в ходе судебного разбирательства.

Не совсем однозначным является вопрос о том, как правильно замечает С. В. Некрасов, что конкретно исключается судом при удовлетворении ходатайства: источник доказательства в целом или только часть сведений из его содержания, относящихся к самым различным фактам.⁶³⁹

Судья в своем решении об исключении доказательства указывает какое доказательство, по каким основаниям и в связи с чем исключается. Если при его получении и оформлении были нарушены требования УПК РФ, то судья называет конкретный источник доказательства из предусмотренных ч. 2 ст. 74 УПК РФ и предписывает, что этот источник в целом и прилагаемые к нему предметы и вещи, изъятые при производстве следственного действия

⁶³⁹ См.: Некрасов С. В. Толкование и применение уголовно-процессуальных норм о юридической силе доказательств. М.: «Юрлитинформ», 2008. С. 109 – 111.

исключаются, а также какие материалы уголовного дела, обосновывающие исключение данного доказательства, не могут исследоваться и оглашаться в судебном заседании и использоваться в процессе доказывания.

При исключении сведений, составляющих содержание показаний потерпевшего и свидетеля в том случае, если они основаны на предположении, догадке, слухах, либо потерпевший и свидетель не могут указать источник своей осведомленности, судья в своем решении должен четко определить ту часть информации, закрепленной в показаниях названных лиц, которая исключается, и разрешить использование данного источника доказательства в части оставшейся, неисключенной информации. Представляется, что в целях упорядочения процесса исключения доказательств в стадии подготовки и назначения судебного заседания следует скорректировать ст. 235 и ч. 4 ст. 236 УПК РФ в указанном направлении.

Нуждается в уяснении и вопрос о влиянии характера нарушений закона на признание доказательств недопустимыми. По этому вопросу нет единой позиции в уголовно-процессуальной науке. Представляется правильной точка зрения по этому вопросу В. М. Савицкого, М. С. Белоковильского, В. В. Золотых и др. в том, что доказательства, полученные с нарушением закона, должны признаваться недопустимыми независимо от характера процессуального нарушения.⁶⁴⁰

Действительно, при определении допустимости доказательств неприемлема классификация нарушений уголовно-процессуального закона на существенные и несущественные, так как во-первых, в ст. 75 и ч. 4 ст. 235 УПК РФ законодатель не придерживается этой классификации и речь идет о нарушении требований УПК РФ без определения их характера; во-вторых, как совершенно справедливо писал В. М. Савицкий, нарушения всегда останутся нарушениями и бороться с ними нужно одним лишь способом: наказывать за любое нарушение признанием бесплодности, никчемности затраченных усилий;⁶⁴¹ в-третьих, в связи с необходимостью воспитания правоприменителя в духе строгого соблюдения требований УПК РФ, обеспечения законности при расследовании и судебном разбирательстве уголовных дел, так как в настоящее время практика ослабила требования к допустимости доказательств.

Нельзя оставить без внимания особый аспект оценки доказательств – положение об «асимметрии правил допустимости доказательств».⁶⁴² Полага-

⁶⁴⁰ См.: Савицкий В. М. Уголовный процесс России на новом витке демократизации // Государство и право. 1994. № 6. С. 106; Золотых В. В. Проверка допустимости доказательств в уголовном процессе. Ростов-на-Дону. 1999. С. 46; Белоковильский М. С. Допустимость доказательств в российском уголовном судопроизводстве: направления совершенствования правового регулирования // Бюллетень Уральского отделения Международной ассоциации содействия правосудию. 2010. № 1(3). С. 17; и др.

⁶⁴¹ См.: Савицкий В. М. Презумпция невиновности. М., 1997. С. 82 – 83.

⁶⁴² См.: по этому вопросу Стецовский Ю. И., Ларин А. М. Конституционный принцип обеспечения обвиняемому права на защиту. М., 1988. С. 303; Балакшин В. «Асимметрия» правил оценки допустимости доказательств // Законность. 2007. № 3. С. 2 – 5.

ем, что анализ нормы, изложенной в ст. 75 УПК РФ, не позволяет делать вывод о преимуществе доказательств защиты или доказательств, благоприятствующих этой стороне, полученных с нарушением требований уголовно-процессуального закона. При этом следует согласиться с С. В. Некрасовым, рекомендуя прокурору при рассмотрении дела в суде и возникновении проблемы «асимметрии» точно и аргументировано отстаивать позицию равенства сторон и равенства подходов к оценке обвинительных и оправдательных доказательств.⁶⁴³

Несмотря на то, что в стадии подготовки и назначения судебного заседания, не предпринимается вопрос о виновности обвиняемого, УПК РФ предоставляет суду полномочие на прекращение уголовного дела (уголовного преследования) в этой стадии процесса (ст. 239 УПК РФ), но с рядом оговорок. Так, не предусмотрено прекращение уголовного дела по реабилитирующим основаниям (отсутствие события преступления, отсутствие в деянии состава преступления – п. 1 и п. 2 ч. 1 ст. 24 УПК РФ и непричастность обвиняемого к совершению преступления – п. 1 ч. 1 ст. 27 УПК РФ). И это совершенно справедливо, поскольку не исследуя всех материалов уголовного дела с соблюдением требований устности, непосредственности, состязательности сторон невозможно решить основной вопрос уголовного судопроизводства: виновен обвиняемый в совершении преступления или нет.

Но уголовное дело может быть прекращено в этой стадии процесса в случае отказа прокурора от обвинения в порядке, установленном ч. 7 ст. 246 УПК РФ и по реабилитирующим основаниям, так как прокурор может отказаться от обвинения только по этим основаниям. Часть 7 ст. 246 УПК РФ посвящена отказу государственного обвинителя от обвинения в судебном разбирательстве, когда он придет к убеждению, что исследованные в суде доказательства не подтверждают предъявленное подсудимому обвинение. Согласно Постановлению Конституционного Суда РФ от 8 декабря 2003 г. № 18-П полный или частичный отказ государственного обвинителя от обвинения, влекущий прекращение уголовного дела, равно как и изменение государственным обвинителем обвинения в сторону смягчения должны быть мотивированы со ссылкой на предусмотренные законом основания, а вынесение судом решения, обусловленного соответствующей позицией государственного обвинителя, допустимо лишь по завершении исследования значимых для этого материалов дела и заслушивания мнений участников судебного заседания со стороны обвинения и защиты (п. 3 резолютивной части Постановления).⁶⁴⁴ В предписании Конституционного Суда РФ прямо указано, что вынесение судебного решения при отказе прокурора от обвинения допустимо лишь по завершении исследования материалов уголовного дела, но в стадии

⁶⁴³ См.: Некрасов С. В. Указ. соч. С. 114.

⁶⁴⁴ См.: Постановление Конституционного Суда РФ от 8 декабря 2003 г. № 18-П «По делу о проверке конституционности положений статей 125, 219, 227, 229, 236, 237, 239, 246, 254, 271, 378, 405 и 408, а также глав 35 и 39 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации в связи с запросами судов общей юрисдикции и жалобами граждан» // Российская газета. 2003. 23 декабря.

подготовки судебного заседания не исследуются материалы уголовного дела по правилам суда первой инстанции, в том числе и на предварительном слушании, иначе данная стадия подменила бы собой центральную стадию уголовного процесса – судебное разбирательство. Только при разрешении вопроса об исключении доказательств допускается доказывание во всех его элементах, в данном же случае процесс доказывания носит ограниченный характер и заключается только в анализе, сопоставлении и оценке материалов уголовного дела, имеющих отношение к основаниям его прекращения. В условиях ограниченности процесса доказывания, без производства следственных действий с целью установления виновности обвиняемого, весьма проблематичным выглядит заложенная в ст. 239 УПК РФ возможность прекращения уголовного дела в связи с отказом прокурора от обвинения. Свидетельством правильности этого вывода является отсутствие в ст. 239 УПК РФ нормы, предусматривающей прекращение уголовного дела по реабилитирующим основаниям в стадии подготовки судебного заседания.

В этой связи некорректным выглядит мнение Л. В. Юрченко о том, что можно усомниться в правильности смысла приведенного Постановления Конституционного Суда РФ, поскольку исследование, в принятом понимании этого термина, предполагает разрешение дела по существу, что исключено на этапе подготовки к судебному заседанию.⁶⁴⁵

На наш взгляд, Конституционный Суд РФ и имел в виду исследование материалов в принятом понимании и относил это исследование к рассмотрению дела по существу в судебном разбирательстве, поскольку в постановлении речь идет о толковании положений ст. 246 и ст. 254 УПК РФ, а не ст. 239 УПК РФ.

Пленум Верховного Суда РФ от 22 декабря 2009 г. № 28 также не дал никаких разъяснений по поводу того, как применять положения статьи 239 УПК РФ о прекращении уголовного дела в связи с отказом прокурора от обвинения и не нарушать при этом предписаний Конституционного Суда РФ.⁶⁴⁶

В этой связи полагаем необходимым исключить из ч. 1 ст. 239 УПК РФ положение о прекращении уголовного дела в случае отказа прокурора от обвинения по вышеназванным основаниям.

И безусловно, в более четкой законодательной регламентации нуждается решение вопроса о мере пресечения в виде заключения под стражу и домашнего ареста. В соответствии с п. 6 ч. 2 ст. 231 УПК РФ судья единолично не может решить вопрос об изменении или отмене меры пресечения в виде заключения под стражу и домашнего ареста, а равно избрать эти меры к обвиняемым по поступившему в суд делу. Пленум Верховного Суда РФ в своем постановлении от 29 октября 2009 г. № 22 в п. 22 указывает, что по смыслу ч.

⁶⁴⁵ См.: Юрченко Л. В. Оценочные действия судьи на этапе подготовки к судебному заседанию. М.: «Юрлитинформ», 2008. С. 105.

⁶⁴⁶ См.: п. 20 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 22 декабря 2009 г. № 28 «О применении судами норм уголовно-процессуального законодательства, регулирующих подготовку уголовного дела к судебному разбирательству» // Российская газета. 2010. 13 января.

10 ст. 108 УПК РФ судья вправе в ходе предварительного слушания по ходатайству стороны решить вопрос об избрании в отношении лица, обвиняемого в совершении преступления, в качестве меры пресечения заключение под стражу.⁶⁴⁷ В соответствии с предписаниями Постановления Конституционного Суда РФ от 22 марта 2005 г. № 4-П⁶⁴⁸ Пленум Верховного Суда РФ в вышеназванном постановлении разъясняет, что в случае принятия судом в стадии подготовки к судебному заседанию решения об оставлении без изменения меры пресечения в виде заключения под стражу, то есть фактически о ее продлении, необходимо обеспечить обвиняемому и его защитнику право участвовать в рассмотрении судом данного вопроса, изложить свои аргументы и представить подтверждающие их доказательства в соответствии с процедурой, предусмотренной ст.ст. 108, 109 и 255 УПК РФ. Продлевая действие этой меры или отказываясь от ее продления, судья принимает соответствующее мотивированное решение, исходя из анализа всей совокупности обстоятельств, в том числе связанных с переходом уголовного судопроизводства в другую стадию, что может быть обусловлено появлением новых оснований для оставления без изменения или изменения меры пресечения.⁶⁴⁹

Таким образом, вопрос об избрании, изменении или отмене меры пресечения в виде заключения под стражу и домашнего ареста в стадии подготовки и назначения судебного заседания может быть решен судом с обязательным участием сторон либо на предварительном слушании, если оно назначено и проводится в соответствии с ч. 2 ст. 229 УПК РФ либо, при отсутствии оснований проведения предварительного слушания, в судебном заседании с соблюдением процедуры, предусмотренной ст.ст. 108 и 109 УПК РФ. Данное положение, на наш взгляд, необходимо включить в текст ст. 231 и ст. 229 УПК РФ.

Глава 5. Проблемы охраны семьи, материнства отцовства и детства России (Рябова Е.В.)

Аннотация

Одним из направлений социальной политики современного Российского государства является приоритетная задача защиты семьи, материнства, отцовства и детства. В ст. 38 Конституции Российской Федерации указано, что

⁶⁴⁷ См.: Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 29 октября 2009 г. № 22 «О практике применения судами мер пресечения в виде заключения под стражу, залога и домашнего ареста» // Российская газета. 2009. 11 ноября.

⁶⁴⁸ См.: Постановление Конституционного Суда РФ от 22 марта 2005 г. № 4-П «По делу о проверке конституционности ряда положений Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации, регламентирующих порядок и сроки применения в качестве меры пресечения заключения под стражу на стадиях уголовного судопроизводства, следующих за окончанием предварительного расследования и направлением уголовного дела в суд, в связи с жалобами ряда граждан» // Российская газета. 2005. 1 апреля.

⁶⁴⁹ См.: п. 20 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 29 октября 2009 г. № 22 «О практике применения судами мер пресечения в виде заключения под стражу, залога и домашнего ареста» // Российская газета. 2009. 11 ноября.

материнство и детство, семья находятся под защитой государства, а забота о детях, их воспитании – равное право и обязанность родителей. То есть основным законом государства на граждан, имеющих детей возлагаются дополнительные обязанности. Какие гарантии и виды поддержки предоставляет государство для выравнивания материального положения этой категории населения. Рассматривается зарубежный опыт государств, добившихся определенных успехов в проводимой демографической политике. Затронуты демографические, образовательные, правовые аспекты в отношении подрастающего поколения, на основании статистических данных, в том числе результатов переписи 2010 года. Особый акцент сделан на институт семьи и охрану материнства и детства.

В представленной работе анализируется нормативно-правовая база, регламентирующая защиту семьи материнства, отцовства и детства в России. Выявляются преимущества и недостатки проводимой государством политики. Делаются предложения по ее совершенствованию. Законодательство по состоянию на 31 января 2011 года.

Ключевые слова: демография, семья, материнство, отцовство, детство, материнский капитал, пособия гражданам, имеющим детей, пособие по беременности и родам, единовременное пособие при рождении ребенка, ежемесячное пособие по уходу за ребенком до достижения возраста полутора лет, контроль рождаемости, конституционные обязанности, достойный уровень жизни, равноправие полов, концепция демографической политики

The priority of family, maternity, paternity and childhood protection in Russian Federation.

Annotation

The priority of family, maternity, paternity and childhood protection is one of the basic directions in social policy of the Russian Federation. In its 38th article the Constitution of the Russian Federation proclaims that maternity and childhood, and the family shall be protected by the State, and care for children, their upbringing shall be equally the right and obligation of both parents. So according to the fundamental law the citizens who have children are assigned with additional duties. In this article we mention the ways of support and guarantees provided by the State to adjust financial conditions of these citizens. The foreign experience of the states succeeded in their population policy is regarded here. Demographic, educational and legal aspects concerning the younger generation on the authority of statistics, including the 2010 population census results, are also involved. The main attention is focused on family institution and protection of motherhood and childhood.

In the work presented here we examine the regulatory and legal framework that is governing protection of family, motherhood, fatherhood and childhood in Russia. We also determine the advantages and disadvantages of the State policy in

this area. The proposals of how to improve them are given here. Legal system as at January 31, 2011.

Key words: Demography, Family, Maternity, Paternity, Childhood, maternity capital (federal subsidies for multiple-child families), federal subsidies for families with children, maternity benefits, lump-sum allowance paid after birth of child, monthly allowance for baby-minding with children under one and a half years of age, birth control, constitutional obligations, proper living standards, sexual equality, demographic policy concept

Всеобщая декларация прав человека гласит: "Семья является естественной и основной ячейкой общества и имеет право на защиту со стороны общества и государства"⁶⁵⁰ (п. 3 ст. 16). Аналогичные положения отражены в Международном пакте "О гражданских и политических правах"⁶⁵¹ (п. 1, 2 ст. 23). Государствами – участниками Международного пакта "Об экономических, социальных и культурных правах"⁶⁵² признана необходимость предоставления семье по возможности самой широкой охраны и помощи, "в особенности при ее образовании и пока на ее ответственности лежит забота о несамостоятельных детях и их воспитании" (п. 1 ст. 10); и, более того, закреплено "право каждого на достаточный жизненный уровень для него и его семьи, включающий достаточное питание, одежду и жилище, и на непрерывное улучшение условий жизни" (п. 1 ст. 11).

Согласно ст. 38 Конституции Российской Федерации материнство и детство, а также институт семьи находятся под защитой государства. Конвенция ООН о правах ребенка, участником которой является Россия, конкретизирует это конституционное положение, устанавливая в качестве прямой обязанности государства обеспечение ребенку того уровня жизни, который необходим для его физического, умственного, духовного, нравственного и социального развития.

Однажды возникнув, государство и семья как социальные институты всегда находились в постоянном взаимодействии друг с другом. Любое государство по мере своего развития, переходя из одной экономической формации в другую⁶⁵³, тем не менее предпринимало определенные меры для поддержки института семьи, так как руководители государства понимали, что семья не только выступает в роли основной первичной формы организации общества, но и является базовым уровнем, на котором покоится фундамент

⁶⁵⁰ Всеобщая декларация прав человека. Утверждена и провозглашена Генеральной Ассамблеей ООН 10 декабря 1948 г. // Российская газета. 1995. 5 апреля.

⁶⁵¹ Международный пакт от 16 декабря 1966 г. "О гражданских и политических правах". Вступил в силу для СССР с 23 марта 1976 г. // Бюллетень Верховного Суда РФ. 1994. N 12.

⁶⁵² Международный пакт от 16 декабря 1966 г. "Об экономических, социальных и культурных правах". Вступил в силу для СССР 3 января 1976 г. // Бюллетень Верховного Суда РФ. 1994. N 12.

⁶⁵³ Маркс К., Энгельс Ф. Соч. Т. 21.

государственного механизма. При этом государство, равно как и церковь, всегда крайне консервативно и требовательно относилось к вопросам соблюдения населением морально-нравственных норм, подавляя и смиряя любые проявления деградации семьи как социального института⁶⁵⁴. В тех случаях, когда правящие государственные элиты не могли либо не хотели препятствовать деградации семьи, страны теряли свой государственный суверенитет и независимость (так, например, Римская империя, потонув в гедонизме, роскоши и разврате, пала под натиском варварских племен, экономически более отсталых, но обладающих устойчивым социальным институтом семьи).

Охрана материнства, отцовства и детства актуальны в последнее столетие практически для всех континентов и анализируются с различных позиций экономистами, политологами, социологами, психологами, педагогами, религиозными деятелями, медиками и т.д. Возможно, такой интерес ученых к обозначенной проблеме столь велик, потому что науке не безразлично кому и для кого ее развивать.

Анализ российского законодательства и международно-правовых актов позволяет обозначить ряд проблем в области материнства и детства: во-первых, низкий жизненный уровень семей с детьми; во-вторых, отсутствие продуманной общегосударственной политики в этой сфере; в-третьих, слабую разрешенность вопросов о формах воспитания детей, оставшихся без попечения родителей; в-четвертых, недостаточную профилактическую работу с родителями в неблагополучных семьях, в-пятых, очень сложное и постоянно меняющееся законодательство.

Глава государства в последнем послании Федеральному Собранию тоже посвятил большую часть планам по модернизации охраны материнства, отцовства и детства. «Забота о будущих поколениях – это самые надежные, умные и благородные инвестиции. Общество, в котором на деле защищают права ребенка и уважают его личное достоинство, не только добрее и человечнее, это общество быстрее и лучше развивается, имеет благоприятную, предсказуемую перспективу»⁶⁵⁵.

Но забота о будущих поколениях будет бессмысленна, если не будет самого поколения, тех, для кого принимаются сегодня законы, строятся стадионы, развиваются научные центры и т.д. Здесь речь, прежде всего, идет о демографической политике, которая выступает неотъемлемой частью социальной политики любого современного государства. Возможность регулирования демографических процессов на уровне государственно-правового контроля за рождаемостью была известна уже греческой цивилизации. Аристотель в «Политике» писал о необходимости ограничения рождения одного – двух детей в семье⁶⁵⁶. Сегодня цели демографической политики тоже могут быть диаметрально противоположными: в Китае целью выступает ограниче-

⁶⁵⁴ Гончаров В.В., Ковалева Л.И. Роль церкви в укреплении и развитии российской государственности // Современное право. 2009. N 4.

⁶⁵⁵ Послание Президента РФ Д.А. Медведева Федеральному Собранию РФ от 30 ноября 2010 г. // Российская газета Федеральный выпуск № 5350 от 1 декабря 2010 г.

⁶⁵⁶ Аристотель. Политика. Т. 4. М., 1984. С. 416 – 417.

ние роста численности населения, а в странах Европы, напротив, стремятся эту численность увеличить. Неизменным остается объект этой политики – население, и ее предмет – факторы, влияющие на демографические процессы, в том числе, репродуктивное поведение людей. Такими факторами являются и тип воспроизводства народонаселения, и уровень образования, и религиозные убеждения личности, и уровень развития медицины, и масса других, в том числе экономических, показателей (уровень доходов, обеспеченность жильем, уровень безработицы)⁶⁵⁷. Каким же образом государство может воздействовать на появление новых граждан?

Предварительный анализ Росстатом переписи населения 2010 года указывает на то, что начало сентября население России составило 141,8 миллионов человек, то есть по сравнению с итогами предыдущей переписи 2002 года население страны сократилось на три с лишним миллиона человек⁶⁵⁸. Могло ли государство не допустить этого? Какие меры принимаются для стабилизации численности населения? Надо отметить, что автор не ставит своей целью, в рамках данной работы, анализировать регулирование миграционных процессов и понижения уровня смертности, как составляющих демографической политики государства. Однако, вопросы увеличения уровня рождаемости представляют для нас особый интерес в рамках изучения защиты материнства, отцовства и детства Российской Федерации.

В Конституции сказано, что забота о детях, их воспитание – равное право и обязанность родителей (ч. 2 ст. 38). Родители или лица, их заменяющие, обеспечивают получение детьми основного общего образования (ст. 43 Конституции РФ). На граждан с детьми возлагаются дополнительные, по сравнению с бездетными, конституционные обязанности. Конкретизируя эти обязанности, СК РФ устанавливает ответственность родителей за воспитание и развитие детей. Они обязаны содержать несовершеннолетних детей, заботиться об их здоровье, о физическом, психическом, духовном и нравственном развитии (ст. 63 СК РФ). С родителей, не предоставляющих детям содержание, в судебном порядке взыскиваются алименты (ст. 80 СК РФ). Родители несут ответственность за получение детьми общего образования. С них взимается плата за содержание ребенка в организациях, реализующих основную программу дошкольного образования (ст. 52, 52.1 Закона РФ от 10 июля 1992 г. N 3266-1 "Об образовании")⁶⁵⁹.

⁶⁵⁷ Краткие итоги выборочного обследования «Семья и рождаемость» (2009): Федеральная служба государственной статистики // http://www.demographia.ru/articles_N/index.html?idR=21&idArt=1630 14.02.2010

⁶⁵⁸ Первые данные мониторинга Переписи-2010: население России продолжает сокращаться// <http://www.demographia.ru> 03.11.2010

⁶⁵⁹ Неисполнение обязанностей по воспитанию несовершеннолетних детей и злостное уклонение родителей от уплаты по решению суда средств на их содержание признаются уголовными преступлениями (ст. 156, 157 УК РФ). Установлена административная ответственность за неисполнение родителями или иными законными представителями несовершеннолетних детей обязанностей по их содержанию, воспитанию, обучению, защите прав и интересов.

Известно, что уровень жизни семей с детьми при прочих равных условиях существенно ниже, чем бездетных.

Обязанность родителей заботиться о детях и об их воспитании корреспондирует с положениями Конституции РФ о том, что в Российской Федерации обеспечивается государственная поддержка семьи, материнства, отцовства и детства, устанавливаются пособия и иные гарантии социальной защиты (ч. 2 ст. 7); материнство и детство, семья находятся под защитой государства (ч. 1 ст. 38). Каждому гарантируется социальное обеспечение в случае инвалидности, потери кормильца, для воспитания детей и в иных случаях, установленных законом (ч. 1 ст. 39). В Конституции говорится (ч.1, ст. 7), что политика Российской Федерации направлена на создание условий, обеспечивающих достойную жизнь и свободное развитие человека. Надо полагать, что среди этих условий и доход не ниже прожиточного минимума, установленного в Российской Федерации и соответствующем субъекте, на КАЖДОГО члена семьи.

Выполнение обязанностей по содержанию и воспитанию детей требует от обремененных ими лиц не только значительных времени и усилий, не только специальных знаний, которые родители добывают самостоятельно, но и наличия достаточного источника доходов, прежде всего полноценной заработной платы. Особые сложности возникают, если дети находятся на попечении только одного родителя⁶⁶⁰. Материальные и иные реальные трудности семей с детьми привели к резкому сокращению рождаемости. Озабоченность состоянием дел в данной сфере нашла официальное отражение в Концепции демографической политики Российской Федерации на период до 2025 г., утвержденной Указом Президента РФ от 9 октября 2007 г. N 1351⁶⁶¹. Необходимо отметить, что Концепция является первым в истории России законодательным документом, регламентирующим демографическую политику, и представляет собой общую стратегию развития социально-демографической сферы. Основными задачами демографической политики признаются, в частности: сокращение уровня материнской и младенческой смертности не менее чем в два раза, укрепление репродуктивного здоровья населения; увеличение в полтора раза суммарного показателя рождаемости за счет рождения в семьях второго ребенка и последующих детей; укрепление института семьи. В Концепции говорится о необходимости усиления государственной поддержки семей с детьми, в особенности неполных, многодетных и семей с детьми-инвалидами, обеспечения потребности семей в услугах дошкольного образования, реализации комплекса мер по содействию занятости женщин, имеющих малолетних детей, в целях обеспечения совмещения родительских и семейных обязанностей с профессиональной деятельностью. Признается необходимой реализация комплекса мер по дальнейшему снижению числа абор-

⁶⁶⁰ Азарова Е.Г. О равноправии полов и социальном обеспечении граждан с детьми // Журнал российского права 2010, N 9

⁶⁶¹ Указ Президента РФ от 09.10.2007 N 1351 Об утверждении Концепции демографической политики Российской Федерации на период до 2025 года // Собрание законодательства РФ, 15.10.2007, N 42, ст. 5009

тов⁶⁶². В то же время, по самым скромным данным, бесплодными являются от 8 до 15% супружеских пар, а реально эта цифра доходит до 20%, из них более 30% могут стать родителями благодаря вспомогательным репродуктивным технологиям, применяемым как в Российской Федерации, так и за рубежом⁶⁶³. Соглашаясь с поставленными задачами полагаем, что больше споров вызывают МЕТОДЫ их реализации.

Кроме того, официальный анализ демографической ситуации, данный в Концепции, не раскрывает, на наш взгляд, истинных причин депопуляции: именно ускоренная реставрация капитализма явилась основным фактором возрастающей естественной убыли населения. А об этом в Концепции умалчивается.

Однако пробелы в правовом регулировании несут все же и некоторые положительные моменты. Они активно стимулируют правоприменительную практику и юридическую науку в поиске решения возникших проблем, их объяснения и разработке инвариантных путей решения, что, в свою очередь, способствует постоянному совершенствованию права.

Формально, в соответствии с законодательством гражданам, имеющим детей, со стороны государства предлагается большой спектр пособий и компенсационных выплат в связи с материнством таких как: единовременное пособие женщинам, вставшим на учет в медицинских учреждениях в ранние сроки беременности; пособие по беременности и родам; родовой сертификат; единовременное пособие при рождении ребенка; ежемесячное пособие на период отпуска по уходу за ребенком до достижения им возраста 1, 5 лет; единовременное пособие беременной жене военнослужащего, проходящего военную службу по призыву; ежемесячное пособие жене военнослужащего, проходящего военную службу по призыву; ежемесячная компенсационная выплата отдельным категориям граждан; единовременное пособие при передаче ребенка на воспитание в семью; государственный сертификат на материнский (семейный) капитал. Кроме того, на региональном Волгоградской области выплачиваются: дополнительное единовременное пособие при рождении ребенка; ежемесячное пособие гражданам, имеющим детей; ежеквартальные адресные дотации многодетным семьям с детьми близнецами; ежемесячное пособие на детское питание гражданам с детьми от одного до трех лет; социальное пособие студенческим семьям, имеющим детей и др. Администрация городского округа также проводит мероприятия по поддержке граждан, имеющих детей. Казалось бы, такой обширный перечень возможных вариантов поддержки семьи в случае рождения малыша должен создавать ощущение защищенности и уверенности родителей в завтрашнем

⁶⁶² Об оптимизации регулирования реализации права женщины на проведение операции по проведению искусственного прерывания беременности См. Силюянова И.В., Яковлев В.В. Правовые аспекты демографической проблемы в России // "Российская юстиция", 2010, N 4

⁶⁶³ Самойлова В.В. Российское и зарубежное семейное законодательство о применении вспомогательных репродуктивных технологий (ВРТ) // Семейное и жилищное право, 2010, N 3

дне, но дело в том, даже суммирование выплат всех этих пособий, в случае оформления ВСЕХ необходимых документов не обеспечивает родителю (или лицу его заменяющему) и ребенку дохода хотя бы на уровне прожиточного минимума, установленного в регионе, особенно, если родитель не работал до рождения ребенка (например, являлся студентом, или предприятие было ликвидировано) или получал зарплату приближенную к МРОТ (меньше прожиточного минимума на одного человека).

Не ставя своей целью рассмотрение проблем исчисления и назначения каждого из указанных видов пособий, остановимся на наиболее острых, с нашей точки зрения, моментах. В науке выделяется количественный и качественный пути реализации демографической политики государства. Не впадая в крайности, полагаем, что истина – это золотая середина. Очевидно, что весь комплекс мер, принимаемых государством, направлен на улучшение демографической ситуации вообще, и смягчение последствий экономического кризиса для граждан с родительскими обязательствами в частности. Но, в то же время, оценка значимости мер демографической политики на увеличение рождаемости, выявленная в ходе выборочного обследования «Семья и рождаемость» представителей всех федеральных округов показало, что в родители, уже имеющие хотя бы одного ребенка, тем не недостаточно знают о полагающихся им выплатах⁶⁶⁴. То есть, население даже не информировано обо всех мерах поддержки, тем более мало вероятной, представляется возможность ее использования в полном объеме с малышом на руках. Очевидным представляется решение об УМЕНЬШЕНИИ ЧИСЛА пособий и УВЕЛИЧЕНИИ СУММ.

Рассмотрим некоторые возможные варианты. Наибольший интерес, на наш взгляд, представляют выплаты наименее защищенной категории граждан, с родительскими обязательствами, имеющими детей до трех лет. Следует отметить, что в большинстве случаев у этой категории отсутствует возможность обеспечить достойный уровень жизни, предусмотренный статьей седьмой Конституции РФ, для себя и нового гражданина. Кроме того, в этот период ограничиваются ряд, предусмотренных Конституцией прав: на труд (становится неоплачиваемой обязанностью, а принудительный труд запрещен) ст.37, на отдых, право на образование (возможно только дистанционное) ст. 43, участие в культурной жизни и пользование учреждениями культуры (доступны только сериалы) ст. 44 и т.д. Поэтому, предложенная в «Концепции...» идея о переобучении или повышении квалификации родителя, вышедшего из предусмотренного Трудовым кодексом отпуска по уходу за ребенком до трех лет, представляется эффективной.

Начнем с наиболее «популярной в народе» выплаты – материнского (семейного) капитала, предоставляемого семьям, родившим второго или после-

⁶⁶⁴ Краткие итоги выборочного обследования семья и рождаемость// Сайт федеральной службы государственной статистики Российской Федерации http://www.gks.ru/free_doc/2010/family.htm 11.01.2011

дующего детей после 1 января 2007 года⁶⁶⁵. В 2009 г. в 30 субъектах Российской Федерации было проведено выборочное обследование «Семья и рождаемость». Выборка составила 2000 респондентов. Четверть опрошенных женщин, родивших второго ребенка в 2007-2009 гг., отметили, что на это повлияло начало выплаты «материнского капитала», то есть рождение откладывалось, а государственные выплаты ускорили принятие решения о пополнении⁶⁶⁶.

Оценить действенность семейного капитала – как меры стимулирования рождаемости – в контексте обеспечения прав и законных интересов ребенка весьма непросто. Причем не только потому, что размеры материнского капитала – это малая часть расходов на цели по предусмотренным Законом направлениям, как то: образование, жилищное обустройство и пенсионное накопление. Гораздо более важно то, что при сохранении отнюдь не идеального состояния всей системы детских учреждений, при неудовлетворительных жилищных условиях многих семей, при продолжающемся кризисе самого института семьи, вероятно, можно ожидать какого-то увеличения рождаемости, но не решения проблемы в целом.

Именно по этой причине зарегистрированное в 2008- нач. 2009 года увеличение рождаемости примерно на 7%, как представляется, не дает оснований для положительной оценки проводимых реформ. Некоторые авторы полагают, что успехи в увеличении количества новорожденных в 2007-2010 годах есть результат не только проводимой сегодня демографической политики, но еще и следствие достижения детородного возраста гражданами, которые родились в восьмидесятые годы прошлого века (1987г.- пик рождаемости 2,2 ребенка на женщину)⁶⁶⁷.

Кроме того предстоит, видимо, уточнить вопрос о том, как изменилось – выросло или сократилось – количество новорожденных детей, от которых отказались родители. Полной статистики на этот счет нет, но, согласно имеющимся экспертным оценкам, в некоторых регионах рост количества "отказников" измерялся двузначными цифрами⁶⁶⁸. В этой связи интересным представляется идея о целесообразности введения некоего подобия алиментов детям, родители которых были лишены родительских прав. Потому как сегодня, в некоторых случаях, выгоднее рожать детей тем, кто не думает об их дальнейшем полноценном развитии, а потом перекладывает эту светлую обя-

⁶⁶⁵ Федеральный закон от 29 декабря 2006 г. N 256-ФЗ О дополнительных мерах государственной поддержки семей, имеющих детей (с изменениями от 23 июля, 25 декабря 2008 г., 28 июля, 29 декабря 2010 г.) //Российская газета Федеральный выпуск № 4263 от 31 декабря 2006 г.

⁶⁶⁶ Современная демографическая ситуация в Российской Федерации// Сайт федеральной службы государственной статистики Российской Федерации <http://www.gks.ru/wps/wcm/connect/rosstat/rosstatsite/main/population/demography/> 26.01.2011

⁶⁶⁷ Поплаухин В.Е. Анализ особенностей воспроизводства населения РСФСР в 1960 – 1991 гг. // Миграционное право", 2010, N 1

⁶⁶⁸ Доклад Уполномоченного по правам человека в Российской Федерации за 2008 год // Российская газета N 4892 от 17 апреля 2009 г.

занность на плечи государства, то есть налогоплательщиков, добропорядочных граждан, трудящихся на благо государства, лишаящих, порой ради этого, себя радости быть родителем. Если у лишённого родительских прав гражданина нет постоянной, оплачиваемой работы, возможно привлечение его к общественно полезному труду.

Как уже говорилось, материнский капитал может быть использован на образование, жилищное обустройство и пенсионное накопление. По всей видимости, разработчики концепции "материнского капитала" исходили из того, что все другие связанные с рождением ребенка первоочередные потребности, например медицинские, и без того удовлетворяются государством в полном объеме. Чтобы понять, что это далеко не так, достаточно ознакомиться с любым из публикуемых в средствах массовой информации призывов собрать "всем миром" деньги на лечение больного ребенка.

Исходя из изложенного выше полагаем, в случае сохранения семейного капитала, родителям как можно скорее должно быть предоставлено право не только использовать часть материнского капитала на текущие расходы (сегодня допустимо до 12000), но и разрешить использовать (по крайней мере в экстренных случаях) материнский капитал в медицинских целях в полном объеме с момента рождения ребенка. Ведь от того, насколько успешно и полно будут решены проблемы его здоровья в младенческом возрасте, может зависеть вся его последующая жизнь.

Существуют и проблемы определения субъекта права на получение материнского капитала⁶⁶⁹. Кроме того, пока не четкой позиции в отношении права на выплату пособия в случае рождения мертвого ребенка, внесены изменения, касающиеся выплаты материнского капитала отцам в установленных законом случаях, но теперь становится не совсем понятно, кому будут выплачиваться денежные средства в случае развода родителей и т.д.

Уже более ста тысяч семей обратились за назначением материнского капитала, однако из всего сказанного у нас возникают сомнения в необходимости применения революционного, нигде в других государствах не используемого средства поддержки семей огромными в масштабах государства денежными средствами, недостаточными, однако для решения указанных проблем большей части семей с несколькими детьми.

Сегодня, в России социальное развитие, в том числе с помощью благ социального обеспечения, воспринимается как обуза для экономики, получившая уничижительное юридическое выражение «расходные обязательства

⁶⁶⁹ Например, женщина, родившая (усыновившая) детей и получившая право на меры дополнительной государственной поддержки и реализовавшая это право, умирает либо у нее это право прекратилось по другим основаниям (ч. 3 ст. 3 Закона). Дети остались без родительского попечения и могут быть усыновлены, возникнет ли в этом случае у женщины (семьи), их усыновившей, право на материнский капитал? В случае положительного ответа в отношении тех же детей повторно возникнет право на материнский семейный капитал, но такое решение не будет соответствовать сути социального обеспечения. Подобная ситуация может возникнуть и при отмене усыновления, если женщина уже получила сертификат, а может, и реализовала это право.

государства». Между тем обеспечение благополучия и развития каждого человека, включая женщин и детей, – обязательное условие развития государства. Потому предлагаем альтернативные варианты поддержки и стимулирования к продолжению рода человеческого для граждан нашего государства, позволяющие и оптимизировать расходы бюджета федерации, то есть не увеличивая сумм, выделяемых на поддержку указанной категории граждан, повысить эффективность принимаемых мер.

Во-первых, общеизвестно, что оплата труда в нашей стране вчетверо ниже, чем в развитых странах. Соответственно, среднедушевые доходы 80% российских семей с двумя и более детьми не достигают прожиточного минимума. Как пишет Е.В. Жилинский, в условиях постсоветского капитализма цена рабочей силы оказалась ниже величины, необходимой даже для простого воспроизводства населения. В стране возникла уникальная категория "новых бедных". Это большие группы работающего населения, в том числе квалифицированных трудящихся, выполняющих сложную работу, которые по своему образовательному уровню и профессионализму никогда ранее и нигде в мире бедными не были. Такое положение не имеет аналогов ни в феодальной, ни в капиталистической экономике. Уже после рождения первого ребенка большинство семей переходит в разряд малообеспеченных, после появления второго оказывается за чертой бедности; семьи с тремя и более детьми живут в нищете. В итоге россияне жестко ограничивают число детей. Даже в таком богатейшем мегаполисе, как Москва, половина семей имеют лишь одного ребенка⁶⁷⁰.

Таким образом, ставить вопрос о достойном социальном обеспечении реально при условии, если для удовлетворения потребностей обычной семьи с детьми достаточна оплата труда родителей. Когда семья с двумя работающими родителями не может прокормить и обеспечить двух детей, наступает демографическая катастрофа. В Концепции демографического развития вопросы оплаты труда не затрагиваются, однако говорится о необходимости повышения обязательств родителей по обеспечению надлежащего уровня жизни и развития ребенка.

Учитывая, что главной материальной причиной снижения рождаемости является крайне низкая оплата труда российских граждан, принципиальным условием преодоления демографического кризиса является повышение минимальной оплаты труда до уровня прожиточного минимума, установленного для трудоспособного населения и ребенка для граждан с родительскими обязанностями.

Во-вторых, если обратиться к зарубежному опыту, то практика предоставления пособия, связанного с рождением ребенка, очень разнообразна.

В одних странах этот вид пособий вообще отсутствует (например, его нет в Италии и Канаде), в других – аналогичное пособие предоставляется только работающим женщинам, не имеющим права на получение страхового

⁶⁷⁰ Жилинский Е.В. Социальные последствия капитализации труда: демографический аспект // Журнал российского права. 2009. N 8.

пособия по беременности и родам (Норвегия, Германия), в третьих оно предоставляется всем женщинам-матерям вне зависимости от условий занятости и страхования (при этом, например, в Бельгии в максимальном размере на первого ребенка и в меньшем – на последующих детей, а в Словении, Чехии, Финляндии, Австрии – в одинаковом размере), в четвертых – только застрахованным (Дания, Греция, Япония, Польша). В Финляндии все женщины, живущие в стране, срок беременности которых составил 154 дня, имеют право на получение единовременного пособия. Единственным дополнительным условием предоставления данного пособия служит посещение медицинского учреждения не позже чем до конца 4-го месяца беременности. Женщина может выбирать: получить материнский грант в денежной форме или в форме набора одежды и других необходимых вещей для новорожденного (кровать, коляска, столик и др.). Последний вариант наиболее популярен. В Испании единовременное пособие выплачивается только при рождении третьего и последующих детей и при условии проверки нуждаемости (душевые доходы семьи не превышают сумм, установленных для назначения ежемесячных детских пособий).

Если обратиться к истории возникновения единовременного пособия при рождении ребенка, то за время, прошедшее со времени его введения в России, оно превратилось из пособия по государственному социальному страхованию (советский период) в социальное пособие, которое назначается абсолютно любой семье без каких-либо дополнительных условий (факт обязательного социального страхования, занятость) в твердой, единой для всех семей, недифференцированной денежной сумме, которая незначительно увеличивалась в течение нескольких лет. Сегодня федеральный законодатель не дифференцирует размер пособия в зависимости от количества рожденных детей, как это было в советский период. Проблема заключается в том, что указанное пособие при рождении ребенка не способствует желанию стать родителями гражданам даже с средним уровнем заработной платы, не говоря уже о гражданах с высоким уровнем дохода для них это скорее незначительное дополнение к рождению ребенка. Для государства же это существенная часть расходования бюджета фонда социального страхования. Потому представляется более целесообразным предоставлять данный вид пособия гражданам с доходом меньше прожиточного минимума.

С одной стороны, есть опасность, что денежные выплаты станут мощным стимулом к деторождению в неблагополучных маргинальных семьях и приведут к еще большему обострению проблемы социального сиротства. Безусловно, таких родителей лишают родительских прав, но они тут же обзаводятся другими детьми, и все начинается сначала. Для этой категории мы еще оговаривали введение обязательств по содержанию потомства, даже в случае лишения родительских прав. Однако необходимо будет решить вопросы, связанные с финансовыми, институциональными и человеческими ресурсами; определением черты бедности, подкрепленной расчетами минимальных стандартов потребления; научным обоснованием классификации семей, попавших «в особые условия», и пр. В семейной политике государ-

ство должно четко определить либо адресное предоставление пособий на детей, либо универсальный охват ими семей с детьми.

Теперь о пособии по уходу за ребенком до полутора лет. С 2010 года вместо Единого социального налога введены страховые взносы, начисляемые на заработок, не превышающий установленного предела в год (415 тысяч рублей в 2010 году или 34 583 рубля в расчете на месяц), размер пособия предлагается рассчитывать из среднемесячного заработка, на который начисляются страховые взносы. С начала 2011 года вступил в силу закон⁶⁷¹, по которому декретные выплаты рассчитываются исходя из среднего заработка женщины не за последний год, а за два предыдущих года. Для женщин, не имеющих двухлетнего стажа непрерывной работы, это серьезно сократит размер пособия по беременности. В первую очередь пострадают вчерашние студентки, а также молодые мамы, собравшиеся рожать второго ребенка вслед за первенцем. Закон был принят в середине декабря прошлого года, и буквально через несколько дней после его обнародования главе государства посыпались многочисленные жалобы со стороны женщин. Он дал поручение правительству подготовить поправки, которые бы дали возможность будущим мамам самостоятельно выбирать вариант расчета пособия – по старому порядку или по новому, в зависимости от того, какой из них более выгоден в конкретном случае.

Право выбора устанавливается только на переходный период – в течение 2011 года. А с 2012 года новый, более жесткий порядок, будет распространяться уже на всех женщин вне зависимости от их желания. Максимальная сумма пособия будет определяться "естественным" образом как размер пособия в процентах к максимальному заработку, утрата которого на период временной нетрудоспособности страхуется и на который начисляются страховые взносы. Попробуем пояснить указанную в законе норму. По данным Росстата при СРЕДНЕЙ заработной плате по стране, в которой учитываются заработные платы и мужчин, и женщин, и трудящихся в условиях крайнего севера, и доходы жителей Москвы, Санкт-Петербурга и т.д. размер пособия по уходу за ребенком до полутора лет, исчисляемый в соответствии с действующими с 1 января 2011 года правилами составляет на маму и ребенка меньше прожиточного минимума. И это при том, что максимальный размер пособия увеличился, а прожиточный минимум, который будет пересматриваться весной 2010 года, пока подобен зоновской пайке. Хорошо, если ребенку повезло и у него есть полная семья с папой, бабушкой, дедушкой и т.д., не лишившихся в период кризиса работы, которые крепко стоят на ногах и в состоянии прокормить маму и малыша в период пока ребенку не исполнится полтора года.

Не порождая иждивенческих настроений, предлагаем не распылять денежные средства государства, а оказывать помощь семьям, имеющим детей

⁶⁷¹ Федеральный закон о внесении изменений в федеральный закон «Об обязательном социальном страховании на случай временной нетрудоспособности и в связи с материнством» №343-ФЗ от 8 декабря 2010 года // Российская газета N 281, 13.12.2010

дифференцированно. Тем, кто не участвовал в системе обязательного социального страхования, либо имел стабильно низкий доход по одним правилам, вполне адекватными действительности представляются действующие ныне правовые нормы. Другой же категории родителей, которые уже имели стабильно высокий официальный заработок, участвовали в системе обязательного социального страхования, т.е. работодатель производил крупные отчисления в фонд социального страхования, у которых есть серьезные опасения потерять и заработок, и саму работу в случае рождения ребенка, предлагаем повысить размер пособия при рождении первого ребенка до 60% (среднее пособие будет чуть больше прожиточного минимума), а за второго и последующих до 87%.

Проведенные нами расчеты свидетельствуют о серьезной экономии бюджета государства с одной стороны, и об эффективности предоставляемых пособий с другой. Данная мера, на наш взгляд, будет способствовать увеличению рождаемости среди относительно социально благополучной части населения, не умаляя права иных категорий, которым государство окажет помощь в указанном выше порядке.

Кроме того, полагаем, что предоставление отпуска по беременности и родам связано с детородной функцией женщины, то есть выносить и родить ребенка мужчина не может, в этой части предоставление пособий только мамам вполне оправдано. Однако после же рождения ребенка, предлагаем предоставить возможность использования оставшейся части отпуска по беременности и родам, без оплаты пособия, поскольку его уже получила мама, и иному лицу, фактически осуществляющему уход за новорожденным, в случае смерти матери.

Кроме того, если один из родителей пользуется, закрепленным в трудовом кодексе правом на отпуск по уходу за ребенком до трех лет, то в период от полутора до трех получает компенсационную выплату в размере 50 рублей в месяц. Выплаты такого размера в ситуации невозможности предоставления государством большей части своих маленьких граждан бесплатного дошкольного образования в детских садах, а их родителям возможности зарабатывать на хлеб насущный себе и ребенку, считаем бессмысленными и ничего не компенсирующими. Известны случаи обращения женщин с заявлениями о временном помещении детей в детские дома, поскольку отсутствие места в дошкольном учреждении лишает их возможности добывать средства к жизни себе и ребенку.

Поскольку решение проблем обеспечения мест в детских садах – очень далекая перспектива. То предлагаем на указанный период родителям, не имеющим возможности воспользоваться своим трудовым правом в полном объеме без ущерба для развития ребенка (то есть не работающего, либо работающего на условиях неполного рабочего времени) компенсационную выплату в размере 40 процентов заработка за предыдущие периоды, но не ниже установленного государством минимума.

Таким образом, не вызывает сомнений и то, что необходимо увеличивать не количество нормативных актов (в том числе подзаконных), а их каче-

ство. В этом случае будет проще решить проблему информированности граждан о видах помощи со стороны государства, субъектов федерации и муниципальных образований. Обзор участия семей с детьми в различных программах социальной защиты свидетельствует о том, что существует много разнообразных ее форм, доступных очень ограниченному кругу получателей. В результате ни органы социальной защиты не могут оценить эффект влияния реализуемых программ на уровень жизни получателей, ни сами семьи не могут разобраться в том, на участие в каких программах они имеют право, и каковы правила входа в программы.

Необходима одновременная реализация двух направлений государственной политики в отношении многодетных семей: политика стимулирования большей активности со стороны семьи в самообеспечении, и политика социальной поддержки детей в этих семьях. Если второе направление политики имеет уже свою историю и законодательную базу, то первое до сих пор не получило должного развития ни на федеральном, ни на региональном и местном уровнях.

Вместе с тем, программы социальной поддержки семей с детьми не должны гарантировать полное содержание ребенка только за счет ресурсов социальной защиты, сохраняя за семьей ответственность за содержание детей, в том числе, когда их трое и более. Для целей гармонизации данной системы мер с содействием развитию моделей самообеспечения программы социальной поддержки многодетных семей целесообразно развивать на принципах «социального контракта», предусматривающего взаимные обязательства со стороны семьи и государства.

В настоящее время в России социальное развитие, в том числе с помощью благ социального обеспечения, воспринимается как обуза для экономики, получившая уничижительное юридическое выражение «расходные обязательства государства». Между тем обеспечение благополучия и развития каждого человека, включая родителей и детей, – обязательное условие развития государства, а при ЭФФЕКТИВНОМ распределении имеющихся ресурсов реализация задачи увеличения рождаемости и благополучного развития детей будет вполне реальной. Если продолжение рода – социальная функция семьи, выполняемая ею добровольно и, прежде всего в интересах общества, то именно общество должно играть ведущую роль в ее надлежащем осуществлении.

Глава 6. Средства прокурорского реагирования в досудебном уголовном процессе (Соколов А.Ф.)

Аннотация.

Рассматриваются особенности правового регулирования надзорных полномочий прокурора в досудебном уголовном процессе. Сделан анализ отдельных средств прокурорского реагирования.

Ключевые слова: досудебный уголовный процесс, средства прокурорского реагирования, акты прокурорского реагирования.

Prosecutor's supervision facilities in pre-trial criminal procedure

Annotation

The article concerns specific features of legal regulation of prosecutor's supervision powers in pre-trial criminal procedure. Some facilities prosecutor's supervision are analyzed.

Keywords: pre-trial criminal procedure, prosecutor's supervision facilities, acts of prosecutor's supervision.

В законе «О прокуратуре РФ» и Уголовно-процессуальном кодексе РФ понятие средства прокурорского реагирования не используется. В учебной и научной литературе по прокурорскому надзору содержание данного понятия не всегда одинаково трактуется авторами. Несмотря на это, наблюдается единство мнений авторов в том, что средства реагирования есть не что иное, как полномочия прокурора по устранению нарушений закона. Так, Синельщиков Ю.П., – один из авторов фундаментальной работы по прокурорскому надзору, правовыми средствами называет «предусмотренные законодательством формы реализации полномочий прокурора, направленные на выявление, устранение и предупреждение нарушений закона»⁶⁷².

Через полномочия определяет правовые средства реагирования прокурора и Бессарабов В.Г., называя их как «установленные законодательством полномочия прокурора по устранению выявленных нарушений законов, их причин и способствующих им условий, привлечению к ответственности виновных и предупреждению нарушений закона»⁶⁷³. При этом правовые средства реагирования он подразделяет на акты прокурорского надзора, относя к ним индивидуальные акты реагирования, и акты прокурорского реагирования. В отличие от актов прокурорского надзора акты прокурорского реагирования на нарушения законов являются внешней формой реализации только полномочий по выявлению нарушений закона, их причин и способствующих им условий⁶⁷⁴.

Практически также классифицирует правовые средства, применяемые прокурором, Ергашев Е.Г., относя к ним средства выявления правонарушений и средства реагирования на выявленные правонарушения закона. К средствам выявления правонарушений он относит прокурорские проверки, а к

⁶⁷² Настольная книга прокурора. М.: НИИ проблем укрепления законности и правопорядка, издательство «Щит-М», 2002. С.140.

⁶⁷³ Бессарабов В.Г. Прокурорский надзор: Учебник. М.: Проспект, 2006. С.206.

⁶⁷⁴ Там же. С.206-216.

средствам прокурорского реагирования акты прокурорского реагирования и другие средства⁶⁷⁵.

Не подвергая сомнению значимость результатов исследуемой авторами проблемы хотелось бы отметить, что использование в литературе различных по содержанию понятий не способствует усвоению сущности правового регулирования деятельности прокурора по осуществлению надзора и их совершенствованию.

Безусловно, что средства прокурорского реагирования есть не что иное, как полномочия прокурора по осуществлению надзора, которые находят свое проявление в установленных законом формах надзорной деятельности. В более ранних научных и учебных источниках по прокурорскому надзору в большей мере и использовалось понятие форма прокурорского реагирования и альтернативное ему – форма прокурорского надзора. Например, Басков В.И. к формам прокурорского надзора относил санкционирование, утверждение, рассмотрение жалоб и т.д., называя их и формами прокурорского реагирования⁶⁷⁶.

Понятие «форма» предполагает установленный законом порядок. Это «совокупность однородных процедурных требований к действиям участников процесса и направленных на достижение определенного результата»⁶⁷⁷. В досудебном уголовном производстве процессуальная форма должна обеспечивать правовой режим деятельности прокурора по осуществлению надзора за процессуальной деятельностью органов дознания и органов предварительного расследования, создавая условия для выполнения поставленных перед прокурором задач и независимость предварительного расследования.

Процессуальная форма есть всегда форма совершения предусмотренных уголовно-процессуальным законом действий и принятия предусмотренных этим законом решений и вместе с тем форма процессуального закрепления этих действий и решений⁶⁷⁸. Каждая из форм надзорной деятельности прокурора в досудебном уголовном процессе также имеет свое содержание, методику осуществления и акт прокурорского реагирования, который является логическим продолжением реализации прокурором полномочий и направлен на устранение нарушений законодательства. Акт реагирования – это результат реализации прокурором полномочий по устранению нарушений закона. Поэтому, говоря о средствах прокурорского реагирования, будем иметь в виду формы осуществления надзора в досудебном уголовном процессе и соответствующие акты реагирования, применяемые прокурором для устранения нарушений закона.

⁶⁷⁵ Ергашев Е.Р. Понятие и классификация правовых средств, применяемых органами прокуратуры// Российский юридический журнал. 2007. №1. С.116-119.

⁶⁷⁶ Прокурорский надзор. Учебник. М.: Издательство БЕК, 1995. С.167-173.

⁶⁷⁷ Курс советского уголовного процесса. Под ред. А.Д.Бойкова и И.И.Карпеца. М.: «Юридическая литература», 1989. С.119.

⁶⁷⁸ Строгович М.С. Уголовно-процессуальный закон и уголовно-процессуальная форма. – В кн.: Советский уголовно-процессуальный закон и проблемы его эффективности. М.,1979. С.17.

После внесения Федеральным законом от 5 июня 2007 г. № 87-ФЗ изменений в УПК РФ и Закон о прокуратуре РФ существенно изменились формы осуществления надзора и акты прокурорского реагирования в досудебном уголовном процессе, многие из которых перестали существовать. Соответственно повысился интерес ученых к проблемам эффективности прокурорского надзора в новых условиях, в связи с утратой прокурором властных полномочий при осуществлении надзора за органами предварительного следствия. В частности, определенный итог по трехлетней дискуссии ученых и практиков по проблеме изменения статуса прокурора подвел Н.Н.Ковтун в статье «К дискуссии об «утраченных» полномочиях прокурора. Есть ли предмет для дискуссий?»⁶⁷⁹. Автор считает, что изменения в УПК РФ, направленные на повышение процессуальной самостоятельности следственных органов, практически нивелированы организационными возможностями прокуратуры⁶⁸⁰. Безоговорочно с данным выводом вряд ли можно согласиться по ряду причин.

Во-первых, все законодательные изменения от 5.06.2007 года «вряд ли можно считать акцией по реформе предварительного расследования»⁶⁸¹. Этими изменениями была реализована концептуальная идея разделения процессуальных функций прокурорского надзора и руководства следствием⁶⁸².

Во-вторых, недостатки правового регулирования, которые возникли после принятия Федерального закона от 5.06.2007 г. №87-ФЗ, не способствовали повышению качества расследования преступлений и повышению эффективности прокурорского надзора. Организация расследования осталась прежней⁶⁸³. Принятие законодателем отдельных, разрозненных изменений существенным образом затруднили правоприменительный процесс⁶⁸⁴. Закон от 5.06.2007 г. не провел четкого разграничения полномочий Генерального прокурора РФ и Председателя Следственного комитета, что явилось предметом судебного разбирательства в Верховном Суде РФ⁶⁸⁵. Поэтому Генеральная прокуратура и Следственный комитет были вынуждены издать ряд при-

⁶⁷⁹ Российская юстиция, 2010. №5. С.29-34.

⁶⁸⁰ Там же. С.34.

⁶⁸¹ Божьев В. Процессуальное руководство производством предварительного следствия// Уголовное право. 2008. №3. С.65.

⁶⁸² Соколов А.Ф. Проблемы организации предварительного следствия в системе Следственного комитета при прокуратуре РФ//Законы России. 2008. №11. С.14-18.

⁶⁸³ Соколов А.Ф. Там же. С.14-18

⁶⁸⁴ Соколов А.Ф. Правовое регулирование и практика возбуждения уголовных дел по инициативе прокурора//Академия управления МВД России. Материалы межвузовской научно-практической конференции 23-24 апреля 2009 г. Часть 1. М.,2009. С.224-228; Соколов А.Ф. Участие Следственного комитета при прокуратуре РФ в координационной деятельности правоохранительных органов по борьбе с преступностью// Сборник статей Академии Генеральной прокуратуры РФ. НИИ. М.,2010. С.119-124.

⁶⁸⁵ Соколов А.Ф. Вопросы соотношения полномочий Прокуратуры и Следственного комитета при Прокуратуре РФ в практике Верховного Суда РФ// Сборник. Актуальные вопросы развития юридической науки и практики в современных условиях. Часть 4. Уфа – «РИО БашГУ», 2009. С.106-110.

казов и указаний, с помощью которых уточнялись, а в ряде случаев существенно дополнялись нормы действующего законодательства. Надо признать, что в данной ситуации прокуратура старалась восстановить утраченную «власть» над органами следствия, практически не изменив, насколько было возможно, методы надзорной деятельности за органами расследования. Этому способствует и позиция Генерального прокурора РФ Ю.Чайки, который аксиомой цивилизованного общества признает тезис, - «следователь для прокурора, а не прокурор для следователя»⁶⁸⁶.

В-третьих, за истекшие с момента создания Следственного комитета три года действительно были публикации «оплакивающие» утраченные полномочия прокурора. Однако их было значительно меньше конструктивных, направленных на совершенствование правового регулирования и практики осуществления надзорной деятельности прокурора в досудебном уголовном процессе. Не остались без внимания и вопросы совершенствования форм прокурорского реагирования.

В настоящее время Федеральный Закон о прокуратуре не содержит в себе норм, регламентирующих полномочия прокурора и правовые средства, применяемые прокурором в досудебных стадиях уголовного процесса. Статья 30 Закона о прокуратуре, где говорится о полномочиях прокурора, имеет отсылочный характер, указывая, что полномочия прокурора по надзору за исполнением законов органами дознания и предварительного следствия, устанавливаются уголовно-процессуальным законодательством РФ и другими федеральными законами. Поэтому полномочия прокурора в данной сфере его деятельности закреплены в ст.37 и других нормах УПК РФ (ст.ст.87,124,214,221, 226, 317.1 и др.), которые неоднородны по своему содержанию, но имеют своей целью – обеспечение законности в досудебных стадиях уголовного процесса.

При осуществлении надзора за процессуальной деятельностью органов дознания и органов предварительного следствия прокурор уполномочен: проверять исполнение требований федерального закона при приеме, регистрации и разрешении сообщений о преступлениях; выносить мотивированное постановление о направлении соответствующих материалов в следственный орган или орган дознания для решения вопроса об уголовном преследовании; требовать от органов дознания и следственных органов устранения нарушений федерального законодательства; давать дознавателю письменные указания о направлении расследования, производстве процессуальных действий; давать согласие дознавателю на возбуждение перед судом ходатайства об избрании, отмене или изменении меры пресечения либо производстве иного процессуального действия, которое допускается на основании судебного решения; и т.п. (ст.37 УПК РФ). При этом за прокурором фактически сохранились властно-распорядительные полномочия при осуществлении надзора за органами дознания, тогда как надзор за процессуальной деятель-

⁶⁸⁶ Доклад Ю.Я.Чайки на расширенном заседании коллегии Генеральной прокуратуры РФ 4.03.2010 г.// <http://genproc.gov.ru/management/appearances/document-32/?print=1>. С.7.

ностью органов предварительного следствия перестал носить властно-распорядительный характер.

Осуществляя свою деятельность в досудебном производстве, прокуроры используют предусмотренные законом и выработанные практикой формы прокурорского надзора. К устоявшимся формам прокурорского надзора можно отнести: проверку требований федерального закона при приеме, регистрации и разрешении сообщений о преступлениях. Данное средство прокурорского реагирования, как отмечает Ергашев Е.Р., является «одним из многих средств выявления прокурором нарушений закона»⁶⁸⁷.

Необходимо заметить, что это далеко не единственная форма надзора, назначением которой является не только выявление, но и на устранение нарушений закона. Само по себе выявление нарушений не является самоцелью для прокурора. Выявив нарушение, прокурор обязан добиваться его устранения, используя все предоставленные ему средства реагирования. Постоянно принимаемые прокуратурой организационно-практические меры позволяют добиваться улучшения состояния законности в данной сфере деятельности. В то же время, как указывает Ю.Чайка, «число выявленных преступлений, скрытых от учета, остается значительным. В 2009 году было дополнительно поставлено на учет почти 155 тыс. преступлений, среди которых 250 убийств, почти 3 тыс. деяний с причинением тяжкого вреда здоровью и около 70 тыс. преступлений против собственности»⁶⁸⁸.

Рассмотрим иные средства прокурорского реагирования, которые в большей степени были трансформированы в результате изменения законодательства о прокуратуре и уголовном судопроизводстве.

К специфической и новой форме прокурорского надзора следует отнести досудебное соглашение о сотрудничестве. Законом предусмотрено несколько стадий процедуры заключения досудебного соглашения, при этом, следует согласиться с В.В.Горюновым, что самая ответственная – рассмотрение прокурором ходатайства лица о заключении такого соглашения⁶⁸⁹. При заключении досудебного соглашения прокурором должно быть учтено ряд условий, так как его решение может предопределить ход и направление дальнейшего расследования, соответствующее распределение сил и средств органа предварительного следствия и органа, осуществляющего оперативное сопровождение. Досудебному соглашению предшествует тщательное изучение прокурором представленных материалов, а при необходимости дополнительные сведения, истребованные у инициаторов обращения, для решения вопроса о его целесообразности⁶⁹⁰. При этом необходимо иметь в виду, что досудебное

⁶⁸⁷ Ергашев Е. Проблемы правового статуса прокурора в досудебном производстве по уголовному делу//Уголовное право, 2008. №4. С.89.

⁶⁸⁸ Чайка Ю.Я. Указ. соч. С.5.

⁶⁸⁹ Горюнов В.В. Новый правовой институт//Законность, 2010. №5. С.32.

⁶⁹⁰ Подробнее см.: Приказ Генеральной прокуратуры РФ от 15 марта 2010 г. №107 «Об организации работы по реализации полномочий прокурора при заключении с подозреваемым (обвиняемым) досудебных соглашений о сотрудничестве по уголовным делам».

соглашение о сотрудничестве – это право, а не обязанность прокурора (ч.5 ст.21 УПК РФ).

Федеральными законами от 5.06.2007 г. №87-ФЗ и от 2.12.2008 г. №226-ФЗ прокурор полностью лишен права возбуждать уголовное дело. Однако он, согласно п.2 ч.2 ст.37 УПК РФ, вправе выносить мотивированное постановление о направлении соответствующих материалов в следственный орган или орган дознания для решения вопроса об уголовном преследовании по фактам выявленных им нарушений уголовного законодательства, что в большей мере соответствует его назначению как органа надзора.

Мотивированное постановление должно выноситься прокурором только при сборе материалов, достаточных для формирования вывода о допущенных нарушениях уголовного законодательства (п.2.3.) Такие материалы формируются прокурором, чаще всего, по результатам «общенадзорных» проверок. Эти материалы представляют собой не что иное, как сообщение о преступлении, полученное из иных источников (п.3 ч.1. ст.140 УПК РФ). Однако фактическим поводом для возбуждения уголовного дела является рапорт об обнаружении признаков преступления (п.43 ст.5 УПК РФ). Поэтому необходимо составлять рапорт об обнаружении признаков преступления, регистрировать его в установленном порядке и проводить процессуальную проверку в соответствии со ст.ст. 144-145 УПК РФ, если в следственный орган поступило постановление прокурора, вынесенное на основании п.2 ч.2 ст.37 УПК РФ. Другими словами составление рапорта предполагает установление признаков преступления непосредственно следователем. Так же необходимо зарегистрировать поступившее, например, в следственный орган Следственного комитета сообщение в книге регистрации сообщений о преступлениях (КРСОП) и проверить данное сообщение в пределах срока, предусмотренного ст.144УПК РФ, с последующим принятием решения.

Отсюда возникает интересная ситуация, когда материалы не содержат информации о наличии признаков преступления, но, вынесенное на их основе постановление прокурора на основании п.2 ч.2 ст.37 УПК РФ, обязывает следователя, дознавателя составить рапорт об обнаружении признаков преступления.

Практика направления материалов для решения вопроса об уголовном преследовании в порядке п.2 ч.2 ст.37 УПК РФ постоянно совершенствуется. Так, если в 2008 году прокурорами Саратовской области в органы расследования направлено свыше 900 материалов для решения вопроса об уголовном преследовании в порядке п.2 ч.2 ст.37 УПК РФ по результатам «общенадзорных» проверок, из которых отказано в возбуждении уголовного дела дознавателями Федеральной службы судебных приставов 3,9%, дознавателями органов внутренних дел 17,8 %, следователями органов внутренних дел примерно 7%, следователями Следственного комитета 70 % от направленных материалов. То за шесть месяцев 2010 года возбуждено по инициативе прокурора 536 дел, из которых чуть более 5% следователями Следственного комитета и 53% органами расследования МВД. Вместе с тем возбуждение уголовных дел по инициативе прокурора вызывает ряд проблем.

Во-первых, следователь, составивший рапорт об обнаружении признаков преступления по большому счету должен быть убежден в наличии таких признаков. Составление рапорта в обязательном порядке только на том основании, что материалы направлены по постановлению прокурора, противоречит ст.143 УПК РФ, которая предполагает либо непосредственное обнаружение должностным лицом признаков преступления, либо когда материалы прокурора не дают усомниться в этом.

Отсюда возникает и вторая практически значимая проблема отсутствия у прокурора полномочий на проведение проверок в порядке ст.144-145 УПК РФ. На это обстоятельство совершенно справедливо обращается внимание в юридической литературе⁶⁹¹.

В-третьих, в случае направления в следственный орган некачественных материалов, в которых очевидно отсутствие оснований для возбуждения уголовного дела, возникает вопрос, как поступать в данной ситуации руководителю следственного органа, следователю?

Уголовно-процессуальное законодательство не предусматривает порядок обжалования постановления прокурора и его отмены. Прокурор, направивший в следственный орган материалы со своим постановлением, по общему правилу отменить его не может. Обжалование данного постановления руководителем следственного органа вышестоящему прокурору УПК РФ не предусмотрено. Руководитель следственного органа может обжаловать только те решения прокурора, которые определены уголовно-процессуальным законом (ст.39 УПК РФ). Единственное в данном случае решение для следователя – это составление рапорта, с последующей проверкой материалов в порядке ст.ст.144-145 УПК РФ.

На практике имеют место случаи обращения руководителя следственного органа в суд в порядке ст.125 УПК РФ. Однако такая практика противоречива. Суды по-разному решают споры между прокурором и следственным органом.

Статья 123 УПК РФ субъектами права на обжалование решений органа дознания, дознавателя, следователя, прокурора, а ст.125 УПК РФ и руководителя следственного органа, называет участников уголовного судопроизводства, а также иных лиц. Все названные должностные лица относятся к участникам уголовного судопроизводства, что не исключает их обращение в суд в порядке ст.125 УПК РФ. Однако Верховный Суд РФ в постановлении Пленума №1 от 10 февраля 2009 г. «О практике рассмотрения судами жалоб в порядке статьи 125 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации» вопрос о возможности судебного спора между органами уголовного преследования в порядке ст.125 УПК РФ оставляет открытым.

С разделением процессуальных функций предварительного следствия и прокурорского надзора значение участия прокурора в судебном заседании при рассмотрении судом ходатайств следователя об избрании в отношении

⁶⁹¹ Балакшин В. Возбуждение уголовного дела прокурором//Законность, 2008. №8. С.22-25.

подозреваемого, обвиняемого меры пресечения в виде заключения под стражу, домашнего ареста, залога, а также на производство иных процессуальных действий, которые допускаются на основании судебного решения, и при рассмотрении жалоб в порядке, установленном статьей 125 УПК РФ (п.8.ч.2 ст.37 УПК РФ), существенно повышается. Надзорная деятельность прокурора основана на методе постоянного наблюдения, который предполагает различные способы оперативного реагирования на нарушение закона. В этом отношении участие прокурора в судебном заседании в досудебном производстве позволяет не допустить нарушение закона и реализовать потенциал прокурора на получение информации по уголовному делу, необходимой для решения задач надзорной деятельности.

Во-первых, только по мотивированному письменному запросу прокурора ему предоставляется возможность ознакомиться с материалами находящегося в производстве уголовного дела (ч.2-1 ст.37 УПК РФ). Участием в судебном заседании, которому предшествует ознакомление с направленными в суд и прокурору материалами, достигается более полная картина расследования, а в ряде случаев, необходимость подготовки мотивированного письменного запроса для ознакомления со всеми материалами уголовного дела.

Во-вторых, постановление о возбуждении перед судом соответствующего ходатайства выносится следователем и руководителем следственного органа без согласования с прокурором. Совершенно другое дело, когда к прокурору обращается дознаватель о производстве процессуального действия, которое допускается на основании судебного решения. Здесь рассмотрению ходатайства в судебном заседании предшествует, как правило, анализ прокурором всех материалов уголовного дела.

Законность и обоснованность решения следователя прокурор может оценить в полной мере только в судебном заседании с учетом, в том числе, доказательств, представленных суду стороной защиты. Именно прокурору необходимо доказать суду законность и обоснованность действий и решений органов следствия, которые стали предметом судебного контроля, а так же опровергнуть доводы, представленные стороной защиты.

Если брать практику надзора за законностью принимаемых следователем решений, ставших предметом рассмотрения в судах Саратовской области за 2009 год, то каждое 107 ходатайство следователя прокурором не поддержано, что составляет 0,95% от рассматриваемых ходатайств. При этом судом отказано в удовлетворении ходатайства следователя в каждом 33 случае, что составляет 3,1% ходатайств, которые были поддержаны прокурором в судебном заседании.

В-третьих, эффективность осуществления государственным обвинителем уголовного преследования при рассмотрении дела по существу в суде первой инстанции напрямую зависит от качества надзора и расследования дела, которое в полном объеме находится под надзором прокурора, призванного обеспечить законность производства расследования в целом, так и отдельных процессуальных действий. Неслучайно Генеральный прокурор РФ в приказе от 06.09.2007 г. № 136 «Об организации прокурорского надзора за

процессуальной деятельностью органов предварительного следствия» ориентирует прокуроров на обязательное участие в судебном заседании при рассмотрении судом ходатайства следователя.

На сегодня практически все основные действия и решения следователя по уголовному делу могут быть предметом судебного рассмотрения в досудебном производстве. В этой связи участие прокурора в судебном заседании приобретает значение важнейшей формы надзора за процессуальной деятельностью органов предварительного следствия. Поэтому участию прокурора в судебном заседании должно быть уделено повышенное внимание. На законодательном уровне должен быть решен вопрос о сроках предоставления прокурору соответствующего ходатайства с необходимыми материалами, подтверждающими его обоснованность. Нуждается в более детальной регламентации процедура применения мер пресечения по решению суда, рассмотрения жалоб в порядке ст.125 УПК РФ. Судьи различных судов не всегда одинаково определяют пределы рассмотрения юридически значимых обстоятельств и проверки материалов уголовного дела.

Необходимо постоянно совершенствовать организацию данного направления деятельности прокуратуры, учитывая все, начиная с квалификации прокурорского работника, его умения обоснованно и убедительно донести до суда свое мнение. Особое внимание обращать на заблаговременное изучение представленных материалов, а при необходимости использование полномочий для ознакомления с другими материалами уголовного дела. Целесообразно организовать участие в судебных заседаниях тех прокуроров, которые осуществляют надзор по данному делу.

Федеральным законом от 05.06.2007 № 87-ФЗ в п.3 ч.2 ст.37 УПК РФ закреплено полномочие прокурора, требовать от органов дознания и следственных органов устранения нарушений федерального законодательства, допущенных в ходе дознания или предварительного следствия.

Следует отметить, что требование прокурора как акт прокурорского реагирования давно известен практике прокурорского надзора. В официальных комментариях ранее действовавшего законодательства о прокуратуре протест, представление, постановление и другие акты прокурорского реагирования рассматривались не иначе как различные формы требования прокурора⁶⁹²

В ныне действующем Федеральном законе о прокуратуре требования, как акт прокурорского реагирования, определены в ст.ст.33-34 и наряду с постановлениями подлежат обязательному исполнению.

Включение в число актов прокурорского реагирования требования прокурора об устранении нарушений федерального законодательства, допущенных в ходе дознания или предварительного следствия, обусловлено рядом причин.

Во-первых, требование прокурора отражает сущность прокурорского надзора за процессуальной деятельностью органов дознания и органов предварительного следствия, основанного на методе постоянного наблюдения⁶⁹³.

Во-вторых, требование прокурора, предусмотренное п.3 ч.2 ст.37 УПК РФ, является индивидуальным актом прокурорского реагирования на конкретно выявленное нарушение в ходе дознания или предварительного следствия. Назначение требования – это устранение нарушений федерального законодательства, допущенных в ходе дознания или предварительного следствия. Поэтому подмена требования прокурора другим актом реагирования, либо наполнение содержания требования обстоятельствами, искажающими его сущность, является недопустимым.

К наиболее распространенным недостаткам требований прокурора относятся случаи применения данного акта прокурорского реагирования в стадии возбуждения уголовного дела. Между тем в п.3 ч.2 ст.37 УПК РФ речь идет об устранении нарушений федерального законодательства, допущенных в ходе дознания или предварительного следствия. Требование может применяться только по возбужденному делу, а не по материалам проверки заявлений и сообщений о преступлении. Применение прокурорами требования в стадии возбуждения уголовного дела ведет к расхождению в статистике следственных органов и прокуратуры. Поэтому более целесообразно направлять в следственные органы письма с анализом нарушений, допущенных в стадии возбуждения уголовного дела, в том числе по фактам нарушения учетно-регистрационной дисциплины, когда для этого нет необходимости реагировать постановлением.

Другой распространенной ошибкой внесения требования, как было отмечено, является их исполнение в виде представлений. Соответственно в них обобщаются все нарушения, имевшие место в течение квартала или полугодия. Отмечается, по каким делам в соответствующий период прокурору не

⁶⁹² Комментарий к Закону о прокуратуре СССР. Под ред. А.М.Рекунова. М.,1984. С.205.

⁶⁹³ Подробнее см.: Соколов А.Ф. Проблемы и практика применения прокурором требования об устранении нарушений федерального законодательства в уголовном процессе//Уголовное право, 2009. №2. С. 122-126.

направлены своевременно копии постановлений об отказе в возбуждении уголовного дела, в каких случаях имели место нарушения сроков рассмотрения сообщений о преступлениях, проверки жалоб участников процесса или несвоевременные направления им обоснованных ответов на жалобы и т.д. То есть, совершенно не проводится различие между требованием и представлением прокурора в порядке надзора.

В отличие от представления требование прокурора должно быть направлено только на конкретное нарушение закона в целях его устранения. Такие нарушения закона в деятельности органов расследования могут иметь место только в ходе дознания или предварительного следствия. Само требование должно быть конкретным, направленным на улучшение качества расследования. Подмена требования иными актами, в первую очередь представлением, обусловлена несвоевременностью прокурорского реагирования, отсутствием постоянного наблюдения за процессуальной деятельностью органов следствия, эпизодичности осуществления надзора.

В целом же практика прокурорского реагирования на нарушения федерального законодательства свидетельствует о достаточной обоснованности внесения требований в органы расследования и эффективности такого реагирования. Так, за шесть месяцев 2010 года прокурорами направлено в следственные органы Саратовской области в порядке п.3 ч.2 ст.37 УПК РФ около трех тысяч требований, об отмене постановлений о приостановлении предварительного следствия около двух тысяч. При этом процент удовлетворения требований в целом составляет свыше 80%. Все это означает, что требование прокурора является эффективным средством прокурорского реагирования на нарушения федерального законодательства, допущенных в ходе дознания или предварительного следствия. При этом само требование, как акт прокурорского реагирования, не влияет на процессуальную самостоятельность органов следствия.

Таким образом, рассмотренные средства прокурорского реагирования как нельзя лучше отражают сущность надзорной деятельности прокурора в досудебном уголовном процессе в условиях незавершенного реформирования правоохранительной системы. Предоставленные прокурору полномочия нуждаются в дальнейшем совершенствовании в целях обеспечения независимости следственных органов и поддержания надлежащего уровня законности при расследовании преступлений средствами прокурорского реагирования.

Глава 7. Конституционная гарантия на получение квалифицированной юридической помощи и проблемы ее реализации (Телегина В.А.)

Аннотация.

На основе анализа законодательства автор определяет целый ряд проблем социального и правового характера по реализации конституционного права на получение квалифицированной юридической помощи в России. Рассматриваются возможные пути решения этих проблем.

Ключевые слова: конституционная гарантия, обеспечение прав человека, квалифицированная юридическая помощь.

Constitutional Guarantee for Getting Legal Assistance and Ways of its Realization

Annotation

In the article the author defines the number of problems hewing social and legal character on the basis of the legislation analysis. These problems are connected with the realization of constitutional right on getting legal assistance in Russian. Different ways of settling these problems are also setting these problems are also dealt with in the article.

Key words: constitutional guarantee, human rights providing, skilled legal assistance.

Конституционное право граждан на получение квалифицированной юридической помощи, закрепленное в ч.1 ст.48, лежит в основе правового статуса личности и входит в правовой институт основных прав и свобод человека и гражданина. Кроме того, провозглашенное в ст. 19 Конституции РФ всеобщее равенство прав и свобод человека и гражданина независимо от пола, расы, национальности, языка, происхождения, места жительства, имущественного и должностного положения, а также ряда других обстоятельств подразумевает гарантию получения квалифицированной юридической помощи для всех. Однако, как совершенно справедливо отмечал О.Е. Кутафин, «гарантии это в первую очередь меры, обеспечивающие возможность реализации физическим лицом принадлежащих ему прав и свобод»⁶⁹⁴. К сожалению, сегодня реализация указанных конституционных гарантий столкнулась с целым рядом проблем социального и правового характера.

В условиях сильного расслоения общества вопрос о реализации конституционного права на получение квалифицированной юридической помощи встал очень остро, так как для малоимущих граждан такая помощь оказалась практически недоступной. Следует отметить, что сегодня по данным Федеральной службы государственной статистики на 1 полугодие 2009 г. малоимущими⁶⁹⁵, то есть гражданами, среднедушевой доход семьи которых или их личный доход (в случае одинокого проживания) ниже величины прожиточного минимума, установленного в субъекте Федерации, признаются 14,7 % от общей численности населения. В связи с этим, закрепление в ч.2 ст. 48 Конституции РФ положения о том, что в случаях предусмотренных законом,

⁶⁹⁴ Государственное право Российской Федерации: Курс лекций / Под ред. О.Е.Кутафина Т.1. М., 1993. С.220.

⁶⁹⁵ Федеральный закон от 5 апреля 2003г. №44-ФЗ «О порядке учета доходов и расчета среднедушевого дохода семьи и дохода одиноко проживающего гражданина для признания их малоимущими и оказания им государственной социальной помощи» // СЗ РФ. 2003. №14. СТ.1257.

юридическая помощь оказывается бесплатно заслуженно считается достижением демократии и дополнительной гарантией указанного права. Сегодня потребность в такой помощи огромная. Между тем, в рамках уголовного судопроизводства вопрос об оказании бесплатной юридической помощи урегулирован только лишь в отношении подозреваемых и обвиняемых, малоимущие гражданские истцы и частные обвинители лишены этого права. В рамках гражданских правоотношений такое право обеспечено лишь в суде первой инстанции, причем по очень ограниченной категории дел и для очень узкого круга граждан. Именно поэтому государство в последнее время пытается искать меры и средства для реализации конституционного права на квалифицированную юридическую помощь для всех слоев населения, независимо от социального и материального положения. Однако, их нельзя признать успешными и на этого есть свои объективные причины.

По инициативе Министерства юстиции РФ для решения этого вопроса с 2006 года проводится эксперимент по созданию и работе государственных юридических бюро. С самого начала и по настоящее время он подвергается резкой критике со стороны ученых, практических работников и становится поводом для научной полемики⁶⁹⁶, которые Минюст просто проигнорировал. Более того, в решении Коллегии Министерства юстиции РФ от 23 мая 2007г.⁶⁹⁷ было заявлено о положительных итогах деятельности государственных юридических бюро. Но сегодня, спустя 4 года, необходимо честно признать, что поспешность, с которой была начата реализация, казалось бы, хорошей идеи, как всегда повлекла за собой серьезные просчеты.

Во-первых, положение ч.2 ст.48 Конституции РФ четко указывает на то, что бесплатная квалифицированная юридическая помощь оказывается в случаях установленных законом. На основе конституционной нормы Федеральный закон «Об адвокатской деятельности в Российской Федерации» в ст. 26 устанавливает все эти случаи. В их числе: возможность оказания квалифицированной юридической помощи бесплатно для ветеранов Великой Отечественной войны, для истцов по делам, рассматриваемым судом первой инстанции о взыскании алиментов, возмещении вреда, причиненного смертью кормильца, при составлении заявлений о назначении пенсий и пособий, несовершеннолетним, содержащимся в спецучреждениях и других.

Работа государственных юридических бюро по оказанию бесплатной юридической помощи определена всего лишь Постановлением Правитель-

⁶⁹⁶ См.: Бойков А.Д. Адвокатура и государственная власть: взаимоотношений // Законы России. 2006. №7.; Нилус Г.Н. Система юридической помощи малоимущим нуждается в совершенствовании // Адвокат. 2006.№1.; Грудицина Л. Кому нужна государственная адвокатура // Адвокат. 2006. №10.

⁶⁹⁷ См.: Решение Министерства юстиции РФ от 23 мая 2007 г. «О ходе эксперимента по созданию государственной системы оказания бесплатной юридической помощи малоимущим гражданам и предложениях по формированию и реализации государственной политики в области оказания бесплатной юридической помощи малоимущим гражданам (приложение к Приказу Министерства юстиции РФ от 22 июня 2007г. №129)

ства РФ № 534⁶⁹⁸, что уже противоречит Конституции РФ. Со временем, в связи с продлением эксперимента, издавался еще целый ряд Постановлений Правительства РФ⁶⁹⁹, но суть от этого не изменилась. Есть прямое указание Конституции РФ, которое не исполняется. Постановление не может заменить закон, это разные по юридической силе акты. Следовательно, такая форма нормативного закрепления в этом случае недопустима.

Во-вторых, целью создания государственных юридических бюро является обеспечение доступности реализации права на оказание бесплатной юридической помощи малоимущим. Но такое право есть у всех граждан, имеющих статус малоимущих, а эксперимент с 2006г. и до сих пор проводится только на территории 10 субъектов (Республики Карелия, Чеченской республики, Волгоградской, Иркутской, Магаданской, Московской, Самарской, Свердловской, Томской и Ульяновской областей), хотя планировалось включить в ход эксперимента все регионы Российской Федерации. В результате, граждане других субъектов Российской Федерации лишены возможности обратиться в государственные юридические бюро.

В-третьих, нужно определиться с понятием квалифицированной юридической помощи. К сожалению, законодательно определение квалифицированной юридической помощи неопределенно. Но согласно ст.1 Федерального закона «Об адвокатской деятельности в Российской Федерации» квалифицированной считается помощь, оказываемая на профессиональной основе лицами, получившими статус адвоката. Закон в ст.ст. 9,12,13 определяет, что для получения статуса адвоката претенденты должны соответствовать определенным требованиям, иметь высшее юридическое образование, полученное в образовательном учреждении, имеющем государственную аккредитацию, либо ученую степень по юридической специальности. Указанное лицо должно иметь стаж работы по юридической специальности не менее двух лет, либо пройти стажировку в адвокатском образовании. Претендент должен сдать квалификационный экзамен, а так же принять присягу честно и добросовестно исполнять обязанности адвоката, защищать права и свободы и интересы доверителя, руководствуясь Конституцией РФ, законом и Кодексом профессиональной этики.

К сотрудникам государственного бюро нет никаких специальных требований кроме высшего юридического образования, уровень профессионализма никаким образом не оценивается и не контролируется. Учитывая небольшую заработную плату, надеяться на то, что на эту государственную службу пой-

⁶⁹⁸ Постановление Правительства РФ от 22 августа 2005 г. №534 «О проведении эксперимента по созданию государственной системы оказания бесплатной юридической помощи малоимущим гражданам» // РГ. 2005. 30 августа.

⁶⁹⁹ Постановление Правительства РФ от 13 ноября 2006г. «О продлении на 2007 г. срока проведения эксперимента по созданию государственной системы оказания бесплатной юридической помощи малоимущим гражданам» //СЗ РФ. 2006. №47. Ст.4906.; Постановление Правительства РФ от 3 марта 2008г. №135 // О государственных юридических бюро»// СЗ РФ. 2008 № 10 (ч.2)Ст.933; Постановление Правительства РФ от 25 декабря 2008г. № 1029 «О государственных юридических бюро» // СЗ РФ. 2009. №2. Ст.229.

дут опытные и высокопрофессиональные юристы надеяться не приходится. Более того, даже полномочия сотрудников бюро значительно отличаются от адвокатских, так у адвокатов намного больше прав в сборе и истребовании доказательств, поэтому возможностей по защите прав граждан у них существенно больше. Согласно ч.1 ст.6 Закона об адвокатуре адвокат для оказания юридической помощи вправе собирать сведения, истребовать справки, характеристики и иные документы от органов государственной власти, местного самоуправления, общественных организаций и иных органов, которые в установленном законодательством порядке обязаны выдавать адвокату запрошенные документы или заверенные копии. Отказ в предоставлении согласно ст.140 УК РФ влечет уголовную ответственность. Юристу государственного юридического бюро никто ничего предоставлять не обязан. Такое положение в совокупности с отсутствием требований к профессионализму сотрудников бюро, сразу же создает проблему качества оказания юридической помощи. В соответствии с вышеизложенным, признать юридическую помощь юристов государственных бюро квалифицированной вряд ли возможно.

Справедливости ради нужно отметить, что п.6 Постановления предусматривает возможность заключать договор с адвокатом на оказание юридической помощи гражданам на постоянной основе и оказание юридической помощи конкретному гражданину. Однако, из-за очень низкой оплаты заинтересовать адвокатов сотрудничеством с государственными бюро не удастся, а принуждение к заключению такого договора не допускается.

В – четвертых, адвокатура, создавалась как институт гражданского общества для того, что бы не зависеть от органов государственной власти. В настоящее время граждане очень часто обращаются за юридической помощью в делах по оспариванию действий либо бездействия органов государственной власти и местного самоуправления, и такая возможность признается одним из достижений в деле построения правового государства. Деятельность государственных юридических бюро сегодня передана в ведение Министерства юстиции РФ, их работу координирует Федеральная регистрационная служба. Директор службы назначает на должность начальника бюро, а он в свою очередь подбирает юристов, которые так же являются государственными чиновниками. Сложно представить, что сотрудники государственного бюро, смогут независимо и объективно оказывать юридическую помощь в случаях споров с властью. Таким образом, государственные юридические бюро – это структуры, которые будут полностью контролироваться государством, при этом общественный контроль за их деятельностью даже не предусмотрен. Между тем, еще в Европейской резолюции Комитета министров «О юридической помощи и консультациях в числе необходимых мер по организации эффективного доступа к правосудию малоимущих граждан» от 2 марта 1978 г. государствам – членам рекомендовано поручать оказание такой помощи только лицам, имеющими право практиковать в качестве адвокатов в соответствии с нормами национального законодательства, так как они независимы от государства. Схожие положения содержат Основные

принципы, касающиеся роли юристов, принятые Конгрессом ООН, проходившим 27 августа – 7 сентября 1990 года в Гаване, где четко определено, что профессиональную квалифицированную помощь должны осуществлять юристы, допущенные к этой деятельности по единым правилам, они должны быть независимыми и обязаны соблюдать стандарты юридической профессии и кодекса профессиональной этики. Соответственно, квалифицированная юридическая помощь для всех граждан, в том числе и для малоимущих, должна оказываться юристами, имеющими статус адвоката. Поэтому организация работы государственных юридических бюро в России не только противоречит национальному законодательству, но и нормам международного права.

В – пятых, очень спорно стоит вопрос об эффективности работы государственных юридических бюро. Так, оказание ими помощи за 2006 г. 22 тысячам граждан представляется как достижение⁷⁰⁰. Но нетрудно подсчитать, что на каждого из 123 юристов приходится всего по 15 поручений в месяц. Следует также учесть, что основная функция сотрудников бюро это консультации, составление жалоб, ходатайств и других документов, часть из этих консультаций носит характер разъяснений о том, куда необходимо обратиться гражданину по интересующим его вопросам. Становится очевидным, что это более чем скромный результат. Кроме того, сложность со сбором справок, подтверждающих право на получение помощи в государственных бюро, часто становится таким непреодолимым препятствием, что граждане вынуждены отказаться от этих услуг.

Между тем, адвокаты по неполным данным в этот же год дали 2,5 миллиона бесплатных консультаций, составили чуть менее миллиона документов, выполнили до 75 тысяч поручений по ведению гражданских дел в суде⁷⁰¹. Все это позволяет сделать вывод о том, что сложность помощи оказанной адвокатами и юристами бюро, а так же ее количество просто не сопоставимы.

В – шестых, сегодня все больше говорится о неоправданно большой затратности данного проекта. Безусловно, необходимость создания новых структур должна быть законодательно проработана и экономически выверена, а механизм реализации государственной политики в области оказания бесплатной юридической помощи должен быть решен оптимально. Целесообразно рассмотреть пример удачного опыта решения подобных проблем в других странах, таких, например, как Великобритания и Нидерланды. Так, в Нидерландах государственные организации не занимаются сами оказанием юридической помощи. Они вступают координаторами, определяя является ли вопрос обратившегося юридическим и вправе ли он претендовать на бесплатную помощь, а затем их направляют либо в компетентные правоохранительные органы, либо к адвокату, с которым у них заранее заключено соглашение. Такое направление является для адвоката основанием для оказания

⁷⁰⁰ См.: Долинская В.В. Государственные юридические бюро // Цивилист. №1. 2009. С.20.

⁷⁰¹ См.: Бойков А.Д. Адвокатура и адвокаты. М., 2010. С.70.

квалифицированной помощи с последующей оплатой за счет государства. В Англии подобные комиссии рассматривают заявления по оплате квалифицированной помощи и заключают контракты с адвокатскими образованиями. Таким образом, соблюдаются и государственные и общественные интересы в соответствии с международными нормами. Несмотря на различные формы оказания помощи, стоит отметить главное, что такой опыт легко может быть применим и в нашей стране. Следует лишь законодательно расширить возможность оказания бесплатной юридической помощи по гражданским делам адвокатами за счет выделения средств из федерального бюджета. Механизм оказания бесплатной юридической помощи по уголовным делам уже давно выработан. Для адвокатов не нужно создавать дополнительных условий, обеспечивать их помещениями и техникой, они уже действуют на территории всей страны, к тому же помощь в этом случае будет действительно квалифицированной. Было подсчитано, что если 50 миллионов, которые были выделены на проведение эксперимента всего в 10 субъектах, можно было бы распределить на адвокатские палаты всех 88 субъектов, эффективность и доступность помощи была бы более высокой⁷⁰².

Внесенный Министерством юстиции РФ законопроект «О государственной системе бесплатной юридической помощи в Российской Федерации», кроме деятельности государственных юридических бюро, предлагает еще узаконить практику консультирования малоимущих студентами юридических клиник вузов в рамках бесплатной юридической помощи. Но студенты – это не профессионалы. В рамках клиники они только еще обучаются необходимым навыкам и не наделены полномочиями по защите нарушенных прав, поэтому рассматривать эту помощь как квалифицированную недопустимо, слишком много вопросов, связанных с обеспечением прав граждан зависит от такой помощи. Следует напомнить, что стажерам и помощникам адвокатов, которые уже имеют высшее юридическое образование и определенный стаж по юридической специальности Закон не позволяет заниматься адвокатской деятельностью, то есть оказывать квалифицированную юридическую помощь. Тем более нельзя рассматривать с этой точки зрения помощь студенческих клиник. Малоимущие – это полноценные граждане России и двойных стандартов по обеспечению конституционного права быть не должно. Представляется, что студенты в процессе обучения могут оказывать сильную помощь профессиональным юристам, но не более того.

В рамках содействия решения данного вопроса следовало бы рассмотреть возможности общественных (благотворительных) неправительственных организаций. Сегодня юристы этих организаций фактически исключены из сферы государственной политики по оказанию юридической помощи малоимущим, и вопрос этот даже не рассматривается. Между тем они могли бы осуществлять первичную консультацию и при необходимости, заключать договор с адвокатом, подобно тому, как это уже осуществляется в Англии и

⁷⁰² См.: Грудицина Л. Кому нужна государственная адвокатура? //Адвокат. №10. 2006. С.23.

Нидерландах, что так же может стать реальной помощью в деле обеспечения конституционных норм.

Итак, предлагаемые Министерством юстиции РФ меры по созданию эффективного механизма оказания бесплатной квалифицированной юридической помощи малоимущим, нельзя признать успешными. Сегодня государственная политика в этой сфере не соответствует основным принципам такой помощи, выработанным и признанным во всем мире, к которым относятся независимость от государства лиц, оказывающим малоимущим юридическую помощь бесплатно, эффективность помощи и разумные затраты на нее⁷⁰³, что порождает целый комплекс проблем, делая квалифицированную юридическую помощь для малоимущих почти недоступной.

Таким образом, реформы в области столь значимых социальных гарантий требуют особо взвешенного подхода и конструктивных решений. Они затрагивают вопросы обеспечения прав и свобод человека и гражданина, доступности правосудия и предпринимаемые полумеры только подрывают доверие граждан к государству. Необходимо создать прочные законодательные гарантии, которые должны содержаться в конституционных и федеральных законах, но нельзя допустить, чтобы формирование новых норм права проводилось под давлением политических взглядов и интересов отдельных групп. Та ситуация которая сложилась на сегодня с попыткой осуществления конституционной гарантии на обеспечение квалифицированной юридической помощи не только не решает существующих проблем, но и порождает новые, среди которых нарушение положений Конституции РФ, несоответствие нормам международного права, возможность неограниченного усмотрения в процессе правоприменения. Настораживает то, что рекомендации ученых, представителей судебной власти, выступления адвокатского сообщества, как института гражданского общества, не получают должного ответа и конструктивных решений со стороны государства, претендующего называться правовым.

Глава 8. Современные проблемы правового регулирования охраны имущества (Шаронов С. А.)

Аннотация

В главе выявляются и раскрываются современные проблемы в сфере охраны имущества. Рассмотренные действия отдельных организаций ведомственной охраны, направленные на понуждение к заключению соответствующего договора создают не только реальные проблемы в сфере охраны имущества, но и противоречат основам конституционного строя России, нарушают равенство участников гражданских правоотношений, принцип «свобода договора» неприкосновенность их собственности, приводят к произвольному вмешательству в частные дела. Предложенные способы разрешения ис-

⁷⁰³ См.: Нилус Г.Н. Система юридической помощи малоимущим нуждается в совершенствовании //Адвокат. №1. 2006. С.21.

следуемых проблем способны защитить права граждан и юридических лиц в рассматриваемой сфере.

Ключевые слова: договор охраны имущества, принципы гражданского права, проблемы охраны имущества, перечень объектов охраны, понуждение к заключению договора.

Annotation

The article identifies and discloses current problems in the area of the property. Discussed in the article, the actions of individual organizations, departmental security aimed at coercing the conclusion of a treaty creating not only a real problem in the area of the property, but also contrary to the principles of the constitutional system of Russia in violation of the equality of participants in civil relations, the principle of freedom of contract "the inviolability of their property, lead to arbitrary interference in private affairs. Suggested ways to resolve problems under study are capable of protecting the rights of citizens and legal persons in this area.

Keywords: agreement property protection, the principles of civil law, the problem of protecting the property, a list of objects of protection, forced to the conclusion of the contract.

В настоящее время продолжается процесс передачи государственного имущества в собственность граждан и юридических лиц – в частную собственность. Однако зачастую наряду с этой процедурой прослеживается все более настойчивое желание отдельных государственных органов и организаций оставить за собой право на охрану переданного или уже находящегося в частной собственности имущества. Разумеется, не бесплатно.

Нетрудно заметить, что во многих случаях такое участие государства становится не только избыточным, но и является нарушением основополагающих начал гражданского законодательства России: неприкосновенности собственности, свободы договора, недопустимости произвольного вмешательства кого-либо в частные дела, необходимости беспрепятственного осуществления гражданских прав. Очевидно поэтому, Президент России Д. А. Медведев считает необходимым обеспечить «оптимизацию объема и эффективность участия государства в деятельности коммерческих организаций»⁷⁰⁴. Представляется, что такая «оптимизация» должна коснуться и вопросов охраны имущества.

В связи с этим необходимо исследовать возникающие в рассматриваемой сфере проблемы, выявить причины их возникновения и указать пути их разрешения в современных условиях.

Для начала обратимся к основному закону государства – Конституции РФ. Согласно этому акту, одной из основ конституционного строя России является равным образом признание и защита частной, государственной, муницип-

⁷⁰⁴ Медведев Д. А. Послание Президента РФ Д.А. Медведева Федеральному Собранию РФ от 12 ноября 2009 г. // Российская газета. – 2009. – № 214.

ципальной и иных форм собственности (ч. 2 ст. 8). Заметим, что расположение на «первом месте» этой нормы «частной собственности» является далеко не случайным, поскольку охрана законом частной собственности, запрет на принудительное ее лишение и другие аспекты указанного права закреплены в других статьях Основного закона (ст. 35, 36 и др.).

Следует подчеркнуть, что охрана имущества и других объектов, находящихся в собственности государства, граждан и юридических лиц, муниципальных образований осуществляется на основании соответствующих законов. При этом в основе юридической природы каждого существующего вида охраны заложена принадлежность охраняемого имущества к одному из видов собственности (государственной, частной и др.).

Так, например, **государственная охрана** представляет собой функцию «федеральных органов государственной власти в сфере обеспечения безопасности объектов государственной охраны, осуществляемая на основе совокупности правовых, организационных, охранных, режимных, оперативно-розыскных, технических и иных мер»⁷⁰⁵. Среди объектов этой охраны выступают лица, подлежащие государственной охране, а также здания, строения и сооружения, в которых размещены федеральные органы государственной власти... и другие объекты⁷⁰⁶. Основываясь на специальных принципах (сочетания гласных и негласных методов деятельности) и мерах осуществления охраны (наличии специальной связи и транспортного обслуживания, осуществления оперативно-розыскной деятельности и др.) государственная охрана в достаточной степени обеспечивает защиту соответствующих объектов охраны и в меньшей степени вмешивается в охрану имущества коммерческих организаций.

В обеспечении безопасности объектов государственной охраны в пределах своих полномочий участвуют органы ФСБ, органы внутренних дел РФ и внутренние войска МВД РФ, органы внешней разведки РФ, Вооруженные Силы России и иные органы обеспечения государственной безопасности. Такое положение, несмотря на провозглашенное конституционное равенство, делает государственную охрану практически недостижимой со стороны частной охраны и не подлежащей правовому регулированию категорией гражданского права – договором.

Согласно ст. 9 Закона РФ от 18 апреля 1991 г. № 1026-1 «О милиции» **вневедомственная охрана** представляет собой подразделения милиции при органах внутренних дел, которые относятся к милиции общественной безопасности. Однако право на осуществление указанного вида охраны имеют не только работники милиции. Например, в целях оптимизации структуры вневедомственной охраны при органах внутренних дел РФ и обеспечения надежной охраны имущества, физических и юридических лиц Правитель-

⁷⁰⁵О государственной охране: Федеральный закон от 27 мая 1996 г. № 57-ФЗ «О» // СЗ РФ. – 1996. – № 22. – Ст. 2594. Ст. 1.

⁷⁰⁶См.: Там же. Ст. 1, 6 и др.

ством РФ создано ФГУП «Охрана»⁷⁰⁷, подведомственное МВД России. Таким образом, правовой статус вневедомственной охраны имеет «комбинированный» характер: с одной стороны это орган государственной власти – милиция, с другой – коммерческая организация ФГУП «Охрана». Эта «комбинированность», основанная на сочетании властных полномочий милиции, ее техническом оснащении, вооружении боевым оружием и гражданско-правовых полномочий коммерческой организации – дает указанному виду охраны беспрецедентные преимущества на рынке охранных услуг.

Перечень объектов, подлежащих обязательной охране подразделениями вневедомственной охраны, определяется Правительством РФ⁷⁰⁸. Среди них административные здания, занимаемые федеральными судами, конституционными (уставными) судами и мировыми судьями субъектов РФ, склады хранения наркотических средств и психотропных веществ, хранилища государственных музеев, библиотек, архивов и другие. Важно заметить, что подавляющее большинство таких объектов имеют достаточно определенные идентифицирующие признаки. Например, среди этих признаков содержится юридический адрес объекта охраны: комплекс административных зданий (г. Москва, ул. 1-я Рейсовая, д. 2), технический сектор (г. Москва, Заводское шоссе, д. 15) и другие подобные реквизиты (п. 17 Перечня). Такой, подход в полной мере позволяет определить имущество, подлежащее охране и исключить различные споры о принадлежности этого имущества к какому-либо виду охраны (государственной, ведомственной, частной), возникающие при заключении соответствующего договора.

Частная охранный деятельность представляет собой деятельность специально учрежденных для оказания охранных услуг коммерческих организаций, созданных в форме обществ с ограниченной ответственностью, имеющих лицензию органов внутренних дел на оказание услуг частной охранный деятельности на возмездной договорной основе. Среди таких услуг предусмотрены: защита жизни и здоровья граждан, охрана имущества (в т.ч. и при транспортировке), находящегося в собственности граждан и юридических лиц и (или) на ином законном основании, обеспечение порядка при проведении массовых мероприятий, а также обеспечение пропускного и внутриобъектового режимов и другие⁷⁰⁹. Деятельность частных охранных организаций, в отличие от организаций государственной и ведомственной охраны, существенно ограничена. Так, например, эта деятельность не распространяется на объекты, подлежащие государственной охране, перечень которых утвержда-

⁷⁰⁷ Вопросы реформирования вневедомственной охраны при органах внутренних дел Российской Федерации: Пост. Правительства РФ от 11 февраля 2005 г. № 66 // СЗ РФ. – 2005. – № 8. – Ст. 648.

⁷⁰⁸ См.: Распоряжение Правительства РФ от 2 ноября 2009 г. № 1629-р // СЗ РФ. – 2009. – № 45. – Ст. 5397.

⁷⁰⁹ О частной детективной и охранный деятельности в Российской Федерации: Закон РФ от 11 марта 1992 г. № 2487-1 // Ведомости Съезда народных депутатов Российской Федерации и Верховного Совета Российской Федерации. – 1992. – № 17. – Ст. 888. Ст. 1, 3.

ется Правительством РФ⁷¹⁰, а законные основания применения частными охранниками огнестрельного оружия, специальных средств – не идут ни в какое сравнение с подобными полномочиями их «коллег» по государственной или ведомственной охране.

Таким образом, деятельность частных охранных организаций осуществляется по остаточному принципу: охранять то, что не охраняется государственной, ведомственной или вневедомственной охраной.

Сложившееся положение частной охраны ставит ее в неравное положение с ведомственной и вневедомственной охраной на рынке охранных услуг, существенно ограничивает право граждан и юридических лиц на занятие предпринимательской деятельностью, что, в конечном счете, противоречит ч. 2 ст. 8 Конституции РФ о равной степени защиты всех форм собственности. В этом и заключается одна из проблем в сфере охраны имущества.

Однако и без того «тяжелое положение» частных охранных организаций продолжает усугубляться все более расширяющимся проникновением предприятий **ведомственной охраны** в область охраны имущества, находящегося в частной собственности, что в свою очередь свидетельствует о возникновении другой проблемы в исследуемой сфере.

Рассмотрим эту проблему более подробно.

Будучи по своему составу «совокупностью создаваемых имеющими право на создание ведомственной охраны федеральными органами исполнительной власти и организациями органов управления, сил и средств, предназначенных для защиты охраняемых объектов от противоправных посягательств»⁷¹¹, этот вид охраны имеет достаточно неопределенный круг охраняемых объектов. Например, такими объектами могут выступать отдельные виды имущества (здания, строения, сооружения, прилегающие к ним территории и акватории, транспортные средства, грузы, денежные средства и др.), подлежащие защите от противоправных посягательств. Однако, в отличие от государственной и вневедомственной охраны, закон не формулирует полный перечень объектов, подлежащих ведомственной охране, а установленный законодателем критерий – «подлежащие защите от противоправных посягательств» – является достаточно неопределенным.

Вместе с тем, наличие в качестве учредителя организаций ведомственной охраны федерального органа государственной власти⁷¹², законодательное закрепление в качестве отдельных объектов охраны, имущества являющегося государственной собственностью и находящегося в сфере ведения соответствующих федеральных органов исполнительной власти или являющихся собственностью отдельных государственных корпораций⁷¹³ – позволяет сде-

⁷¹⁰ См.: Там же. Ст. 11.

⁷¹¹ О ведомственной охране: Федеральный закон от 14 апреля 1999 г. № 77-ФЗ « // СЗ РФ. 1999. – № 16. – Ст. 1935. Ст. 1

⁷¹² См., например: Об организации ведомственной охраны: Пост. Правительства РФ от 12 июля 2000 г. № 514 «// СЗ РФ. 2000. – №.29. – Ст. 3100.

⁷¹³ О ведомственной охране: Федеральный закон от 14 апреля 1999 г. № 77-ФЗ «// СЗ РФ. 1999. – № 16. – Ст. 1935. Ст. 8.

лать вывод о принадлежности таких объектов к государственной собственности. Перечень охраняемых объектов определяется имеющими право на создание ведомственной охраны федеральными органами исполнительной власти и утверждается в порядке, установленном Правительством РФ.

Охрана объектов иных форм собственности (частной, муниципальной и др.), находящихся в сфере ведения соответствующих министерств и «ведомств», осуществляется в соответствии с заключенными договорами. Таким образом, для охраны объектов, **не находящихся в государственной собственности** выдвигаются, по меньшей мере, три критерия: 1) нахождение в сфере ведения соответствующего органа власти; 2) включение объектов охраны в соответствующий перечень; 3) заключение договора охраны.

Проведем небольшое исследование сделанных выводов на примере деятельности ведомственной охраны одного из самых распространенных министерств – министерства промышленности и торговли РФ (далее – Минпромторг). При этом мы не будем исследовать вопросы, связанные со структурой, нормами численности работников и порядком организации деятельности этой организации охраны, напротив – мы обратим внимание на юридический факт возникновения правоотношений по поводу охраны имущества, находящегося в частной собственности.

Как следует из Положения о ведомственной охране Минпромторга РФ⁷¹⁴, эта охрана создается для охраны объектов промышленности, находящихся в сфере ведения этого министерства, федеральных государственных унитарных предприятий и федеральных государственных учреждений, находящихся в ведении Министерства, а также административных зданий, предназначенных для размещения сотрудников центрального аппарата Министерства.

При этом Перечень охраняемых объектов утверждается самим Министерством по согласованию с МВД РФ.

Основными задачами ведомственной охраны являются: 1) защита охраняемых объектов от противоправных посягательств; 2) обеспечение на охраняемых объектах пропускного и внутриобъектового режимов; 3) предупреждение и пресечение преступлений и административных правонарушений на охраняемых объектах.

Непосредственную охрану объектов осуществляют подразделения предприятия ведомственной охраны, которым является федеральное государственное предприятие, основанное на праве хозяйственного ведения (далее – ФГУП «Ведомственная охрана»).

Деятельность этого предприятия осуществляется в соответствии с его уставом, законодательством РФ и названным Положением. Нетрудно заметить, по своему правовому положению такое юридическое лицо является коммерческой организацией, следовательно, ее деятельность регулируется,

⁷¹⁴ Об утверждении Положения о ведомственной охране Министерства промышленности и торговли Российской Федерации: Пост. Правительства РФ от 22 июня 2009 г. № 517 // СЗ РФ. – 2009. – № 26. – Ст. 3193.

прежде всего, Гражданским кодексом РФ (далее – ГК РФ) и другими актами гражданского законодательства.

Итак, первым критерием, необходимым для охраны объекта организациями ведомственной охраны является его «нахождение в сфере ведения соответствующего органа власти» – в рассматриваемом случае в сфере ведения Минпромторга.

Исходя из целей создания ФГУП «Ведомственная охрана» можно сделать вывод о том, что это предприятие охраняет: 1) объекты промышленности, находящихся в сфере ведения этого министерства; 2) федеральные государственные унитарные предприятия и федеральные государственные учреждения, находящихся в ведении Минпромторга; 3) административные здания, предназначенные для размещения сотрудников центрального аппарата названного министерства.

Следовательно, ключевым моментом в выборе объекта охраны является его нахождение в соответствующей сфере деятельности министерства. Вместе с тем, ни федеральный закон «О ведомственной охране», ни акты Правительства РФ и Минпромторга не содержат каких-либо определенных критериев вхождения организаций, находящихся в частной собственности в рассматриваемую сферу. Ввиду отсутствия юридического обоснования категории «сфера ведения» попробуем сформулировать интересующее нас определение на основе лексического толкования указанных слов.

Так, по мнению С. И. Ожегова, толкование слова «сфера» означает «область, пределы распространения чего-либо, какой-либо деятельности»⁷¹⁵. Идентичным по содержанию является и другое значение этого термина – «область чего-либо, какой-либо деятельности, проявление каких-либо отношений, свойств»⁷¹⁶. Нетрудно заметить, что квалифицирующими лексическими признаками слова «сфера» выступают слова и сочетания «область, деятельность, какие-либо отношения». В свою очередь, слово «ведение» происходит от слова «вести» и означает «руководить кем (чем)-нибудь, осуществлять наблюдение»⁷¹⁷.

Сопоставив результаты проведенного анализа можно сформулировать определение: *«сфера ведения – область, пределы распространения деятельности субъектов гражданского права, под руководством и наблюдением кого-либо, а также совокупность, возникающих при этом правоотношений».*

Теперь необходимо определить сферу ведения Минпромторга, полномочия которого, как и любого федерального органа исполнительной власти, определяются соответствующим Положением⁷¹⁸. Следует заметить, что юридические полномочия субъекта зачастую реализуются посредством категории

⁷¹⁵ Ожегов С.И. Словарь русского языка: 70 000 слов / Под ред. Шведовой Н. Ю. – 21-е изд., перераб. и доп. – М.: Рус.яз., 1989. – С. 780.

⁷¹⁶ Словарь русского языка. Т.4. / Под ред. Л.Л. Кутина, В. В. Замкова. – М.: Ак. наук СССР-Ин-т. рус. яз., 1961. – С. 429.

⁷¹⁷ Ожегов С. И. – С. 80.

⁷¹⁸ О Министерстве промышленности и торговли Российской Федерации: Пост. Правительства РФ от 5 июня 2008 г. № 438 СЗ РФ. 2008. № 24. Ст. 2868.

«функция», лексическое толкование которого означает «обязанность, круг деятельности»⁷¹⁹. Проведенный анализ этого подзаконного акта позволяет классифицировать основные функции Минпромторга по следующим основаниям: 1) управление государственным имуществом, находящегося в отдельных видах промышленности (металлургической, химической и др.); 2) поддержка экспорта промышленной продукции; 3) исполнение обязанностей уполномоченного федерального органа исполнительной власти, осуществляющего государственное регулирование внешнеторговой деятельности и деятельности по техническому регулированию.

Таким образом, синтез лексического толкования категории «сфера ведения» и определение основных функций позволяет сформулировать определение: «сфера ведения Минпромторга – это область, пределы деятельности организаций соответствующих видов промышленности, под руководством и наблюдением Минпромторга, осуществляемом в соответствии с утвержденными Правительством РФ функциями».

Применительно к цели нашего исследования можно сделать вывод о том, что в число объектов, подлежащих ведомственной охране Минпромторга, входят организации отдельных видов промышленности, в собственности которых находится государственное имущество. Такое положение в полной мере отвечает нормам федерального закона «О ведомственной охране» (ч. 1 ст. 8) и основным целям и задачам ФГУП «Ведомственная охрана», изложенным в соответствующем Положении⁷²⁰.

Установленный нами механизм определения объектов, входящих в сферу ведения Минпромторга, позволяет решить и вторую задачу – сформировать перечень объектов ведомственной охраны.

Однако, практическая деятельность ФГУП «Ведомственная охрана» не всегда соответствует указанным критериям определения соответствующей сферы ведения. По мнению многих руководителей хозяйственных товариществ и обществ, имеющих имущество на праве частной собственности, а также руководителей частных охранных организаций в 2010 г. наблюдалась активная экспансия указанного федерального государственного унитарного предприятия по не всегда обоснованному продвижению услуг ведомственной охраны. Сложившееся положение привело к возникновению серьезных проблем в охране частной собственности, которая, как известно, поставлена на первое место в защите одной из основ конституционного строя России (ч. 2 ст. 8 Конституции РФ).

Свои действия ФГУП «Ведомственная охрана» мотивирует следующими аргументами: 1) наличием перечня объектов, подлежащих ведомственной охране; 2) ссылкой на нормы Постановления Правительства

⁷¹⁹ Ожегов С. И. – С. 856.

⁷²⁰ См., подробнее: Об утверждении Положения о ведомственной охране Министерства промышленности и торговли Российской Федерации: Пост. Правительства РФ от 22 июня 2009 г. № 517 // СЗ РФ. – 2009. – № 26. – Ст. 3193. Ст. 2,3.

ства РФ от 14 августа 1992 г. № 587, содержащего перечень объектов, подлежащих государственной охране.

Однако подробное исследование этих положений позволяет сделать вывод о наличии определенных проблем в надлежащей обоснованности выдвигаемых аргументов. Так, по меньшей мере, вызывает недоумение включение ФГУП в «Перечень объектов подлежащих ведомственной охраной Минпроторга» многих коммерческих организаций, хотя и являющихся объектами отдельных видов промышленности, но не имеющих в своей собственности государственной доли имущества и не связанных с участием государства в осуществляемой ими предпринимательской деятельности. Важно заметить, что указанный перечень, который ФГУП считает одним из основополагающих юридических фактов возникновения гражданского правоотношения по охране имущества и затрагивающий одну из основ конституционного строя России (ч. 2 ст. 8 Конституции РФ), не только официально не опубликован, но и является актом с грифом «для служебного пользования». Каким же образом многочисленным субъектам предпринимательства можно реализовать свое конституционное право на защиту, принадлежащего им имущества не зная, а зачастую и не предполагая, что на охрану этого имущества могут быть затрачены значительные средства по необоснованному содержанию ведомственной охраны?

На наш взгляд в такой перечень должны войти промышленные объекты, находящиеся в государственной собственности, управление имуществом которых осуществляется Минпроторгом на основании его юридических полномочий – то есть в пределах своих функций. В этом и видится разрешение исследуемой проблемы.

Постановление Правительства РФ от 14 августа 1992 г. № 587 «Вопросы негосударственной (частной) охранной и негосударственной (частной) сыскной деятельности» принятое во исполнение Закона РФ «О частной детективной и охранной деятельности в РФ», содержит перечень объектов подлежащих государственной охране. Таким образом, законодатель, вполне обоснованно, определил перечень объектов, на которые не распространяется частная охранная деятельность. Однако это ограничение для частных охранных организаций не означает автоматического возникновения юридического факта правоотношений с участием именно ведомственной охраны, что подтверждается соответствующими выводами.

Во-первых, указанный перечень предназначен, прежде всего, для сферы частной охраны, поскольку ограничивает ее полномочия в охране отдельных видов имущества.

Во-вторых, отдельные объекты, включенные в перечень, подлежат обязательной охране подразделениями органов внутренних дел, что подтверждается соответствующим распоряжением Правительства⁷²¹ (объекты, занимае-

⁷²¹ См.: Распоряжение Правительства РФ от 2 ноября 2009 г. № 1629-р // СЗ РФ. – 2009. – № 45. – Ст. 5397.

мые федеральными судами, конституционными (уставными) судами и мировыми судьями субъектов РФ и др.).

В-третьих, сформулированные в перечне объекты являются в достаточной степени не определенными и не идентифицированными, что не позволяет в юридическом смысле окончательно определить их гражданско-правовой статус, предусмотренный ст. 54 ГК РФ: наименование юридического лица, его организационно-правовую форму, характер деятельности и другие. Например, в пункте 13 Перечня указаны объекты по производству, хранению и переработке, уничтожению и утилизации химически опасных веществ. Нетрудно заметить, что такие вещества (ртуть, природные газы, бензиновые смеси и др.) в различных количествах могут храниться у многих граждан и юридических лиц. Означает ли это, что квартиры и подсобные помещения граждан, объекты предпринимательской деятельности (аптеки, заправочные станции и др.) в обязательном порядке должны охраняться ведомственной охраной? Такое положение становится просто абсурдным. Представляется, что в основе излагаемого пункта Перечня должно быть положено не само наличие химически опасных веществ, а их определенные концентрации, объемы и иные, связанные с этим критерии. При этом сам объект охраны должен приобрести статус «опасного производственного объекта», а его деятельность должна регулироваться соответствующим правовым актом – Федеральным законом от 21 июля 1997 г. № 116-ФЗ «О промышленной безопасности опасных производственных объектов» (с изменениями и дополнениями). Наличие указанного статуса подтверждается наличием сведений о таком объекте в реестре опасных производственных объектов, что позволяет в полной мере закрепить его правовое положение и идентифицировать объект для возможного выбора существующих видов охраны.

Кроме того, следует заметить, что проблемы идентификации в сфере охраны удачно разрешены Распоряжением Правительства РФ от 2 ноября 2009 г. № 1629, посредством надлежащего оформления «Перечня объектов, подлежащих обязательной охране подразделениями милиции вневедомственной охраны при органах внутренних дел РФ» и исследованного нами в начале статьи.

Наиболее важной проблемой, о которой в своих обращениях скромно умалчивает ФГУП «Ведомственная охраны», является основополагающий принцип гражданского права – «свобода договора», позволяющий реализовать конституционное право граждан и юридических лиц на свободное перемещение товаров, услуг и финансовых средств (ч. 1 ст. 8 Конституции РФ).

Представляется важным напомнить нормы ст. 8 ФЗ «О ведомственной охране», согласно которым, охрана объектов иных форм собственности (частной, муниципальной и др.), находящихся в сфере ведения соответствующих федеральных органов исполнительной власти, осуществляется в соответствии с заключенными договорами. В практике гражданского оборота «свобода договора» означает, что граждане и юридические лица свободны в его заключении. Кроме того, понуждение к заключению договора не допускается, за исключением случаев, когда обязанность заключить договор

предусмотрена ГК РФ, законом или добровольно принятым обязательством (п. 1 ст. 421 ГК РФ).

Проведенный анализ позволяет сделать вывод о том, что ГК РФ не содержит каких-либо норм, обязывающих граждан и юридических лиц заключать договор охраны с предприятием ведомственной охраны. Напротив, этот договор является «непоименованным», поскольку его юридическая природа не раскрывается как в тексте самого Кодекса, так и в принятых, в соответствии с ним, федеральных законах. Перечень объектов, подлежащих государственной охране (Постановление Правительства № 587), только ограничивает деятельность частной охраны, но, ни в коей мере не содержит обязанность собственников отдельных видов имущества, заключать рассматриваемый договор. Кроме того, указанный перечень имеет статус приложения акта Правительства РФ, которое в свою очередь не является законом.

Таким образом, единственным законным основанием для заключения сторонами договора охраны становится добровольно принятое на себя обязательство. Однако, как показывает практика, отказ от такого обязательства, расценивается коммерческой организацией – ФГУП «Ведомственная охрана», как нарушение закона и выступает основанием для применения мер государственного принуждения.

Изложенные аргументы о понуждении к заключению договора охраны подтверждаются и материалами арбитражной практики. Так, по мнению истца – подразделения вневедомственной охраны при МВД субъекта РФ, руководитель международного аэропорта необоснованно уклонился от заключения договора охраны с названным подразделением милиции. Основываясь на принципе гражданского права «свобода договора», в соответствии п. 1 ст. 421 ГК РФ, Верховный Суд РФ определил, что понуждение к заключению договора не допускается, за исключением случаев, когда обязанность заключить договор предусмотрена Кодексом, законом или добровольно принятым обязательством. Договор, о понуждении, к заключению которого заявлен иск, к публичным договорам (ст. 426 ГК РФ) не относится. Обязанность заключения договора об оказании услуг охраны какими-либо другими законами не установлена. Согласно п. 6 ст. 84 Воздушного кодекса РФ охрана аэропортов и объектов их инфраструктуры осуществляется подразделениями ведомственной охраны соответствующего федерального органа исполнительной власти и органами внутренних дел в порядке, определенном Правительством РФ. Указанная норма не содержит указания на обязанность какого-либо из упомянутых в ней субъектов заключить договор на охрану аэропортов. Постановление Правительства РФ от 01.12.2005 № 711 (на нормах которого истец основывал свои требования) не является законом и не содержит каких-либо положений, обязывающих заключить договор на охрану международного аэропорта⁷²².

⁷²²Определение Высшего Арбитражного Суда РФ от 16 октября 2008 г. № 8398/08 // СПС Гарант – Максимум. Практика ФАС округов. – Версия от 10. 11. 2010 г.: Режим доступа: <http://www.garantsoft.ru>.

Резюмируя сказанное можно сформулировать вывод о том, что рассмотренные в статье действия отдельных предприятий ведомственной охраны, направленные на понуждение к заключению соответствующего договора охраны противоречат основам конституционного строя России (ст. 8 Конституции РФ). Кроме того, такие действия нарушают равенство участников гражданских правоотношений, неприкосновенность их собственности, приводят к произвольному вмешательству предприятий ведомственной охраны в частные дела и нарушают принцип «свобода договора».

Представляется, что разрешение рассматриваемых проблем возможно посредством принятия правового акта гражданского законодательства – федерального закона «Об оказании услуг охраны». В проект указанного закона должны быть включены основные понятия, («договор охраны», «заказчик», «исполнитель», «услуги охраны», «объекты охраны» и др.), перечень существенных условий договора охраны, права и обязанности сторон, источники правового регулирования, особенности гражданско-правовой ответственности и др.

Автор понимает, что в настоящей статье невозможно ответить и решить все вопросы, связанные с разрешением современных проблем, возникающих в сфере охраны имущества, которые являются перспективной темой для дальнейших исследований.

Глава 9. Актуальные проблемы института выдачи (экстрадиции) (Шмелев А.В.)

Аннотация

Данная статья посвящена исследованию вопроса выдачи (экстрадиции). Анализируются проблемы регламентации данного института как в международно-правовых актах, так и внутригосударственном законодательстве и случаи применения данных актов на практике. Определены несколько основополагающих принципов, которые принимаются международным научным сообществом, но их разработка еще не закончена.

Ключевые слова: институт выдачи, экстрадиция, международное сотрудничество, международная безопасность, международные преступления.

Actual problems of the Institute of issue (extradition).

Annotation

The article considers the question of issue (extradition). The problems of regulation of this institute in the International and National Law are analyzed, also in article exemplified cases of application of these legal acts in practice. Several fundamental principles accepted by the international scientific community are identified, but their development is not finished yet.

Keywords: Institute of issue, extradition, international cooperation, international security, international crime.

На современном этапе вопрос создания системы международной безопасности находится в органичной связи с совершенствованием механизма сотрудничества государств по уголовно-правовым вопросам. И объединение усилий мирового сообщества в борьбе с международной преступностью может считаться одним из приоритетных направлений международного взаимодействия. Сейчас международная практика свидетельствует, что действенным правовым инструментом, используемым в борьбе с преступностью, является институт выдачи (экстрадиции), обеспечивающий неотвратимость ответственности и наказания правонарушителей. Не случайно в рамках “Глобальной контртеррористической стратегии Организации Объединенных Наций”, принятой резолюцией 60/288 Генеральной Ассамблеи ООН от 8 сентября 2006 г. экстрадиция рассматривается как один из центральных элементов механизма сотрудничества государств по уголовно-правовым вопросам.

Итак, экстрадиция – это согласованный между заинтересованными государствами на основе норм международного права акт правовой помощи, заключающийся в передаче физического лица, совершившего преступление международного характера, другому государству в целях привлечения его к уголовной ответственности или для приведения в исполнение вступавшего в силу приговора в отношении данного лица.

Правовыми основаниями экстрадиции являются многосторонние соглашения по борьбе с отдельными видами международных преступлений и преступлений международного характера, например, Конвенция Совета Европы о выдаче правонарушителей 1957 г., Конвенция Совета Европы о взаимной правовой помощи по уголовным делам 1959 г., Гагская конвенция о борьбе с незаконным захватом воздушных судов 1970 г., а также национальное законодательство.

Но даже, несмотря на согласие большинства ученых и практиков о необходимости существования данного института, он является одним из наиболее дискуссионных вопросов. Например, ряд исследователей предлагают рассматривать выдачу в качестве отдельного института международного уголовного права, объединяющего в себе материальные и процессуальные нормы. В связи с этим международное право переносит разрешение многих вопросов экстрадиции в сферу права национального. Таким образом, выдача не может рассматриваться только лишь как международно-правовой институт.

Согласно другой позиции вопросы экстрадиции находятся сугубо в административно-политической плоскости, поскольку часто решение об экстрадиции принимает не суд, а правительство или какой-либо специализированный его орган. При этом решение о выдаче остается за политиками, тогда как судебные инстанции ограничиваются проверкой законности самого запроса. Исходя из этого, экстрадицию следовало бы считать институтом административного или государственного права.

Один из наиболее популярных подходов к характеристике выдачи в качестве правового института заключается в рассмотрении экстрадиции исключительно как области процессуального права. Так, В.М. Волженкина

утверждает, что « ... содержанием выдачи как процессуальной деятельности является совокупность общих и специально созданных уголовно-процессуальных процедур. Даже если признать выдачу институтом уголовного права, ее реализация требует производства процессуальных действий и регламентации взаимодействия с другими странами, что относится только к уголовному процессу»⁷²³. Дополнительным аргументом Данной позиции могло бы послужить и то обстоятельство, что в национальном праве наибольшее количество посвященных экстрадиции норм сосредоточено именно в уголовно-процессуальном законодательстве, а точнее, в главе 54 (ст. 460 – 468) УПК РФ⁷²⁴.

Но с какой бы позиции ни рассматривалась выдача, для нее всегда будут характерны основные признаки (черты), установленные уголовно-процессуальной наукой в ходе изучения этого института:

- распространенность только на физических лиц, подозреваемых, обвиняемых или осужденных в совершении преступления;
- комплексность, связанная с нахождением экстрадиции в поле действия двух самостоятельных систем международного и внутригосударственного права;
- применяемость в целях уголовного преследования лиц, предположительно совершивших преступление, или исполнения назначенного судом наказания;
- зависимость установления и реализации от степени признания конкретными государствами как главными субъектами международного права приемлемыми для себя тех или иных возможностей экстрадиции в совместной борьбе с международными и национальными преступлениями.

А также на основании международных актов и УК РФ выдача преступника в Российской Федерации осуществляется с соблюдением таких принципов:

- преступления должны быть экстрадиционными, т.е. входить в число преступлений, за совершение которых можно обращаться с просьбой о выдаче;
- преступление должно быть деянием с двойной преступностью;
- при выдаче необходимо соблюдать принцип «специализации» или «конкретности» (уголовное преследование выданного лица должно осуществляться только за то преступление, в отношении которого состоялась выдача)⁷²⁵.

Вместе с тем практическое решение данной проблемы осложняется тем, что не решен вопрос о выдаче запрашиваемой стороной лица, преследуемого по законам запрашивающей стороны за соответствующее преступление при отягчающих (квалифицирующих) обстоятельствах, тогда как в УК РФ в том

⁷²³ Волженкина В.М. Выдача в российском уголовном процессе. М., 2002.

⁷²⁴ Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации от 18.12.2001 N 174-ФЗ, принят ГД ФС РФ 22.11.2001 (с посл. изм.)

⁷²⁵ Европейская конвенция о выдаче (экстрадиции) Париж, 13 декабря 1957 г.

же составе такие отягчающие (квалифицирующие) обстоятельства отсутствуют⁷²⁶, и следовательно, при отсутствии других отягчающих обстоятельств соответствующее преступление квалифицируется как совершенное без этих обстоятельств. Можно констатировать наличие определенного пробела на этот счет, который, однако, может быть преодолен путем последовательного толкования ряда норм как российского законодательства, так и международно-правовых актов об экстрадиции.

Так, в соответствии с ч. 1 ст. 462 УПК РФ может быть выдан иностранному государству иностранный гражданин или лицо без гражданства для уголовного преследования или исполнения приговора за деяния, которые являются уголовно наказуемыми не только по законам иностранного государства, но и по УК РФ. Рассмотрим конкретную возможную ситуацию. И по УК РФ, и по УК Республики Казахстан уголовно наказуемой является кража чужого имущества. Допустим, из Казахстана поступает запрос о выдаче лица, обвиняемого в краже, совершенной неоднократно, т.е. в краже при отягчающих обстоятельствах (наказание – до 6 лет лишения свободы). Однако в УК РФ такое отягчающее обстоятельство кражи отсутствует, и, следовательно, по УК РФ такая кража при отсутствии других отягчающих обстоятельств должна квалифицироваться как кража без отягчающих обстоятельств. В соответствии со ст. 8 УК РФ основанием уголовной ответственности является совершение деяния, содержащего все признаки состава преступления, предусмотренного УК. Следовательно, по УК РФ нет оснований для привлечения лица к уголовной ответственности за кражу, совершенную неоднократно. Лицо может быть привлечено лишь за кражу без отягчающих обстоятельств и соответственно лицо не может быть выдано за кражу совершенную неоднократно.

Также анализ положений УПК РФ, соответствующих международных договоров РФ выявляет необходимость разработки положений в сфере разрешения коллизии запросов об экстрадиции, поступивших от нескольких иностранных государств. Так, некоторые исследователи предлагают выделить п.7 ст. 462 УПК РФ в отдельную ст. 462-1 УПК РФ «Правила определения приоритета в удовлетворении запросов о выдаче одного и того же лица, поступивших от нескольких иностранных государств», в которой необходимо наряду с общими положениями предусмотреть правило о том, что предпочтение в выдаче следует отдавать тому государству, с которым у России имеется соответствующий международный договор, при наличии международных договоров о выдаче, заключенных со всеми иностранными государствами, направившими запросы о выдаче, а также в отсутствии соответствующих договоров, если выдача осуществляется на основе взаимности, предпочтение в выдаче должно определяться в соответствии с порядком, учитывающим ряд обстоятельств, а именно: место совершения преступления, его тяжесть, время направления запроса о выдаче, гражданство, постоянное ме-

⁷²⁶ Уголовный кодекс Российской Федерации от 13.06.1996 N 63-ФЗ, принят ГД ФС РФ 24.05.1996 (с посл. изм.).

сто жительства лица. При этом Генеральный прокурор РФ или его заместитель обязан сообщать заинтересованным запрашивающим государствам о принятом решении с изложением его мотивов и в сроки, определенные международным договором.

Другой серьезной проблемой является то, что права, которыми обладает лицо при рассмотрении запроса о его выдаче в УПК РФ, не конкретизированы. Предположительно права, принадлежащие обвиняемому (подозреваемому) распространяются и на лицо, подлежащее выдаче, однако, учитывая специфику процедуры экстрадиции (в ходе экстрадиционной проверки не устанавливается виновность лица, не проводится сбор доказательств, невозможно ознакомиться с материалами уголовного дела), их необходимо сформулировать более четко. И критикуя рассматриваемый институт, многие ученые отмечают, что существующие договоры между государствами об экстрадиции не всегда соответствуют Пактам о правах человека. Наиболее характерный пример такого несоответствия – случаи, когда между странами идут переговоры о выдаче, нередко продолжающиеся несколько лет, а гражданин, вина которого судом еще не доказана, все эти годы находится в заключении.

Также РФ не выдает лицо, совершившее преступное деяние, если по законодательству запрашивающего государства к нему в качестве наказания будет применена смертная казнь. Так, в апреле 2008 г. Европейский Суд по правам человека принял решение по делу 14 узбеков из г. Иваново, которых Россия намеревалась экстрадировать в Узбекистан. ЕСПЧ запретил выдачу указанных лиц и обязал российское правительство оплатить этим гражданам судебные издержки, а также компенсировать моральный вред в размере 15000 евро каждому. Решение Страсбургского суда было мотивировано тем, что если бы выдаваемые лица попали в Узбекистан, им грозили бы длительные сроки заключения, возможно, смертная казнь и, как аккуратно сформулировано в решении Суда «дурное обращение».

Достоинство личности охраняется государством. Никто не должен подвергаться пыткам, насилию, другому жестокому или унижающему человеческое достоинство обращению или наказанию. Именно поэтому договаривающиеся государства, осуществляя международное сотрудничество в сфере экстрадиции, руководствуются не только нормами международных договоров, регламентирующих процедуру и основания выдачи, но и международными актами в области прав и свобод человека. Ни одно государство-участник не должно высылать, возвращать или выдавать какое-либо лицо другому государству, если существуют серьезные основания полагать, что ему может угрожать там применение пыток⁷²⁷. Плюс к этому часть 3 ст. 6 Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод особо оговаривает гарантии права на юридическое представительство по уголовным

⁷²⁷ ч. 1 ст. 3 Конвенции ООН против пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания от 10.12.1984.

делам⁷²⁸. Европейский Суд постановил, что «право каждого обвиняемого в совершении уголовного преступления на защиту адвоката, в необходимых случаях назначенного официально, является одной из фундаментальных черт справедливого судебного разбирательства».

Так, Колумбия обратилась к российским властям с запросом о задержании и выдаче гражданина Израиля Яира Кляйна для приведения в исполнение приговора, вынесенного колумбийским судом в 2001 г. по обвинениям в содействии терроризму, в соответствии с которым он был приговорен к десяти годам лишения свободы. Верховный Суд РФ признал законным решение российских компетентных органов об экстрадиции преступника из России в Колумбию. Однако защитники Кляйна подали жалобу в Европейский Суд по правам человека на решение российских компетентных органов. В своей жалобе они сослались на то, что в Колумбии к израильтянину будут применены пытки и другие недозволенные меры воздействия. Несмотря на то что колумбийские власти предоставили гарантии неприменения к Кляйну смертной казни, пыток и других унижающих достоинство обращений, Европейский Суд по правам человека все-таки запретил Российской Федерации экстрадировать в Колумбию Яира Кляйна.

В заключение следует назвать несколько основополагающих принципов, разработка которых в сфере экстрадиции еще не закончена, но, по крайней мере, они принимаются международным научным сообществом. Это:

а) последовательное соблюдение прав человека в соглашениях об экстрадиции, соответствие их пактам о правах человека;

б) инкорпорирование во внутреннее законодательство основных прав человека, предусмотренных в международных конвенциях и соглашениях об экстрадиции;

в) осторожное отношение к экстрадиции в случаях возможности применения смертной казни, учитывая в целом отрицательное отношение к этой мере наказания (в законодательных актах некоторых государств прямо указано на недопустимость экстрадиции, если после передачи преступника к нему будет применена смертная казнь);

г) строгое соблюдение в соглашениях об экстрадиции и практике ее применения так называемых минимальных правил обращения с заключенными, рекомендованных ООН;

д) исключение экстрадиции в страны, где применяются пытки или допускается жестокое обращение с осужденными;

е) исключение экстрадиции в страны, где существует дискриминация по расовым, религиозным или иным основаниям;

ж) поощрение экстрадиции в страны, где руководствуются принципами гуманизма, в том числе в отношении лиц, совершивших преступления.

Подводя итоги рассмотрению проблемы выдачи преступников, следует подчеркнуть, что международное уголовное право как комплексная отрасль

⁷²⁸ ч. 3 ст. 6 Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод, Рим, от 4 ноября 1950 г.

права без этого института существовать не может. Применение его не только к международным, но и к другим преступлениям говорит о том, что в развитии международного уголовного права наступил новый этап. Он связан с тем, что границы между преступлениями международными, международного характера и многими видами общеуголовной преступности становятся все более прозрачными. В то же время этот процесс не может быть оценен как поглощение международным уголовным правом внутреннего права государств, или наоборот. Различия всегда останутся. "Слияния" их быть не может. Но учитывать процессы, происходящие в мире, необходимо. Задача этих отраслей – борьба с преступностью, только разными видами и разными способами, направленными на защиту от преступных посягательств, как всего международного сообщества, так и каждого человека.

Раздел V. Историко-теоретические проблемы законодательства, история учений о праве и государстве

Глава 1. Основные аспекты теории справедливости (Вопленко Н.Н.)

Аннотация (-+)

Автор рассматривает в данной работе общее понятие справедливости, как социального критерия положительного поведения, опираясь на труды Фридриха фон Хайека. Отдельного внимания заслуживает соотнесение справедливости с основами нравственности права и политики и выделения истоков его возникновения.

Основываясь на научных трудах современника, автор выделяет основные аспекты теории справедливости выделяя такие её виды как: социальная (Мальцев Г.В.), юридическая (Н.Н. Вопленко), формальная, реальная, конкретная (Ллойд Д.), правовая, этическая (Радбрух Г.), возмещающая, исправляющая (Хёффе О.), политическая, формальная (Ролз Д.), распределительная, исправительная, процедурная (Муздываев К.), дистрибутивная, процедурная, межличностная, информационная, состязательная, инквизиционная (Гулевич О.А.) и т.д.

Ключевые слова: социальная справедливость, гипотетическая рефлексия, юридическая справедливость, законность, процессуальная (процедурная) справедливость, распределительная (дистрибутивная) справедливость, исправляющая справедливость, формальная справедливость

Annotation

The author examines in this paper the general concept of justice as a social criterion for positive behavior, based on the works of Friedrich von Hayek. Special attention should correlate with the basics of the term justice morality of law and policy and the allocation of the source of its origin.

Based on the scientific work of a contemporary author highlights the main aspects of a theory of justice emphasizing its such species as: social (Maltsev GV), Law (NN Voplenko), formal, real, concrete (D. Lloyd), legal, ethical (G. Radbruch), indemnify, correcting (Heffe OA), the political, the formal (J. Rawls), distribution, penal, procedural (Muzdyvaev AK), distributive, procedural, interpersonal, informational, adversarial, inquisition (Gulevich OA .) etc.

Key words: social justice, the hypothetical reflection legal validity, legality, procedural (procedural) justice, distributive (distributive) justice, correcting justice, formal justice

Справедливость в качестве общенаучной категории продолжает привлекать внимание в сфере гуманитарных наук и теоретические представления о ней постоянно обновляются. Это вполне закономерно, ибо связано с всепроникающим характером нормативно-ценностного содержания справедливо-

сти, её способности проникать, вплетаться и метить самые различные сферы человеческой жизнедеятельности. С другой стороны, за этим процессом стоит извечное человеческое стремление поиска наиболее оптимальных социально – чувствительных критериев оценки и регуляции гармонично устроенного и прогрессивно развивающегося общества. Идеи «правового государства», «государства всеобщего благоденствия», «социально ориентированного государства» по своей сути означают стремление людей к созданию государства социальной справедливости, то есть политической организации общества ориентированной на формирование экономических, политико-правовых и нравственно чувствительных механизмов и средств обеспечивающих социально гарантированный уровень справедливости. Вместе с тем, заметно набирает силу и скептическое, и даже резко негативное отношение к самому понятию социальной справедливости. Так, А.К. Черненко и В.В. Бобров замечают, что «...понятие справедливости» очень часто употребляют в сочетании с понятием «социальная». В этом случае делаются попытки лишить данную категорию оценочного содержания, сформулировать строгую логическую конструкцию и придать ей некое универсальное субстанциональное значение, пригодное на все случаи жизни [25.с.191]. Ещё более категоричен в своём неприятии понятия «социальная справедливость» Фридрих фон Хайек, по мнению которого: «Культ «социальной справедливости» разрушает подлинно нравственные чувства не только тем, что поощряет злобные и разрушительные предрассудки. Он также, особенно в форме эгалитаризма, отвергает наиболее фундаментальные нравственные принципы, без которых не может существовать никакое сообщество свободных людей» [23. с. 267].

Не стесняясь в выражениях, Хайек называет социальную справедливость «чепухой», «жульничеством», «опасной угрозой цивилизации». [23.с.235, 247,265]. Подобный категоризм в оценке автора понятия «социальной справедливости» основывается на безусловной вере в спасительную силу «катаклизмы», т.е. рыночного хозяйства, которое стихийно организует условия справедливого поведения человека в гражданском обществе. Государство же и политическая система всегда склонны злоупотреблять идеей и принципами социальной справедливости. Отсюда неверие автора в справедливость социалистического государства и его способности организовать общественную жизнь на принципах социальной справедливости. «Социальная справедливость» может иметь смысл только в «направляемой» или «командной» экономике (подобной армии), в которой людям приказывают что делать; любая концепция «социальной справедливости» может быть реализована только в системе с централизованным управлением» [23.с.238]. Интересно, что такой признанный специалист в теории справедливости как Д. Ролз, вполне терпимо относится к понятию социальной справедливости. По его мнению: «Социальная справедливость – это принцип рационального благоразумия в применении к совокупной концепции благоразумия группы» [20.с.35].

Обрушив свой принципиально буржуазный гнев на понятие «социальной справедливости», Хайек отрицает наличие положительного критерия

справедливости и строит свою концепцию исключительно на основе отрицательных правил справедливого поведения [23.с.210]. По его мнению результаты человеческой деятельности не могут оцениваться в качестве справедливых или несправедливых, такая оценка применима только к поведению субъектов. Налицо, как можно заметить, отрыв процесса деятельности от его результатов. Очевидно, что в подобных рассуждениях обнаруживается нарушение элементарных правил диалектического мышления. Дело в том, что отрицательные оценки и критерии справедливости сами по себе возможны только при наличии положительных, ибо, нельзя утверждать о несправедливости каких-либо действий, не имея эталона, образа положительной деятельности. Аналогично следует заметить, что результат человеческой деятельности и акты предшествующего ему поведения всегда жестко связаны между собой системой причинно-следственных отношений. Поэтому справедливость или несправедливость поведения субъектов программирует и предопределяет соответствующий результат их активности.

На наш взгляд, нежизнеспособность концепции Хайека состоит не только в его слепой вере в то, что рыночный эгоизм каталлактики сам по себе породит критерии и практику справедливой человеческой деятельности, но, главным образом, в том, что автор напрочь лишает человечество, особенно в его обездоленной части, надежды и веры в создание справедливо устроенного государственно организованного общества на принципах официально провозглашенной и эффективно проводимой в жизнь системы социальной справедливости. Думается, что многовековая мечта людей о государстве, способном организовать политическую и правовую систему подлинной социальной справедливости, будет всегда будоражить общественное сознание. Всё это позволяет надеяться, что категория «социальная справедливость» вполне жизнеспособна и периодически будет востребованной в общественных науках и политико-правовой практике. Сформулированное нами определение социальной справедливости как обусловленной материальными условиями жизни общества конкретно-исторической системы общественных отношений и соответствующих им чувств, эмоций, оценок, идей, теорий и норм относительно распределения материальных и духовных благ, прав и обязанностей с целью создания гармонично устроенного и прогрессивного развивающегося общества, [4.с.43] в целом соответствует реалиям сегодняшней России. Его совершенствование можно осуществить путём включения в определение основных институциональных элементов, определяющих экономическую и политическую системы общественной жизни, а также указанием на относительный характер официальной системы норм и критериев справедливости. Следовательно, социальная справедливость есть система социально-экономических, политических и правовых институтов и норм официально закрепляющих критерии создания и распределения материальных и духовных благ, прав и обязанностей субъектов с целью обеспечения всеобщего благоденствия граждан. Важно также подчеркнуть что, социальная справедливость всегда конкретно историческое явление, ибо содержит в себе реально достигнутый уровень экономико-политической и правовой защищённости

личности. Разумеется, что этот официально провозглашённый и юридически закреплённый уровень правовой защищённости человека в обществе, не может быть абсолютным и зачастую является неполным, ущербным в свете извечных человеческих представлений о свободе, равенстве и справедливости. Но это уже выглядит как проблема постоянно развивающейся и совершенствующейся теории и практики справедливости.

Термин «социальная справедливость» подчёркивает социальную обусловленность последней, её зависимость от основных, конституирующих институтов и норм конкретно-исторического типа общества. Это означает, что экономический строй, политические и правовые институты, учреждения и нормы с необходимостью продуцируют соответствующую систему принципов и отношений производства, обмена и распределения, которые несут в себе печать исторически достигнутого уровня социальной справедливости. Они прямо и непосредственно (в праве), либо косвенно и потенциально (экономика и политика), формулируются и охраняют критерии справедливости и несправедливости, наполняют их периодически, то нравственным, то юридическим содержанием и одновременно гарантируют для населения страны объективно сложившийся официальный уровень режима социальной справедливости. Не случайно в научной литературе отмечается, что справедливость является показателем уровня социальной защищённости человека [8.с.155]. *И в этом смысле социальная справедливость предстаёт в границах конкретного общества как нормативно-оценочная система регулирования общественной жизни официально провозглашённая и гарантированная деятельностью органов политической власти.*

От представлений о социальной справедливости следует перейти к основному смыслообразующему общему понятию справедливости. Именно данное понятие путём прибавления к нему терминов: экономическая, моральная, политическая, юридическая, формальная, процедурная, исправительная и т.д., приобретает конкретизированный смысл и использование в определённой сфере общественной жизни. При этом следует сразу оговориться, что, на наш взгляд, употребление термина «справедливость» без конкретизации её содержания и сферы проявления, выглядит некорректным и функционально неопределённым. И, следовательно, не существует справедливости вообще, а есть справедливость как чувство, идея, идеал общественной жизни, справедливость как нормативная система регулирования общественных отношений и справедливость в виде институционально выраженного режима политико-экономической и нравственно-правовой жизни общества. И каждый раз когда употребляется понятие «справедливость», необходимо уточнить в каком смысле оно используется, какова функциональная направленность данного понятия. И таким образом, идея, нормативно-оценочная система и объективно сложившийся режим – это три взаимосвязанных, но относительно самостоятельныхлика, образа справедливости, проявляемой в общественном сознании и человеческой практике. Недоучитывание этого момента ведёт к понятийной путанице, перескакиванию с одного образа справедливости на другой без учитывания конкретного смысла и со-

держания данного понятия, как это продемонстрировано в работе Ю.И. Бытко «Справедливость и право» (Саратов, 2005 г.).

Наиболее важные идеи в сфере нравственности, права и политики лежат в основании соответствующих идеалов, определяя тем самым наиболее нравственно совершенный, предпочтительный образ познания и деятельности. Так идея справедливости формируя соответствующий идеал, в качестве обобщённого образа и цели справедливого поведения, предлагает пути и средства ведущие к достижению данного идеала. Но при этом важное значение имеет чувство справедливости как предтеча, психологическая основа познания и деятельности ориентированных на соответствующий идеал.

Верно в этой связи подмечено, что: «Нравственное чувство справедливости заявляет о себе прежде всего как возмущение несправедливостью» [9.с.1]. Думается, что чувство справедливости сродни выработанной в процессе социализации личности привычки и включает в себя элементы интуитивного и рационально обоснованного распознавания образа справедливости. Важнейшими элементами его содержания являются нравственно-правовая совесть и честность. Совесть диктует личности необходимость ответственного отношения к актам собственного поведения и поведению окружающих людей. Это нравственно-правовое чувство ответственности предопределяет честный образ мышления и деятельности в общественной жизни. Честность в данном контексте понимается как добросовестность, искренность, порядочность в поведении людей и их оценках окружающей действительности. Психологическая наука констатирует, что обыденные представления людей о справедливости выражаются в терминах: объективность, истинность, честность, порядочность, совесть, правосудие, равноправие, закон, благородство, нравственность, искренность, суд, равенство, искренность, гуманность, прямота, понимание, принципиальность, доверие, помощь [5.с.24].

Нуждается также в уточнении достаточно старый вопрос о генетическом происхождении содержания справедливости, в частности, нравственном или правовом характере ее требований. Как ни странно, но в последние годы наблюдается абсолютизация правовых форм бытия справедливости. Так В.С. Нерсисянц утверждает, «что справедливость входит в понятие права, что право по определению справедливо, а справедливость – внутреннее свойство и качество права, категория и характеристика правовая, а не внеправовая (не моральная, нравственная, религиозная и т.д.) [17.с.28] Аналогично замечает и Ю.Е. Пермяков, что: «С утверждением права справедливость теряет своё моральное содержание и понимается уже как то, что гарантировано властью и законом». [18.с.282] Вместе с тем встречаются и противоположные взгляды. Так, Г.В. Мальцев достаточно категорично высказывается «что есть только нравственная ценность справедливости, воздействующая через нравственное сознание на различные сферы социальной регуляции, привносящая в них определенную тональность и элементы гармонии» [15.с.108]. Думается, в этих высказываниях наблюдается излишняя категоричность в решении вопроса о происхождении и природе требований справедливости. Историческая наука свидетельствует о достаточно древнем происхождении основных норм

морали, впитавших в себя этический минимум взаимоотношений людей друг с другом, а следовательно и нравственно оправданный минимум взаимных требований, основанных на идее справедливости. Специалисты по этике отмечают, что: «справедливость есть нравственное понятие, которое может выступать в роли критерия моральной оценки, в роли чувства (имеет эмоциональную окраску), в роли нормы, мотива поведения и, наконец, в роли нравственного идеала» [3.с.23]. Право в историческом плане более поздний по времени регулятор общественных отношений, сформировавшийся на основе важнейших и апробированных на практике норм морали, подхвативший эстафету нравственно справедливого регулирования общественной жизни и придавший этой регуляции официальный, государственно значимый характер. Идея и требования справедливости стояли у колыбели права и формировали его основные нормы и институты. Это вполне осознавали древнеримские юристы, подчеркивая генетическую связь справедливости и права. По мнению Ульпиана, предписания права суть следующие: жить честно, не чинить вред другому, каждому воздавать то, что ему принадлежит. Юриспруденция есть познание божественных и человеческих дел, наука о справедливом и несправедливом. [7.с.17] Всё это свидетельствует, что справедливость, являясь центральной системообразующей идеей морали, вместе с тем способствует становлению системы права, сообщая его основным нормам и институтам нравственно оправданный характер. И конкретные нормы права приобретают тем более легитимный и эффективный характер, чем более нравственно насыщенным является их содержание. И это позволяет отметить, что справедливость в равной мере является как нравственной, так и правовой категорией, требования которой организуют несмотря на возможные противоречия, единство и гармонию морально-правового регулирования.

Категория справедливости в последние годы получила массированное и многоаспектное изучение в сфере гуманитарных наук. Исследуются философские, этические, политологические, экономические, психологические и правовые аспекты данного понятия. И это неизбежно повлекло появление и обоснование новых, порою непривычных с традиционной точки зрения разновидностей понятия справедливости. Складывается впечатление, что ее требования проникают и вплетаются во всё более широкие сферы общественной жизни, актуализируя при этом отдельные стороны, аспекты социальных оценок и регуляции. На сегодняшний день можно выделить следующие наименования и соответствующие виды справедливости: *социальная* (Мальцев Г.В.), *юридическая* (Н.Н. Вопленко), *формальная, реальная, конкретная* (Ллойд Д.), *правовая, этическая* (Радбрух Г.), *возмещающая, исправляющая* (Хёффле О.), *политическая, формальная* (Ролз Д.), *распределительная, исправительная, процедурная* (Муздываев К.), *дистрибутивная, процедурная, межличностная, информационная, состязательная, инквизиционная* (Гулевич О.А.) и т.д. Данный перечень видов справедливости демонстрирует её многоаспектность, многофункциональность и возможность проявления в различных сферах общественной жизни как специфического регулятора и критерия оценки человеческого поведения и его результатов.

Как уже нами отмечено «**социальная справедливость**» используется в качестве понятия для обозначения объективно сложившейся системы общественных отношений обменного и распределительного типа, а также выработанных на основе социальной и прежде всего производственной практики идеологических ценностей, критериев, стимулирующих данные отношения [14.с.67]. Соответственно, по Г.В. Мальцеву в содержании социальной справедливости можно различать материальный (социологический) и идеологический (нормативно-ценностный) компоненты. И это позволяет рассматривать социальную справедливость в качестве объективного результата, достигнутого в процессе исторического развития, уровня государственно-правового и нравственного развития воплотившегося в системе политико-правовых норм и сложившейся практике обеспечения официального уровня справедливой жизни. Необходимо также отметить, что сложность определения социальной справедливости состоит в том, что не обладая собственной особой предметностью, она тем не менее присутствует в большинстве человеческих отношений, опосредует их и тем самым позволяет оценивать их как справедливые или несправедливые. Это и позволяет выделять различные виды справедливости: юридической, нравственной, экономической, политической и т. д. Социальная справедливость как бы впитывает в себя, результирует на официальном уровне отдельные проявления справедливости в различных сферах общественной жизни и показывает меру достижения ее идеалов в конкретном типе исторически сложившегося общества. Поэтому, несмотря на резкие «филиппики» Фридриха фон Хайека против понятия «социальная справедливость» её нравственный, экономический и политико-правовой потенциал будет всегда востребован широкими народными массами в борьбе за подлинно справедливое государственное устройство.

Нравственная, моральная или этическая справедливость возникает как исторически первые, изначальные представления людей в межличностных отношениях по поводу меры своих прав и обязанностей и оценки поведения других людей на основе соображений о долге, чести, совести, благе. Она есть понятие нравственного сознания, характеризующее меру воздаяния и требований прав и благ личности или социальной общности, требовательности к личности, обществу, правомерность оценки экономических, политических, правовых явлений действительности и поступков людей, а также самооценки. [3.с.65] Идея справедливости пронизывает систему нравственных требований и идеалов, сообщая им целенаправленный и морально возвышенный характер. Нельзя быть добрым, гуманным, честным, правдивым не будучи при этом справедливым. Справедливость, следовательно, одна из важнейших добродетелей практической морали и категорий в этической теории.

Ганс Кельзен в этой связи заметил, что справедливость предстает как присущая людям добродетель. Как и всякая добродетель справедливость есть моральное качество; поэтому справедливость находится в сфере морали. [11.с.156] Аналогично отмечает и Д. Ролз: «Справедливость – это первая добродетель общественных институтов, точно так же как истина – первая добродетель системы мысли». [20.с.19] На этой основе он строит свою концепцию

«справедливости как честности», ориентированной на мир субъективных взаимоотношений между людьми. «Справедливость как честность – это теория наших моральных чувств, проявляющихся в наших обдуманых суждениях в процессе рефлексивного равновесия [20.с.115]. Обращают на себя внимание чрезмерный авторский акцент на интеллектуально-психологическую сферу проявления справедливости в общественной жизни, который в связи с многочисленными авторскими допущениями типа: «предположим», «допустим», «завеса неведения», «рефлексивное равновесие», «гипотетическая рефлексия» и т.д. подрывает доверие к его концепции. Творческий произвол, думается, не может являться наилучшим методом научного познания.

Итак, справедливость, является по своему происхождению моральной категорией, определяющей меру распределения и воздаяния ценностей и ответственности между людьми, определяемая нравственным, а затем и исторически вышедшим правовым законом. Историческое значение моральной справедливости, в первую очередь, состоит в ее правосозидательном, правообразующем характере. И это позволяет перейти к понятию **правовой** или **юридической справедливости**, которая признается далеко не всеми исследователями. Идея тесной связи справедливости и права, начиная от Аристотеля проходит через большинство исследований этой проблемы. По словам Ульпиана: «Право получило свое название от (слова) «справедливость», ибо согласно превосходному определению Цельса право есть искусство доброго и справедливого» [21.с.83]. Аристотелевские идеи о двух сторонах или видах справедливости: уравнивающей и распределяющей (воздающей) достаточно прочно вошли в научную литературу, а сама идея справедливости довольно часто рассматривается в качестве сущностного признака права. Так, например, Г. Радбрух утверждает что, идея права не может быть не чем иным, как справедливостью. «Право – это действительность, ценность которой заключается в том, чтобы служить справедливости» [19.с.42,44].

На наш взгляд, справедливость наряду со свободой выступает одним из смыслообразующих, сущностных признаков права. Нормы права и акты юридической деятельности в своем подавляющем большинстве ориентированы на идею равенства субъектов правовых отношений и воздаяние им пропорционально персональному вкладу в общественную жизнь. Право, в этой связи, своеобразный «слепок» и весьма существенная часть системы официальной социальной справедливости, постоянно подпитываемой нравственными требованиями и идеалами. Справедливость присутствует в праве как его базовая идея, трансформируемая в основополагающий принцип и идеал всеохватывающей юридической деятельности, которая в масштабах общества складывается в качестве особого режима социальной справедливости. Данный режим, будучи результатом претворения жизни господствующих в данном обществе норм политики, права, морали, обычаев и других социальных норм, реально демонстрирует меру и уровень достигнутой обществом социальной справедливости. Справедливость действует через данные социальные нормы, метит их и оценивает через свой специфический механизм,

выявление и анализ которого составляет важную задачу общественных наук. Интересные мысли по этому поводу имеются у Г. Гурвича.

Он исходит из того, что призвание идеи справедливости состоит в том, чтобы служить сущностной основой любого общего определения права. [6.с.293]. Соотношение же справедливости морали, по его мнению, состоит в том что: «справедливость неразрывно связана с моральным идеалом; она зажигается от этого идеала благодаря процессу вербализации; она опоясывает моральный идеал как его априорная оболочка, чья защита позволяет моральному идеалу раскрыть содержащиеся в нем богатые и сложные переплетения конкретной индивидуальности» [6.с.292]. Как можно заметить, автор предлагает рассматривать справедливость как нечто отличное, обособленное от моральных ценностей. Тем более это становится очевидным; когда Гурвич заявляет, что «справедливость расположена на полпути между нравственностью и логикой» [6.с.292]. Следовательно, по автору, справедливость выглядит как явление производное от нравственности и логики, но не совпадающие по своему содержанию с ними. Между тем, на наш взгляд, справедливость в качестве идеи, принципа, режима, составляет своеобразную квинтэссенцию сферы нравственности, ориентируя ее на идеалы добра и праведности. Она служит критерием измерения нравственного поведения, оценивая его через специфически моральные контрольно – психологические понятия и механизмы в виде совести, стыда, долга, блага и.т.д. Из критерия нравственности она зачастую превращается в особый нравственный идеал, высвечивая при этом в моральной системе, основную идею ее существования. И следовательно по способу своего бытия справедливость не может быть представлена чем то помимо нравственности. Она есть нравственность ориентированная на праведность и работающая посредством своих моральных категорий и механизмов.

Недопустимо также представлять справедливость в виде особого инструмента логики, который формально и бесстрастно регулирует и оценивает человеческое поведение. Люди видят ее проявление не в логических силлогизмах, а в самой логике жизни, основываясь на чувственно-интуитивных представлениях и опыте нравственного бытия. Как отмечает В.П. Малахов: «Справедливость представляет собой сложную симметрию усилий и результатов, потерь и обретений, помыслов и действий, преступлений и наказаний [13.с.207]. Ее регулятивно-оценочный механизм не столько логичен, как принципиально заостренный на поиски и учетывание наиболее оптимальных социально-чувствительных средств гармонического регулирования человеческого поведения. Уравнивая субъектов в их нравственно-правовом положении и тем самым сообщая им единую социальную ценность и равенство возможностей, справедливость требует воздаяния им пропорционально прогрессивному и негативному вкладу в общественную жизнь. Эти две стороны, а точнее – два принципа справедливости и составляют ее внутренний механизм, дополненный средствами и категориями нравственного регулирования. Разумеется что в каждой сфере общественной жизни действие данного механизма корректируется особенностями нормативно-предметной сферы: эко-

номики, политики, права и т.д. Но с учетом свойства реактивности морали, ее способности проникать и вплетаться в сопредельные области общественного бытия, механизм нравственно справедливого регулирования выглядит как универсальное и всепроникающее средство корректировки социальных норм и оценок, а также формирования специфических форм или видов справедливости, экономической, политической, правовой и т.д.

Проблема **правовой** или **юридической** справедливости предстает прежде всего как проблема нравственного насыщения основных норм, институтов, отраслей права а также правового сознания и актов индивидуального правового регулирования. Ее конкретно – исторически черты определяются уровнем и качеством нравственного наполнения официального правосознания, правотворчества и юридической деятельности. Она основывается на признании и безусловном культивировании в общественном и правовом сознании ценности нравственных идеалов, наличии справедливого законодательства и, оправдываемом требованиями справедливости, режиме законности. Последний элемент выглядит особо актуальным, ибо в глазах населения страны юридическая справедливость ассоциируется, в первую очередь, с легальностью и легитимным характером деятельности органов государственной власти, управления и судебной системы. Наиболее часто на весах юридической справедливости общественное мнение взвешивает акты правосудия и иной правоприменительной деятельности. И здесь справедливость актов применения права выглядит в виде *нравственной обоснованности и законности решений по юридическим делам*. Другими словами, общая формула юридической справедливости предстает как совпадение, совмещение в правовой квалификации юридического дела законности и нравственной безупречности. Это означает, что нельзя признать справедливым неправомерное, незаконное решение по юридическому делу, как не обладает этим качеством и решение формально соответствующее требованиям действующего законодательства, но противоречащее нормам морали. Юридическая справедливость это нравственно – правовой идеал и его достижение зачастую связано с преодолением противоречий и даже конфликтов между формальными требованиями права и нравственным долженствованием. И чем более преодолены или сглажены в процессе конкретного правоприменения нравственно-правовые коллизии, тем в значительной степени правоприменительное решение приближается к идеалу юридической справедливости. Между тем юридическая практика свидетельствует, что весьма значительная часть выносимых решений по юридическим делам вступает в законную силу и существует не обладая в полной мере качеством нравственной обоснованности. Это лишает подобную практику свойства легитимности и ее бытие основывается только на формальной законности. Отсюда длящиеся во времени процессы обжалования состоявшихся правоприменительных решений, падение престижа правосудия, явлений правового нигилизма и прочие негативные черты правовой системы. Поэтому достижение юридической справедливости в правоприменительной деятельности выглядит, как задача исключительной важности от решения которой, зависит прочность и стабильность правопорядка.

Научные представления о юридической справедливости находятся в состоянии становления. Так, В.П. Малахов выделяет три предельно общих признака данного явления. По его мнению, правовая справедливость характеризуется тем, что она: а) есть справедливость упорядочивающая, б) она есть своеобразный противовес социальной несправедливости, её «симметричная» сторона, в) она есть реальный и практически достижимый аналог меры справедливости [13.с.209]. Анализ данных признаков вызывает некоторые сомнения в эффективности их использования для оценки юридической практики. Например, подчёркивание упорядочивающего характера правовой справедливости вряд ли позволяет надёжно отграничивать её от других нормативно-оценочных явлений. Таким свойством обладают право, мораль, политика и многие иные явления общественной жизни. Другое дело, если сделать акцент на гармонизацию общественных отношений в сфере сознания в которых проявляет себя правовая справедливость. Именно её способность приносить гармонию в общественную жизнь, способствовать прогрессивному развитию социальных процессов позволяет формированию в общественном сознании легитимной оценки и отношения к актам справедливости в сфере права. И это позволяет выделять легитимность в качестве одного из существенных признаков юридической справедливости.

Но основным недостатком анализируемой концепции, на наш взгляд, является игнорирование неременной и тесной связи правовой справедливости с законностью. Без законности нравственное совершенство состоявшегося акта применения права лишается качества легальности. Оно не выдерживает критики с точки зрения действующего законодательства и, как правило, подлежит отмене органами контрольно-надзорной деятельности. Верно в этой связи отмечает С.А. Иванова «Законность-очевидно необходимая и важная предпосылка справедливости.» Без наличия строго очерченной и отшлифованной нормативной системы, которая выражает волю народа, справедливость того или иного решения была бы полностью отдана на откуп субъективному мнению [10.с.4.]. Думается, законность не только предпосылка, но и один из основных признаков и показателей справедливости в сфере права. Она обеспечивает нравственно-нравственно правовой характер юридической ответственности и её результатов, способствует прочности и стабильности правового порядка. Всё это позволяет заключить, что основными признаками правовой (юридической) справедливости выступают: *совпадение нравственной и правовой квалификации общественных отношений в актах юридически значимой деятельности; легитимность правовых актов; законность состоявшихся решений по юридическим делам и одновременно их нравственная обоснованность; противоположность несправедливости; реальный характер достигнутой меры справедливости в правовом регулировании.* Разумеется, что поиск и уточнение признаков правовой справедливости должен быть продолжен, ибо слишком уж высока социальная значимость данного явления.

Следующему, часто употребляемому в последнее время понятием справедливости выступает **справедливость процессуальная или процедурная.**

В самом общем виде, процесс есть делящаяся во времени последовательно упорядоченная система действий, ведущая к достижению определённой цели. Социальный процесс характеризуется последовательностью своих стадий раскрывающих внутреннее единство целенаправленной деятельности. Понятие процесса используется в тех сферах общественной жизни, где большое значение имеет процедура, порядок последовательно осуществляемых действий: право, политика, религия, обычаи и т.д. Непременным признаком процесса является процессуальная урегулированность, т. е. наличие процессуальных норм. И в этом смысле право-благоприятная почва для юридического процесса дифференцированного по отраслям, видам юридически значимой деятельности: правотворческий, правоприменительный, контрольно-надзорный, интерпретационный и т. д. [22.с.65-70]. Основными проблемами теории юридического процесса являются: стадии, принципы, производства и режимы процессуальной деятельности. Вопрос же о процессуальной справедливости в данной концепции практически не ставится. В работе В.Н. Баландина и А.А. Павлушиной, посвящённой принципам юридического процесса, процессуальная справедливость называется в качестве общего принципа, но не раскрывается содержательно [22.с.89]. Однако надо отметить, что все специалисты по теории юридического процесса значительное внимание уделяют принципу законности в качестве ведущей идеи, пронизывающей все стадии, производства и режимы процессуальной деятельности. Более того, обосновывая ценность понятия юридического процесса В.М. Горшенев и его сторонники, называют законность в качестве одной из основных целей, которая может быть достигнута с помощью детально разработанной и законодательно урегулированной процессуально-процедурной деятельности. Приходится констатировать, что проблема законности в юридическом процессе «поглотила» собою процессуальную справедливость, излишнее юридизировала, и «подмяла» под себя нравственные аспекты в процессуальной деятельности. В значительной мере это объясняется природой процессуальных правовых норм, работающих ради осуществления «чужого» интереса заложенного в нормах материального права. Последние более морально насыщены, ибо закрепляют права и обязанности субъектов, отвечающие на вопросы: "что можно и что нельзя делать". Процессуальные же нормы отвечают на вопросы: "как, в каком порядке можно действовать в сфере права" и регламентируют процедуру юридически значимой деятельности по осуществлению норм материального права. Они менее насыщены нравственными требованиями и носят вспомогательный, «деловой» характер, обеспечивая точность, последовательность, законность процессуальной работы по реализации материально-правовых норм. Поэтому проблема процессуальной правовой справедливости чаще всего возникает и актуализируется на отдельных важных стадиях, этапах процессуальной деятельности или конечном этапе юридического процесса, когда становится очевидным, что нарушение процедуры могло существенно сказаться на результатах нравственно-юридической деятельности. Например, закрепление следователем процессуальных доказа-

тельств по уголовному делу с помощью "лжепонятых" или голосование депутатов по законопроекту при отсутствии кворума.

Процессуальная справедливость в сфере права обладает всеми основными признаками юридической справедливости: а) единство нравственной и правовой квалификации процессуальных отношений; б) легитимность процессуальных актов; в) законность и нравственность процессуальных решений; г) противоположность несправедливости; д) выражение реальной меры достигнутой справедливости правового регулирования. Её значение состоит в том, что она путём процессуального упорядочивания указывает путь к достижению правовой справедливости по юридическому делу и одновременно сигнализирует о своеобразных "болевых точках" проблемы формирования юридически законных и нравственно обоснованных решений. В научной литературе выделяются следующие виды процедурной справедливости: состязательная, инквизиционная, авторитарная, арбитражная и торговая [5.с.98-99]. Современная юридическая наука отдаёт безусловное предпочтение состязательному и арбитражному процессам, как основывающимся на уважении к правам и свободам личности и ориентированным на осуществление правосудия, а следовательно, достижение максимальной справедливости при рассмотрении деликтов и споров по юридическим делам. Как отмечает О. Хёффе «судопроизводство – это инновация в области справедливости, имеющая подлинно всемирно-историческое значение» [24.с.77]. И роль юридических процедур, регулирующих судебное правоприменение исключительно велика. Можно сказать, что детально разработанные и законодательно закреплённые процедуры правоприменительной, в том числе и судебной, деятельности – гарантия достижения процессуальной правовой справедливости.

Справедливость с точки зрения своего содержания «предполагает соответствие между деянием и возданием, трудом и вознаграждением, преступлением и наказанием. Она есть совокупность принципов и процедур регулирующих распределение жизненных благ и тягот, прав и обязанностей индивидов и общественных групп» [16.с.94]. И в этой связи в науке выделяются такие её виды как: **распределительная, воздающая, исправительная** и т. д. Данные наименования справедливости используются для обозначения её отдельных аспектов социального действия, обусловленных особой функциональной нацеленностью.

Распределительная или дистрибутивная справедливость, концепция которой представлена в работе Г.В. Мальцева, выглядит как развёртывающаяся «в границах данного общественного строя совокупность реальных обменных и распределительных отношений» [14.с.66]. Разумеется, что эта система отношений складывается на основе выработанных обществом норм, принципов, критерий и оценок, обеспечивающих регулирование процессов производства, обмена и распределения материальных и духовных благ. Она требует соответствия между реальной значимостью различных индивидуумов (социальных благ) и их социальным положением, между правами и обязанностями, между трудом и вознаграждением [1.с.7]. Уравнивая субъекты в их правовом статусе она воздаёт им пропорционально вкладу в обществен-

ную жизнь и, таким образом, предстает в качестве системы объективно сложившейся социальной справедливости, против которой так резко выступил Фридрих фон Хайек.

Категория «распределительная» справедливость употребляется и в более узком смысле как противоположная справедливости «воздающей». В последнем случае акцент делается на индивидуальных качествах субъектов, их социально значимых достоинствах и недостатках, пропорционально которым им предоставляются права и обязанности, награды и наказания. В основе воздаяния лежит представление социальной или индивидуальной ценности человека, группы, что и позволяет отмерить им соответствующий объём прав, льгот, преимуществ или порицания. Как пишет В.П. Малахов: «воздаётся достоинству и ценности человека или умалению того и другого, воздаётся честью или позором как неким допустимым – в рамках человечности, ценности личности, христианской любви и т.п. – предельным ответом на вызов, который человек бросает окружающим людям или обществу в целом своими действиями и проявленными в них побуждениями и установками». [13. с. 205-206] Воздающая справедливость уточняет, конкретизирует формальное равенство субъектов, повышая тем самым социальную чувствительность нормативно-оценочной системы и это позволяет видеть в ней ведущий элемент общего содержания справедливости.

Исправляющая справедливость как понятие используется для обозначения системы норм, действий и отношений по поводу восстановления нарушенного режима справедливости. В сфере права ее бытие наиболее ярко проявляется при обнаружении и устранении правотворческих и правоприменительных ошибок, восстановлении нарушенного права, деятельности органов пенитенциарной системы. Своими требованиями и оценками она реагирует на отклонения от режима справедливости и действует по мере устранения выявленных аномалий. Ее основными чертами выступают: ситуационность, временный характер, нацеленность на устранение пороков и недостатков социального регулирования, формализованность процедуры исправления обнаруженной несправедливости.

Формальная справедливость как понятие используется для акцентирования внимания на преобладающем значении норм, принципов, установленных критериев и формализованных оценок в социальном регулировании отношений справедливости: Деннис Ллойд выделяет три основных момента формальной справедливости: а) должны существовать нормы, предписывающие, как следует обращаться с людьми в конкретных случаях; б) эти нормы должны быть общими по своему характеру; в) применение этих норм должно осуществляться беспрестанно, без всяких поблажек, дискриминации или исключений из общих правил. [12. с. 138] Последний пункт особенно подчеркивает формальный характер справедливости, основанной на принципе равного отношения ко всем субъектам и уравнивании их в правовом и ином социальном положении. Принцип воздаяния каждому пропорционально его вкладу в общественную жизнь здесь не принимается во внимание. Отсюда – ограниченный, неполный характер формальной справедливости, которую

можно рассматривать как начальный предварительный этап действительно справедливого регулирования. В современных развитых правовых системах ограниченный характер формального равенства субъектов дополняется и сглаживается наличием специальных и индивидуальных статусов субъектов, детально разработанных процедур правоприменительной деятельности, социально чувствительных источников права и т.д. Это позволило Джону Ролзу заметить, что «концепция формальной справедливости, правильного и беспристрастного использования публичных правил, в применении к юридической системе, становится правлением закона [20. с. 210].

Таковы наиболее часто встречающиеся в науке понятия справедливости. Употребление их требует некоторой понятийной чистоты и строгости, чему препятствуют субъективные предпочтения и особенности методологии отдельных авторов, разделяющих постмодернистские установки. Кроме рассмотренных понятий справедливости в науке можно встретить и иные, например, справедливость: политическая, межличностная, информационная, реальная, конкретная, торговая и т.д. В данных случаях речь идёт об отдельных сферах или аспектах её проявления. Всё это свидетельствует о возрастающем характере справедливости как специфически тонком и чувствительном средстве регулирования и оценки современной жизни.

Глава 2. Особенности концепции Н.Г. Александрова о правовом отношении в механизме правового регулирования (Сорокин Б.В.)

Аннотация

В главе раскрывается влияние концепции Н.Г. Александрова о правовом отношении в механизме правового регулирования на развитие общей теории российского права. Автор проводит анализ механизма правового регулирования, предложенного ученым. Исследуются особенности научного подхода Н.Г. Александрова к разработке понятия и элементов правового отношения.

Ключевые слова: механизм правового регулирования; правовое отношение; норма права.

Annotation

In the article reveals the influence of the concept of N.G. Aleksandrov about legal relation in the mechanism of legal regulation on the development of the general theory of Russian law. The author of the article analyzes of the mechanism of legal regulation which was introduced by scientist. Features of the scientific approach of N.G. Aleksandrov to working out of concept and legal relations elements are investigated.

Key words: a mechanism of legal regulation; legal relation; the rule of law.

Н.Г. Александров внес существенный вклад в исследование проблемы соотношения экономики и права, путей воздействия права на производственные отношения. И сегодня конструктивны предложения ученого, направленные на оптимизацию процесса осуществления права, путей правового регу-

лирования экономических и других общественных отношений, разработка Н.Г. Александровым категории «механизм правового воздействия»⁷²⁹.

Ему принадлежит заслуга введения в науку данного понятия. Он закономерно подходит к разработке концепции механизма правового регулирования, которая включает в себя правовые нормы, правовые отношения, законность и правопорядок.

Выделение в качестве самостоятельного предмета исследования проблемы «механизма» воздействия права на общественные отношения позволило Н.Г. Александрову глубже раскрыть взаимосвязь права и общественных отношений, выявить различные формы воздействия права на общественные отношения. От повторения общепризнанного положения о творческой роли норм советского права Н.Г. Александров, как и другие ученые (С.А. Голунский, С.Н. Братусь, П.Е. Недбайло), перешел к конкретному исследованию путей обратного воздействия советского права на экономику.

Примечательно, что хотя Н.Г. Александровым и не было дано формального определения понятия «механизм правового регулирования», оно является концептуальным для его научной школы. Он не только впервые в науке выдвинул идею механизма воздействия права, но одновременно дал схему основных блоков этого воздействия, которые в совокупности составляют процесс постепенного перенесения нормативности права на упорядоченность общественных отношений⁷³⁰. Категория механизма правового регулирования прочно вошла в понятийный строй теории социалистического права и само введение данной категории имело важное значение для развития юридической науки в целом, ибо она «выразила общее в процессе правового регулирования путем установления связей между всеми элементами данного механизма, вне которой они не могут существовать, место каждого звена в этой системе, а в итоге зафиксировала конкретные связи и движение в правовой форме»⁷³¹.

Н.Г. Александров указывал, что производственные отношения, существующие объективно, «складываются из бесчисленных отдельных отношений между конкретными лицами, проявляющими свою волю в качестве

⁷²⁹ Н.Г. Александров и его ученики, а также многие другие советские ученые юристы рассматривали «механизм правового воздействия» и «механизм правового регулирования» как тождественные категории. (См. напр.: Горшенев В.М. Структура механизма правового регулирования в общенародном государстве: О научном единстве проблем общей теории права и трудового права // Труды: О научном единстве проблем общей теории права и трудового права. Труды ВЮЗИ. – М.: РИО ВЮЗИ, 1978, Т. 56. – С. 41-52; Алексеев С.С. Механизм правового регулирования в социалистическом государстве. – М.: Юрид. лит., 1966. С. 29.).

⁷³⁰ См.: Александров Н.Г. Право и законность в период развернутого строительства коммунизма. – М.: Госюриздат, 1961. – С. 196.

⁷³¹ Васильев А.М. Правовые категории и их место среди категорий обществоведения // Труды Всесоюзного юридического заочного института. – М.: ВЮЗИ. – 1973. – Том 32. – С. 187.

участников производства, распределения и обмена»⁷³². Это и дает возможность оказывать праву обратное воздействие на породивший его базис⁷³³. В каждом отдельном акте производства и обмена (распределения) Н.Г. Александров видел сознательно-волевой момент и относил опосредующие эти акты фактические и экономические отношения к области волевых, т. е. надстроечных (идеологических) отношений. К такому выводу пришли и другие советские юристы⁷³⁴.

Главным элементом правового регулирования он считал правовые нормы. Формами воздействия права на общественные отношения он считал: а) правовые запреты; б) правоспособность и правовой статус; в) правовая компетенция и г) правовые отношения⁷³⁵.

Применительно к общим запретам, Н.Г. Александров предлагал различать эвентуальную обязанность, т. е. предполагаемую, «на случай возникновения таких объективных и субъективных обстоятельств, при которых может быть нарушен данный запрет»⁷³⁶. Он указывал, что нормы права, устанавливающие общие запреты, еще не предусматривают правовых отношений, а предусматривают действия, совершение которых влечет возникновение правовых отношений. Здесь он имел ввиду нормы уголовного и административного права, в результате нарушения которых возникают особые правовые отношения между нарушителем и компетентным органом.

Точно также нормы права, устанавливающие правовое положение лица, лишь указывают на возможный для данного лица круг правовых отношений, в которые оно может вступить⁷³⁷.

В науке против положения Н.Г. Александрова об эвентуальных правах и обязанностях были высказаны возражения⁷³⁸. Однако его ученики стали на позицию защиты данной идеи. Так, А.В. Мицкевич писал, что высказанная в свое время Н.Г. Александровым идея, в определенном смысле оправданна: «эти права и обязанности отражают экономические, социальные и политиче-

⁷³² Александров Н.Г. Право и законность в период развернутого строительства коммунизма. – М.: Госюриздат, 1961. – С. 184-185.

⁷³³ См.: Александров Н.Г. Право и законность в период развернутого строительства коммунизма. – М.: Госюриздат, 1961. – С. 185.

⁷³⁴ См.: Керимов Д.А. и Шейндлин Б.В. прямо утверждают, что право может регулировать только идеологические общественные отношения (Керимов Д.А., Шейндлин Б.В. Некоторые вопросы теории правоотношения // Вопросы государства и права. Ученые записки Ленинградского университета. – Л.: Изд-во Ленингр. ун-та, 1958. – № 255: Вып. 10. – С. 75).

⁷³⁵ См.: Александров Н.Г. Правовые отношения в социалистическом обществе. Лекция. – М.: Изд-во Моск. ун-та, 1959. – С. 10.

⁷³⁶ Александров Н.Г. Правовые отношения в социалистическом обществе. Лекция. – М.: Изд-во Моск. ун-та, 1959. – С. 8.

⁷³⁷ См.: Александров Н.Г. Правовые отношения в социалистическом обществе. Лекция. – М.: Изд-во Моск. ун-та, 1959. – С. 10.

⁷³⁸ См.: Братусь С.Н. Александров Н.Г. Законность и правоотношения в советском обществе. – М.: Госюриздат, 1955. – 175 с. // Советское государство и право. – М.: Наука, 1956. – № 10. – С. 132.

ские условия взаимоотношений личности и социалистического общества, имеющие важнейшее значение для реального положения личности, для приобретения членами общества конкретных прав и обязанностей в их реальной практической деятельности»⁷³⁹. «Отсюда следует, что «реальность» прав, входящих в правовой статус субъекта права, состоит далеко не только в признании их элементами «общих правоотношений с государством», со «всеми и каждым». Главный юридический путь обеспечения реального пользования правами состоит в их связи с конкретными правоотношениями, возникающими в процессе осуществления конституционных прав и иных элементов правового статуса»⁷⁴⁰.

О том, насколько была плодотворна предложенная им концепция механизма правового регулирования, свидетельствует ее дальнейшая разработка В.М. Горшеневым, С.С. Алексеевым, Л.С. Явичем и другими советскими юристами.

С.С. Алексеев подходил к данной проблеме более широко, чем Н.Г. Александров, делавший главный упор на нормативные компоненты правового регулирования⁷⁴¹. Выявляя своеобразие правового регулирования, С.С. Алексеев различает три стадии правового воздействия и соответствующие им основные элементы механизма правового регулирования:

«А) стадию общего действия юридических норм, на которой происходит регламентирование поведения субъектов, определение содержания этого поведения, условий возникновения прав и обязанностей и т. д.;

Б) стадию возникновения субъективных прав и обязанностей (правоотношения), на которой конкретные субъекты становятся носителями субъективных прав и обязанностей;

В) стадию реализации прав и обязанностей, на которой права и обязанности воплощаются в жизнь, претворяются в фактическом поведении субъектов.

В соответствии с этими тремя стадиями четко выделяются три основных звена (элемента) механизма правового регулирования: юридические нормы (нормативная основа); субъективные права и обязанности (правоотношение); акты реализации прав и обязанностей»⁷⁴².

⁷³⁹ Мицкевич А.В. Правоотношение в системе юридического регулирования общественных отношений: О научном единстве проблем общей теории права и трудового права // Труды: О научном единстве проблем общей теории права и трудового права. Труды ВЮЗИ. – М.: РИО ВЮЗИ, 1978, Т. 56. – С. 69.

⁷⁴⁰ Мицкевич А.В. Правоотношение в системе юридического регулирования общественных отношений: О научном единстве проблем общей теории права и трудового права // Труды: О научном единстве проблем общей теории права и трудового права. Труды ВЮЗИ. – М.: РИО ВЮЗИ, 1978, Т. 56. – С. 69.

⁷⁴¹ См.: Васильев А.М. Правовые категории: Методологические аспекты разработки системы категорий теории права. – М.: Юридическая литература, 1976. – С. 212–213.

⁷⁴² Алексеев С.С. Проблемы теории права: Основные вопросы общей теории социалистического права. Курс лекций в 2-х томах. Т. 1 / Науч. ред.: Русинов Р.К.; Отв. за вып.: Семенов В.М. – Свердловск: Изд-во Свердл. юрид. ин-та, 1972. – С. 156.

В.М. Горшенев занимал как бы промежуточную позицию между точками зрения Н.Г. Александрова и С.С. Алексеева. Однако его позиция тяготеет к позиции Н.Г. Александрова. Он отмечал, что механизм правового регулирования выражает деятельную сторону процесса «перевода нормативности права в упорядоченность общественных отношений». Он различал в нем две стороны: закрепляемые в нормах права способы воздействия, дозволения и запреты, и способы реализации, проявляемые в фактическом поведении людей. Здесь развивается идея основного расчленения, предложенная Н.Г. Александровым, но, когда В. М. Горшенев говорит о промежуточных звеньях между способами воздействия и способами реализации и показывает в целом те звенья, из которых «механизм правового регулирования конструктивно складывается», он приходит ко взглядам, практически аналогичным взглядам С. С. Алексеева⁷⁴³.

Вместе с тем развивая теоретические положения Н.Г. Александрова, В.М. Горшенев предлагал, при исследовании механизма воздействия права, акцентировать внимание на соответствующих способах и формах организации воли субъектов отношений и способах и формах реализации права в урегулированных общественных отношениях. Указанные две стороны механизма правового регулирования, по мнению В. М. Горшенева, отражают полярные факторы связи права с регулируемыми общественными отношениями⁷⁴⁴.

А.М. Васильев считал, что правовые нормы и правовые отношения суть основные компоненты процесса правового регулирования и именно они определяют главные черты его юридической формы⁷⁴⁵. По его мнению, когда мы вычленим норму права и правоотношение из всеобщих связей и рассматриваем их взаимозависимость в процессе становления права, то в категориальном плане правоотношение мыслится как причина, а норма права – как следствие⁷⁴⁶.

Однако А.М. Васильев дополняет свою идею следующим положением. Он указывал, что при трактовке категории «правоотношение» в парной логической связке с категорией «норма права» он имеет в виду реальное общественное отношение, которое под воздействием средств правового регулирования приобрело черты, определенные в норме права, т. е. правовую форму⁷⁴⁷. То есть, как и Н.Г. Александров он подразумевал основным элементом механизма правового регулирования правовые нормы.

Одним из концептуальных понятий у Н.Г. Александрова является понятие правового отношения. Разработка теории правового отношения, его элементов, взаимосвязи с экономическими, трудовыми отношениями является подтверждением широкого взгляда ученого на систему правового регулиро-

⁷⁴³ Горшенев В.М. Способы и организационные формы правового регулирования в социалистическом обществе. – М.: Юрид. лит., 1972. – С. 54–55.

⁷⁴⁴ Там же. – С. 48.

⁷⁴⁵ Васильев А.М. Правовые категории: Методологические аспекты разработки системы категорий теории права. – М.: Юридическая литература, 1976. – С. 248.

⁷⁴⁶ Там же. – С. 254.

⁷⁴⁷ Там же. – С. 257.

вания. Он одним из первых в советской правовой науке обратился к глубокому, предметному изучению категории правового отношения. Еще в 1948 году вышла из печати его монография «Трудовое правоотношение», явившаяся одной из первых в советской литературе монографий, посвященных изучению социалистических правоотношений. Необходимо заметить, что в данной работе Н.Г. Александровым разрабатывается конструкция «трудового правоотношения вообще», за что его работа подвергается критическим замечаниям⁷⁴⁸.

В данной работе исследовались не только вопросы трудового права, но и ряд проблем общетеоретического учения о социалистических правоотношениях, развитые впоследствии в его трудах по теории государства и права. В своем понимании правового отношения он исходил из модели гражданского обязательственного и трудового правоотношения, как связи между индивидуально-определенными (хотя бы на одной стороне отношения) лицами. Н.Г. Александров рассматривал общественные отношения как часть базиса, а правовые отношения, в свою очередь, как часть надстройки над этим базисом. Он считал, что исходным пунктом диалектико-материалистического учения о правоотношении является деление общественных отношений на материальные и идеологические. Таким образом, правовые отношения представляют собой особый вид идеологических отношений. Согласно концепции Н.Г. Александрова идеологические отношения, прежде чем сложиться, проходят через сознание и волю людей, которым в свою очередь предшествуют представления о должном поведении участников этих отношений. Представления людей о должном поведении, – по Н.Г. Александрову, всегда коренятся в условиях их материальной жизни, а не представляют собой какого-либо особого мира долженствований, независимого от общественного бытия. «Правовые отношения являются идеологическими отношениями в том смысле, что они, прежде чем им фактически сложиться, даны уже идеально, т. е. в сознании и воле политически господствующего класса, определяемых, в конечном счете, условиями материального существования этого класса», – писал Н.Г. Александров⁷⁴⁹. Кроме того, он указывал, что сознание о должном поведении обязательно должно выступать в качестве сознания известного общественно-коллектива (бесклассового общества, общественного класса или иной социальной группы), способного так или иначе воздействовать на поведение индивида⁷⁵⁰.

⁷⁴⁸ См.: Галанза П.Н., Кожевников М.В. Краткий очерк истории юридического факультета МГУ (советский период) // Ученые записки. Ученые записки МГУ: Труды юридического факультета. – М.: Изд-во Моск. ун-та, 1956, Вып. 180: Кн. 8. – С. 54; О состоянии юридических наук // Вопросы философии. – 1953. – № 1. – С. 103.

⁷⁴⁹ Александров Н.Г. Трудовое правоотношение. – М.: Юрид. изд-во МЮ СССР, 1948. – С. 75.

⁷⁵⁰ См.: Александров Н.Г. Основные вопросы учения о правоотношениях // Научная сессия, посвященная 20-летию существования Всесоюзного института юридических наук (1925 -1945). Тезисы докладов. – М.: Изд-во ВИЮН, 1946. – С. 9–11.

В связи с этим Н.Г. Александров разработал идею сложного взаимодействия идеологических и общественных отношений⁷⁵¹. Он писал, что всякое конкретное экономическое отношение, как отношение между отдельными лицами, составляя единичное звено в цепи экономического развития, которая в целом является объективно необходимой, независимой от воли людей, представляет собой, как данное индивидуализированное отношение, неразрывное единство материального содержания и волевого опосредствования⁷⁵². На основании этой идеи им выдвигается новая – о зависимости правовых отношений от юридических норм⁷⁵³.

Согласно концепции Н.Г. Александрова, единственным способом реализации правовых норм в жизни является их воздействие на поведение людей через правоотношения. Разрабатываемая Н.Г. Александровым идея о зависимости правовых отношений от юридических норм, доказывала примат нормы права над правоотношением. Так, различая право (нормы права) и правоотношения, Н.Г. Александров подчеркивал их взаимную связь, взаимопереходы норм права в правоотношения, в права и обязанности, и обратно. При этом роль первичного звена в данной связи он отдавал нормам, а правоотношениям отводил вторичное, производное место⁷⁵⁴. Именно этим его взгляды, как и других советских юристов на природу права, отличались от воззрений Е.Б. Пашуканиса, считавшего первичным правоотношение, а норму – вторичной; от взглядов П.И. Стучки и А.А. Пионтковского, включавших правоотношения в состав самого права. «На самом деле, указывает Н.Г. Александров, правоотношения – это не одна из «форм права» наряду с нормами права, а форма общественных отношений, складывающаяся при посредстве норм права»⁷⁵⁵.

В этой связи он высказал свое несогласие и с мнением О.С. Иоффе о том, что право регулирует правовые отношения⁷⁵⁶. «Право регулирует фактические общественные отношения, которые именно в силу этого регулирования и принимают форму правовых отношений», – писал Н.Г. Александров⁷⁵⁷. При этом он замечает, что фактическое общественное отношение, приняв форму правоотношения, не перестает быть тем общественным отно-

⁷⁵¹ См.: Александров Н.Г. Правовые и производственные отношения в социалистическом обществе // Вопросы философии. – 1957. – № 1. – С. 17; Он же. Трудовое правоотношение, 1948. гл. 1.

⁷⁵² См.: Александров Н.Г. Правовые и производственные отношения в социалистическом обществе // Вопросы философии. – 1957. – № 1 – С. 46.

⁷⁵³ См.: Александров Н.Г. Законность и правоотношения в советском обществе. – М.: Госюриздат, 1955. – С. 97.

⁷⁵⁴ См.: Александров Н.Г. Право и законность в период развернутого строительства коммунизма. – М.: Госюриздат, 1961. – С. 195–196.

⁷⁵⁵ Там же. - С. 204.

⁷⁵⁶ См.: Иоффе О. С. Правоотношение по советскому гражданскому праву / Отв. ред.: Аскназий С.И. – Л.: Изд-во Ленингр. ун-та, 1949. – С. 19.

⁷⁵⁷ Александров Н.Г. Законность и правоотношения в советском обществе. – М.: Госюриздат, 1955. – С. 94.

шением, которое составляет для норм права объект правового регулирования⁷⁵⁸.

На то, что норма права имеет первичный характер к правовому отношению, указывают многие современные авторы. Например, к такому выводу приходит Н.Н. Вопленко, который пишет, что «...норма права в своем существовании первична, а правоотношение – вторично, производно от нормы»⁷⁵⁹.

Н.Г. Александров понимал волевой характер правоотношения в социально-нормативном смысле. Он писал: «Для того чтобы то или иное общественное отношение могло принять форму правового отношения, требуются прежде всего два условия: во-первых, необходимо, чтобы данное общественное отношение выражалось или могло выражаться в актах волевого поведения людей; во-вторых, необходимо, чтобы оно регулировалось возведенной в закон волей господствующего класса, т.е. нормами права»⁷⁶⁰.

Исходя из такого понимания волевого характера правового отношения, Н.Г. Александров выражал свое несогласие с точкой зрения, высказанной М.С. Строговичем и С.А. Голунским, которые считали, что «...вступление в любое правоотношение предполагает акт воли его участников»⁷⁶¹. Н.Г. Александров убедительно доказал и привел примеры возникновения различных правоотношений, в которых не обязательно наличие волевых моментов его участников (административный акт, событие и т.п.)⁷⁶². Кроме того, Н.Г. Александров отстаивал идею о неспособности волевых актов участников общественного отношения самих по себе придать данному общественному отношению правовой характер⁷⁶³. И отмечал, в этой связи, творческую роль норм права. «Не индивидуальные волевые акты, а социально-классовая воля, выраженная в юридической норме, придает определенным общественным отношениям форму правовых отношений»⁷⁶⁴. Таким образом, волевой характер правовых отношений по Н.Г. Александрову, проявляется в нормативном воздействии на общественные отношения, поскольку они могут выражаться в волевых актах людей. Он пишет: «... правовые отношения являются волевыми отношениями в том смысле, что они являются продуктом регулирующего

⁷⁵⁸ Там же. – С. 98.

⁷⁵⁹ Вопленко Н.Н. Правовые отношения: Учебное пособие. – Волгоград: Изд-во ВолГУ, 2004. – С. 12.

⁷⁶⁰ Александров Н.Г. Трудовое правоотношение. – М.: Юрид. изд-во МЮ СССР, 1948. – С. 73.

⁷⁶¹ Голунский С.А. Строгович М.С. Теория государства и права. Учебник. – М.: Юрид. изд-во НКЮ СССР, 1940. – С. 273.

⁷⁶² См.: Александров Н.Г. Юридическая норма и правоотношение. Сокращенная стенограмма доклада, прочитанного на научной сессии института 6 мая 1946 г. / Под ред.: Голяков И.Т. – М. – 1947. – С. 13.

⁷⁶³ Там же.

⁷⁶⁴ Там же. – С. 95.

воздействия на общественные отношения правовых норм, которые выражают волю класса и обращенных к воле участников правовых отношений»⁷⁶⁵.

Такое понимание волевого характера правового отношения имеет место и в работах современных авторов, с той только разницей, что нет ссылки на классовую волю. Так, Н.Н. Вопленко указывает: «Выраженная в праве государственная воля содержит в себе юридически признанную и гарантированную свободу деятельности участников правовых отношений и, одновременно, непосредственную или потенциальную возможность государства проводить свою волю в жизнь. Другими словами, личная свобода в поведении субъектов правоотношения находится под своеобразным патронажем государственной воли»⁷⁶⁶.

Н.Г. Александров различал общественные отношения, которые только и возникают как отношения правовые, так как люди сами не могут вступить в такие отношения, если нет соответствующей нормы права⁷⁶⁷. В качестве примера такого рода правоотношений он приводил пенсионное правоотношение. С ним не соглашался С.Н. Братусь, замечая, что в данном случае «право лишь оформляет, регулирует распределение части общественного продукта, предназначенного для обеспечения нетрудоспособных»⁷⁶⁸.

Однако точка зрения Н.Г. Александрова была воспринята в юридической науке. Так, например, Н.Н. Вопленко различает две основные разновидности правоотношений: а) отношения, имеющие своим содержанием разнообразные экономические, политические, социокультурные, образовательные, бытовые и прочие виды человеческой деятельности; б) отношения юридические в «чистом виде», то есть, изначально возникающие на основе норм права как процесс и результат сугубо юридической деятельности, например, действия следователя по уголовному делу или рассмотрение и разрешение в судах юридических дел⁷⁶⁹.

Н.Г. Александров рассматривал правоотношение под тройным углом зрения. Применительно к лицу, наделенному охраняемой государством возможностью требования известного поведения от другого лица, правоотношение выступает как субъективное право, правомочие. Применительно к лицу, связанному известными долженствованиями правоотношение выступает в виде юридической обязанности. И наконец, третий угол зрения, когда правоотношение выступает в виде неразрывного сочетания, с одной стороны,

⁷⁶⁵ Александров Н.Г. Некоторые вопросы учения о правоотношении // Труды научной сессии Всесоюзного института юридических наук, 1 – 6 июля 1946 г. – М.: Юрид. изд-во МЮ СССР, 1948. – С. 36.

⁷⁶⁶ Вопленко Н.Н. Правовые отношения: Учебное пособие. – Волгоград: Изд-во ВолГУ, 2004. – С. 15.

⁷⁶⁷ Александров Н.Г. Законность и правоотношения в советском обществе. – М.: Госюриздат, 1955. – С. 98.

⁷⁶⁸ Братусь С.Н. Александров Н.Г. Законность и правоотношения в советском обществе. – М.: Госюриздат, 1955. – 175 с. // Советское государство и право. – М.: Наука, 1956. – № 10. – С. 132.

⁷⁶⁹ См.: Вопленко Н.Н. Правовые отношения: Учебное пособие. – Волгоград: Изд-во ВолГУ, 2004. – С. 10.

охраняемого государством возможного поведения одного лица и, с другой стороны, соответственно должного поведения другого лица. Таким образом, Н.Г. Александров пришел к выводу, что категория правоотношения, категория субъективного права и категория юридической обязанности выражает не три различных явления, а одно и то же явление, рассматриваемое в различных аспектах⁷⁷⁰. Данный вывод подкрепляется следующими его словами: «Общественное отношение принимает форму правоотношения именно тогда и постольку, когда и поскольку связь его участников выражается в правах и юридических обязанностях»⁷⁷¹.

Н.Г. Александров видел в правовом отношении не только двустороннюю, но и трехстороннюю связь. Его идея о том, что правовое отношение «всегда есть не только отношение между «А» и «Б», но также и отношение «А» к государству и отношение «Б» к государству», обосновывается положением о возможности сторон требовать друг от друга известного поведения, опираясь на защиту государства в лице его органов, осуществляющих юрисдикцию⁷⁷².

Таким образом, Н.Г. Александровым доказывалась идея неразрывной связи правоотношений и государства. По его мнению, если право есть ничто без аппарата, способного принуждать к соблюдению норм права, то и правоотношение – ничто без государства, охраняющего правомочия и побуждающего исполнять обязанности.

В одной из первых статей, посвященных теории правоотношения, Н.Г. Александров определил его как «... особую связь между лицами, характеризующуюся наличием у одного лица защищаемой государством возможности требовать от другого лица такого поведения, которое согласно выраженной в юридической норме классовой воле является должным поведением при данных обстоятельствах»⁷⁷³.

В дальнейшем Н.Г. Александров разработал общее понятие правоотношения в котором стал видеть отношение между людьми (или организациями людей), в котором их связь состоит в правомочиях и соответствующих им юридических обязанностях⁷⁷⁴. Так, Н.Г. Александров не соглашался с авторами учебника по гражданскому праву под редакцией М.М. Агаркова и Д.М. Генкина, вышедшего в 1944 году, которые утверждали, что правоотношение

⁷⁷⁰ См.: Александров Н.Г. Некоторые вопросы учения о правоотношении // Труды научной сессии Всесоюзного института юридических наук, 1 – 6 июля 1946 г. – М.: Юрид. изд-во МЮ СССР, 1948. – С. 31.

⁷⁷¹ Александров Н.Г. Законность и правопорядок в социалистическом обществе // Советское государство и право. – М.: Наука, 1955. – № 5. – С. 11.

⁷⁷² См.: Александров Н.Г. Трудовое правоотношение. – М.: Юрид. изд-во МЮ СССР, 1948. – С. 83.

⁷⁷³ Александров Н.Г. Некоторые вопросы учения о правоотношении // Труды научной сессии Всесоюзного института юридических наук, 1 – 6 июля 1946 г. – М.: Юрид. изд-во МЮ СССР, 1948. – С. 32.

⁷⁷⁴ См.: Александров Н.Г. Законность и правоотношения в советском обществе. М.: Госюриздат, 1955. С. 89; Его же. Право и законность в период развернутого строительства коммунизма. – М.: Госюриздат, 1961. – С. 244.

«устанавливает» права и обязанности сторон⁷⁷⁵. Он указывает, что правоотношение «всегда выражает такую общественную связь, которая применительно к одной стороне выступает как субъективное право, а применительно к другой стороне – как юридическая обязанность»⁷⁷⁶. Такое понятие правоотношения, выражающее его специфику, получило широкое распространение как в трудах его учеников, так и в работах других советских ученых⁷⁷⁷.

Развивая положение Н.Г. Александрова о двусторонне обязывающем характере правового отношения, его ученик В.М. Горшенев пришел к выводу, что именно указание на такое состояние поведения сторон правоотношения, когда одной стороне предоставлена возможность определить характер социальной связи, а на другую возложена обязанность реагировать на поведение управомоченной стороны, составляет существенный момент в характеристике правоотношения как формы осуществления права⁷⁷⁸.

Далее остановимся на обосновании Н.Г. Александровым элементов правового отношения, так как они также имеют свою специфику.

Н.Г. Александров являлся противником включения в состав элементов правоотношения таких явлений как субъект правоотношения и его объект. Поэтому основное свое внимание он уделял категориям субъективного права и юридической обязанности, а также юридическим фактам. Так, он писал, что «правоотношение возникает между субъектами, а не субъекты возникают вместе с правоотношением в качестве его элементов» и «...понятие субъекта права должно связываться с правоспособностью, а не с составом конкретных правоотношений»⁷⁷⁹. Хотя Н.Г. Александров и не являлся сторонником обозначения субъекта правового отношения в качестве его элемента, он обращал внимание на то обстоятельство, что для того, чтобы общественное отношение приняло форму правоотношения, на обеих сторонах этого отношения должны выступать субъекты, наделенные правоспособностью⁷⁸⁰.

Характеризуя правоспособность, Н.Г. Александров рассматривал ее как особое общественное отношение между лицом и государством. Эта характе-

⁷⁷⁵ См.: Агарков М.М., Братусь С.Н., Генкин Д.М., Серебровский В.И., и др. Гражданское право. Учебник. Т. 1 / Под ред.: Агарков М.М., Генкин Д.М. – М.: Юрид. изд-во НКЮ СССР, 1944. – 419 с.

⁷⁷⁶ Александров Н.Г. Законность и правоотношения в советском обществе. – М.: Госюриздат, 1955. – С. 113.

⁷⁷⁷ См.: Карева М.П. Некоторые методологические вопросы учения о социалистических правоотношениях // О социалистических правоотношениях. Тезисы докладов. – М., 1956. – С. 9; Явич Л. С. Проблемы правового регулирования советских общественных отношений. – М.: Госюриздат, 1961. – С. 124; Кечекьян С.Ф. Правоотношения в социалистическом обществе / Отв. ред.: Строгович М.С. – М.: Изд-во АН СССР, 1958. – С. 10; Иоффе О. С. Правоотношение по советскому гражданскому праву / Отв. ред.: Аскназий С.И. – Л.: Изд-во Ленингр. ун-та, 1949. – С. 18.

⁷⁷⁸ См.: Горшенев В.М. Способы и организационные формы правового регулирования в социалистическом обществе. – М.: Юрид. лит., 1972. – С. 48.

⁷⁷⁹ Александров Н.Г. Трудовое правоотношение. – М.: Юрид. изд-во МЮ СССР, 1948. – С. 259.

⁷⁸⁰ Там же. – С. 164.

ристика распространялась им и другими авторами на правовой статус и правосубъектность в целом⁷⁸¹. Так, например, он отмечал, что правоспособность «надо рассматривать как своеобразное, длящееся отношение между лицом и государством, отношение, обуславливающее возможность для лица при наличии фактических условий, предусмотренных юридической нормой, становиться участником правоотношения того или иного вида, то есть обладать теми или иными правомочиями и нести те или иные обязанности»⁷⁸². В другой своей работе Н.Г. Александров писал: «Правоспособность представляет собой длящееся отношение между лицом и государством, отношение, определяющее позицию лица в его взаимоотношениях с другими лицами»⁷⁸³. Это длящееся отношение между лицом и государством понималось им в том плане, что правоспособность – ничто без государства, признающего за лицом известные правовые возможности. «Правоспособность, представляя собой признаваемую государством возможность лица быть субъектом правовых отношений, реализуется в конкретных правомочиях и обязанностях»⁷⁸⁴.

На основании данного положения его ученик А.В. Мицкевич сделал вывод о том, что правосубъектность имеет особое, основополагающее значение для правового регулирования поведения граждан и организаций: она служит предпосылкой конкретных взаимоотношений между ними, предопределяет содержание поведения лица или организации в различных жизненных ситуациях⁷⁸⁵.

Н.Г. Александров, различал среди субъектов советского права Советское государство, граждан, юридические лица и органы советского государства как субъектов властной компетенции. Однако его ученик, А.В. Мицкевич, исходил из деления всех субъектов права на отдельных физических лиц и организации, имея в виду, что это деление имеет важное практическое значение, в особенности для определения субъекта имущественной ответственности⁷⁸⁶.

В отношении объекта правоотношения Н.Г. Александровым отстаивалась позиция, согласно которой объектом не могут выступать действия обязанного субъекта, которые вправе от него требовать уполномоченный субъект. Он указывает, что эти действия составляют содержание соответствующей обязанности, а не объект права. Объектом правоотношения Н.Г. Александров называет вещь или продукт духовного производства, по поводу ко-

⁷⁸¹ Там же. – С. 164; Его же. Законность и правоотношения в советском обществе. – М.: Госюриздат, 1955. – С. 134-135; Мицкевич А.В. Субъекты советского права. – М.: Госюриздат, 1962. – С. 13.

⁷⁸² Александров Н.Г. Законность и правоотношения в советском обществе. – М.: Госюриздат, 1955. – С. 134.

⁷⁸³ Александров Н.Г. Трудовое правоотношение. – М.: Юрид. изд-во МЮ СССР, 1948. – С. 165.

⁷⁸⁴ Там же. – С. 165.

⁷⁸⁵ См.: Мицкевич А.В. Субъекты советского права. – М.: Гос. изд-во юрид. лит-ры, 1962. – С. 13.

⁷⁸⁶ Там же. – С. 35.

того возникает соответствующее правоотношение и приводит в пример название Главы III Общей части ГК РСФСР – «Объекты прав (имущества)». На основании своих выводов об объекте правоотношения он приходит к заключению о том, что объект не всегда может трактоваться как элемент правоотношения. «Только в тех случаях, когда правоотношение между субъектами возникает по поводу вещей (или объективированных продуктов «духовного» производства), в состав элементов такого правоотношения входит объект (причем именно объект правоотношения, а не только субъективного права)»⁷⁸⁷.

Н.Г. Александров, возражая против точки зрения, отбрасывающей имущественные объекты, утверждал, что такая теория воспроизводит буржуазную теорию, согласно которой все граждане, и бедняк и капиталист, имеют равные права, поскольку объект права – не имущество, а действие или воздержание от действий, и, следовательно, уже не имеет значения вопрос о том, какая собственность у бедняка и у капиталиста. Согласно такой теории, имущественный объект при сдаче в наем имущества, завода, лошади или своей рабочей силы не имеет значения, так как важно действие. Классовый смысл этой «теории» очевиден. Н.Г. Александров подчеркивал, что нельзя отрывать производственные отношения от объектов правоотношений. «Производственные отношения – это, прежде всего, отношения по поводу средств производства. В юридических отношениях средства производства это объекты правоотношений. Как иначе объяснить, что такое государственная, кооперативно-колхозная или личная собственность?»⁷⁸⁸.

Здесь необходимо отметить, что в этом вопросе Н.Г. Александров был не совсем последователен. Сегодня стало очевидным, что объектами правовых отношений могут выступать, и вещи, продукты материальной и духовной деятельности людей, личные нематериальные блага, и сама человеческая деятельность и нематериальные блага личного или общественного характера.

Одновременно с другими советскими учеными – С.Н. Братусем, А.В. Венедиктовым, С.Ф. Кечекьяном – Н.Г. Александров разработал структуру субъективного юридического права, состоящего из трех элементов: возможности собственного поведения, возможности требовать известного поведения от других лиц и притязания, т. е. обращения к органам государства за защитой своих прав. Хотя с такой трактовкой субъективного права не соглашался О.С. Иоффе, который указывал, что возможность прибегнуть, в необходимых случаях, к принудительной силе государственного аппарата, существует не параллельно с другими, закрепленными в субъективном праве возможностями, а свойственна им самим, так как без этого они не были бы юридическими возможностями⁷⁸⁹.

⁷⁸⁷ Александров Н.Г. Тезисы доклада на тему: «Некоторые спорные вопросы учения о правоотношении» // ЦАГМ. Ф. 3038. Оп. 1. Д. 392. Л. 39.

⁷⁸⁸ В Институте права Академии наук СССР. Обсуждение макета учебника "Теория государства и права" // Советское государство и право. – 1954. – № 6 – С. 120.

⁷⁸⁹ См.: Иоффе О.С., Шаргородский М.Д. Вопросы теории права. – М.: Госюриздат, 1961. – С. 225.

В теоретическом отношении особенно важно то, что Н.Г. Александров, анализируя право в объективном и субъективном смысле, убежденно выдвигает и развивает идею неразрывного единства этих категорий, но с определенной оговоркой, что «объективное» и «субъективное» право – суть условные названия, указывающие лишь на то, что, в первом случае, слово «право» употребляется для обозначения совокупности правовых норм, а во втором – для обозначения возможного поведения тех или иных субъектов, гарантированного защитой мерами государственного принуждения⁷⁹⁰. Он указывал на то, что субъективное право не может быть противопоставлено праву в объективном смысле, поскольку понятие субъективного права, является производным от понятия права в объективном смысле, от понятия права как особой разновидности социальных норм⁷⁹¹. Под субъективным правом Н.Г. Александров понимал предусмотренное правовой нормой возможное поведение, гарантированное государственной защитой против тех лиц, которые будут ему препятствовать или откажутся его обеспечить положительными действиями, предусмотренными правовой нормой⁷⁹². Под юридической обязанностью Н.Г. Александров понимал предусмотренное правовой нормой должное поведение, несоблюдение которого влечет применение тех или иных государственных санкций⁷⁹³.

Н.Г. Александров в своих работах отстаивал точку зрения о том, что правомочие и обязанность не существуют независимо друг от друга. Он указывает: «Если мы утверждаем, что кто-то имеет то или иное субъективное право, то тем самым мы предполагаем наличие соответствующей обязанности у другого лица (или других лиц). Иными словами, утверждение о наличии того или иного субъективного права есть, следовательно, утверждение о наличии определенного правоотношения. С другой стороны, утверждение, что на данном субъекте лежит известная юридическая обязанность, является в то же время констатацией соответствующего правомочия другого субъекта. Следовательно, говоря об юридической обязанности, мы тем самым также утверждаем о наличии правоотношения»⁷⁹⁴. Исходя из данного положения он делает вывод, что правоотношение – есть, как минимум, одно правомочие у одного лица и, одновременно, соответствующая обязанность у другого субъекта. На основании этого Н.Г. Александров не соглашался со словами Г.Ф. Шершеневича, считавшего, что существуют правоотношения, в частности публично-правовые, в которых не приходится говорить о наличии правомо-

⁷⁹⁰ См.: Александров Н.Г. Законность и правопорядок в социалистическом обществе // Советское государство и право. – 1955. – № 5. – С. 10.

⁷⁹¹ См.: Александров Н.Г. Некоторые вопросы учения о правоотношении // Труды научной сессии Всесоюзного института юридических наук, 1 – 6 июля 1946 г. – М.: Юрид. изд-во МЮ СССР, 1948. – С. 31.

⁷⁹² Там же.

⁷⁹³ См.: Александров Н.Г. Законность и правопорядок в социалистическом обществе // Советское государство и право. – 1955. – № 5. – С. 10.

⁷⁹⁴ Александров Н.Г. Трудовое правоотношение. М.: Юрид. изд-во МЮ СССР, 1948. – С. 257–258.

чия у должностных лиц⁷⁹⁵. Н.Г. Александров обосновывает свое несогласие указанием на то, что «осуществление должностным лицом своих должностных прав входит, в то же время, в содержание обязанности должностного лица по другому правоотношению (с вышестоящими органами)»⁷⁹⁶.

Кроме того, Н.Г. Александровым в отношении неразрывной связи субъективного права и юридической обязанности было обращено внимание на то обстоятельство, что «...неисполнение обязанности будет всегда нарушением соответствующего права, а нарушение права всегда означает неисполнение соответствующей обязанности»⁷⁹⁷.

Определенное влияние на развитие теории юридического факта оказало предложенное Н.Г. Александровым понятие юридического факта. Под юридическим фактом он понимал «жизненные факты определенного вида (или же комплексы таких фактов), с которыми право связывает возникновение, либо изменение, либо прекращение субъективных прав и соответствующих юридических обязанностей»⁷⁹⁸.

Таким образом, Н.Г. Александров пришел к выводу о том, что юридическим фактом является не само правоотношение, а основание его возникновения.

Его ученица З.Д. Иванова развила данное положение. Она писала, что о существовании любого правоотношения можно судить лишь на основании наличия юридического факта, являющегося основанием возникновения этого правоотношения⁷⁹⁹. Она отмечала, что в ряде случаев наступление последующего юридического факта зависит от наступления предыдущего юридического факта.

Предложенное Н.Г. Александровым определение состава юридического факта, вызвало недопонимание и даже возражения в советской юридической науке. Н.Г. Александров предложил понимать под составом юридического факта «совокупность признаков, при наличии которых соответствующий жизненный факт (комплекс фактов), с точки зрения социалистического государства, выражающего интересы трудящихся, должен влечь те или иные юридические последствия для лиц, которых данный факт касается»⁸⁰⁰. В связи с чем, О. А. Красавчиков, полемизируя с Н.Г. Александровым, возражал: «юридические факты отличаются от иных фактов реальной действительности только тем, что с ними закон связывает определенные юридические послед-

⁷⁹⁵ См.: Шершеневич Г.Ф. Общая теория права. Вып. 3. – М.: Изд. Бр. Башмаковых, 1912. – С. 572.

⁷⁹⁶ Александров Н.Г. Трудовое правоотношение. – М.: Юрид. изд-во МЮ СССР, 1948. – С. 257–258.

⁷⁹⁷ Там же. – С. 257.

⁷⁹⁸ Александров Н.Г. Право и законность в период развернутого строительства коммунизма. – М.: Госюриздат, 1961. – С. 242–243.

⁷⁹⁹ См.: Иванова З.Д. Основания возникновения правоотношений по советскому праву. Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. – М., 1951. – С. 5.

⁸⁰⁰ Александров Н.Г. Законность и правоотношения в советском обществе. – М.: Госюриздат, 1955. – С. 174.

ствия. У юридических фактов каких-либо иных отличий от всех других «жизненных» фактов нет. Следовательно, говоря о составе факта, имеющего юридическое значение, необходимо иметь в виду, что перед нами определенное явление реальной действительности, существующей вне нас и независимо от нашего сознания... Состав юридического факта тот же, что и у всех других фактов реальной действительности – это явления и процессы, но не признаки явлений и процессов»⁸⁰¹. С. С. Алексеев также считал искусственным конструирование состава юридического факта, ссылаясь на невозможность выявления общих признаков для правомерных действий и действий неправомерных, и недопустимость использования этого понятия в отношении событий⁸⁰². Однако в современной российской цивилистике эта идея Н.Г. Александрова нашла поддержку у М.А. Рожковой, которая пишет, что понятия «юридический факт» и «состав юридического факта» взаимосвязаны, но не тождественны; состав юридического факта неотделим от самого юридического факта. «Для понимания природы состава юридического факта, – пишет М.А. Рожкова, – необходимо иметь в виду, что его элементами являются лишь те признаки, условия, характеристики, которым норма права придает юридическое значение и которые характеризуют правовую модель обстоятельства»⁸⁰³.

Н.Г. Александров, развивая свое положение о том, что в гипотезе правовой нормы всегда указывается на те фактические жизненные обстоятельства, при наличии которых у людей, находящихся при данных обстоятельствах, возникают правомочия или юридические обязанности, предусмотренные диспозицией данной нормы, приходит к выводу, что жизненные факты сами по себе не обладают каким-то самостоятельным свойством быть или не быть юридическими фактами. «Они становятся юридическими, – писал он, – только тогда, когда такое значение придается им нормами права»⁸⁰⁴. Итак, предпосылками возникновения конкретного правового отношения Н.Г. Александров называл наличие нормы права, регулирующей данный вид общественного отношения, наличие правоспособных субъектов и наличие факта, который действующее право считает основанием возникновения соответствующего юридического отношения⁸⁰⁵.

На примере введения в теоретический фонд правоведения категории «механизм правового воздействия» и разработки понятия правового отноше-

⁸⁰¹ Красавчиков О. А. Юридические факты в советском гражданском праве. – М.: Юридическая литература, 1958. – С. 18, 19.

⁸⁰² См.: Алексеев С.С. О составе гражданского правонарушения // Правоведение. – 1958. – № 1. – С. 50.

⁸⁰³ Рожкова М. Хозяйство и право: Юридические факты в гражданском праве. Приложение к ежемесячному юридическому журналу. – 2006. – № 7. – С. 12.

⁸⁰⁴ Александров Н.Г., Калинычев Ф.И., Студеникин С.С., Шебанов А.Ф. Теория государства и права. Учебник. – М.: Госюриздат, 1958. – С. 282-283.

⁸⁰⁵ См.: Александров Н.Г. Некоторые вопросы учения о правоотношении // Труды научной сессии Всесоюзного института юридических наук, 1 – 6 июля 1946 г. – М.: Юрид. изд-во МЮ СССР, 1948. – С. 39.

ния, можно наиболее рельефно проиллюстрировать влияние теоретической мысли Н.Г. Александрова на развитие современной теории права. Механизм правового воздействия, предложенный Н.Г. Александровым, в основном охватывает многое из того, что сегодня некоторые ученые предлагают называть правом в его широком понимании, охватывающем все юридические явления, начиная от правосознания и кончая реализацией прав и обязанностей⁸⁰⁶. Но, в отличие от широкого понимания права, Н.Г. Александров не включал в механизм правового воздействия предпосылки права, в том числе правосознание, и выделял главный элемент правового регулирования, которым он считал правовые нормы.

Глава 3. Русские монархисты второй половины XIX века о выборах, как способе формирования органов власти (Тушканов И.В.)

Аннотация

Работа посвящена анализу взглядов видных русских монархистов второй половины XIX в. на выборы, как способ формирования органов государственной власти. На основе ряда политико-правовых работ делается обоснованный вывод, о том, что взгляды мыслителей-монархистов продолжают сохранять свою актуальность, поскольку с одной стороны, учитывают государственно-правовые особенности России, а с другой стороны, недостатки избирательной системы, выявленные в XIX в. продолжают существовать и в современных странах.

Ключевые слова: выборы, избирательная система, монархизм, Россия, Данилевский Н.Я., Катков М.Н., Леонтьев К.Н., Победоносцев К.П., Самарин Ю.Ф., Тихомиров Л.А.

Tushkanov Igor Valentinovich – Associate Professor of Theory and History of Law and State of Volgograd Academy of Public Service, candidate of historical sciences, candidate of juridical sciences, docent.

Annotation

Russian monarchists of second half of XIX century of the election as a way of formation of authorities.

This article analyzes the views of prominent Russian monarchists second second half of the XIX to the elections as a way of forming bodies of state power. Through a series of political and legal work done substasntiate concluded that the views of thinkers-monarchists still preserves its relevance, because of the one hand, consider the state-legal features of Russia, on the other hand, the disadvantages of voters system identified in the XIX century continue to exist and co-temporal world.

⁸⁰⁶ См.: Керимов Д. А. Философские основания политико-правовых исследований. – М.: Мысль, 1986. – С. 193-196.

Keywords: elections, electoral system, N.Y. Danilevsky, M.N. Katkov, K.N. Leontiev, monarchism, Russia, K.P. Pobedonostsev, J.F. Samarin, L.A. Tikhomirov.

Многими учеными в области государства и права признается, что заимствованные в Западной Европе либерально-демократические ценности оказались несоответствующими политико-правовым условиям, и самое главное, историческим традициям России. В результате перед отечественными учеными-государствоведами (юристами, политологами, историками, философами) до сих пор стоит задача поиска оптимальной формы государственно-правового устройства. Как отмечал в 2005 г. Президент России В.В. Путин, «мы должны были найти собственную дорогу к строительству демократического, свободного и справедливого общества и государства»⁸⁰⁷. Ведь в действительности западные либерально-демократические политические механизмы, и, прежде всего, выборы являются лишь правовым оформлением жестокой борьбы за власть внутри политической и экономической элиты. В России же исход выборов во многом зависит от харизматичности того или иного лидера, его умения сплотить вокруг себя широкие круги общества. В связи с этим необходимо более внимательное изучение работ о проблеме выборов и избирательного права тех политических и правовых мыслителей, которые исходили из традиционных российских духовно-нравственных ценностей, стояли на твердой основе почвенничества, в том числе придерживались монархических взглядов. Среди них можно выделить известного общественного деятеля Ю.Ф. Самарина; замечательных публицистов М.Н. Каткова и К.Н. Леонтьева; выдающегося государственного деятеля и политического мыслителя К.П. Победоносцева; теоретиков-государствоведов Н.Я. Данилевского и Л.А. Тихомирова.

Прежде всего, русские монархисты указывали на иллюзорность представительной демократии и всей системы выборов. При этом они исходили из основополагающего постулата Православной Церкви. «Источник власти один – Бог. – писал по этому вопросу митрополит Иоанн. – Люди сами по себе не являются источниками власти, как бы много их ни было, в каком бы взаимном согласии они ни находились. Народовластие, «народное представительство», с точки зрения христианства, – абсурд. Народ не может никому поручить свою «власть», ибо у него этой власти просто нет»⁸⁰⁸. Примерно тоже самое отмечал Ю.Ф. Самарин: «народ не может быть ни непосредственно, ни посредственно действующим лицом в какой бы то ни было конституционной форме правления»⁸⁰⁹, поскольку в любом случае все жизненно важные вопросы в государстве будет решать элита. Проанализировав поли-

⁸⁰⁷ Послание Президента России В.В. Путина Федеральному Собранию РФ. // Журнал Российского права. – 2005. – № 5. – С. 4.

⁸⁰⁸ Митрополит Иоанн. Самодержавие духа. Очерки русского самосознания. – СПб., 1994. – С. 91.

⁸⁰⁹ Самарин Ю.Ф. Статьи. Воспоминания. Письма. – М., 1997. – С. 97.

тическую практику США и буржуазно-демократических государств Западной Европы К.П. Победоносцев высказал справедливую мысль о проблеме всеобщего избирательного права: «Расширяя свое основание, новейшая демократия ставит ближайшею себе целью всеобщую подачу голосов – вот роковое заблуждение, одно из самых поразительных в истории человечества. Политическая власть, которая так страстно добивается демократия, раздробляется в этой форме на множество частиц, и достоянием каждого гражданина становится бесконечно малая доля этого права. Что он с нею сделает, куда употребит ее?... Единицы сами по себе бессильны; но тот, кто сумеет прибрать к себе большое количество этих фрагментов силы, становится господином силы, господином управления и решителем воли. В чем же, спрашивается, действительное преимущество демократии перед другими формами правления? Повсюду, кто оказывается сильнее, тот и становится господином управления»⁸¹⁰. Таким образом, в реальной политике представительный орган (парламент) является выразителем интересов и мнения не народа, а незначительной его доли – политически и экономически активной части. Причем часто представительный орган присваивает себе значительно больше полномочий, чем предполагали его избиратели. Классическим примером в этом отношении является появление полновластного Учредительного Собрания во Франции 9 июля 1789 г. членами которого стали делегаты, избираемые для законосовещательных Генеральных Штатов. Как справедливо указывает В.Г. Румянцева: «В лице своей правительственной власти государство ограничено действующим положительным правом, а законодательной – свободно от него. Аргументом являлось отсутствие ограничения положительным правом при законотворчестве государства, а значит опять возвращение к авторитаризму и беспределу той же власти, скрывающейся под демократическим наименованием»⁸¹¹. Словно предугадывая это и понимая как введение парламента может отразиться на России, К.Н. Леонтьев писал: «Никакое польское восстание и никакая пугачевщина не могут повредить России так, как могла бы ей повредить очень мирная, очень законная демократическая конституция»⁸¹². Прежде всего, это связано с государственно-правовыми особенностями России, развитие которой проходило по совершенно иным законам, чем стран Западной Европы. Надо отметить, что в современной юридической науке, в принципе, такой подход считается вполне закономерным. Как отмечает А.Н. Поляков: «Взгляд на Россию как на особую цивилизацию восходит к трудам Н.Я. Данилевского, А.Д. Тойнби, Г.В. Вернадского и в наше время воспринимаются позитивно. Понятие «русская» или «российская цивилизация», можно сказать, стала привычным»⁸¹³. Характерными осо-

⁸¹⁰ Победоносцев К.П. Сочинения. – СПб., 1996. – С. 277 – 278.

⁸¹¹ Румянцева В.Г. Теория разделения властей в русской либеральной правовой мысли конца XIX – начала XX века. // История государства и права. – 2003. – № 6. – С. 28.

⁸¹² Леонтьев К. Н. Византизм и славянство / Леонтьев К. Н. Восток, Россия и славянство. М., 1996. С. 106.

⁸¹³ Поляков А.Н. Образование древнерусской цивилизации. // Вопросы истории. – 2005. – № 3. – С. 72.

бенностями российской цивилизации выступают соборность, коллективизм, что во многом определялось и определяется условиями самого существования народа, когда размеры государства требовали высокой степени централизации, подчинения всей социальной жизни государственному интересу⁸¹⁴. Следовательно, перенимать чужой опыт необходимо с учетом данных особенностей. Как справедливо утверждает профессор О.В. Мартышин: «Принудительное насаждение, а также обезьянивание, слепая вера в совершенство заимствуемых институтов не дают ожидаемого эффекта»⁸¹⁵. Нет никакого сомнения, что данное положение относится и к выборам, как способу формирования высших органов государственной власти.

По мнению другого видного монархиста второй половины XIX в. Н.Я. Данилевского, каждому культурно-историческому типу (цивилизации) соответствует своя форма правления: один тип (например, романо-германский) создает республику или ограниченную монархию, другой (например, славянский) – неограниченную монархию, самодержавие. Критикуя в связи с этим российских либералов-западников, Николай Яковлевич писал, что болезнь «европейничания», «иссушив самобытный родник народного духа», может «лишить историческую жизнь русского народа внутренней созидательной силы, а, следовательно, сделать бесполезным, излишним самое его существование; ибо все, лишённое внутреннего содержания, составляет лишь исторический хлам, который собирается и в огонь вметается в день исторического суда»⁸¹⁶. По его мнению, именно создание выборного всероссийского органа уничтожит главные отличительные черты государственно-правового развития России.

Фактически, основное различие между республикой и монархией заключается в том, кто более точно и адекватно представляет народные интересы: президент, депутаты или монарх, ответственный перед Богом за судьбу своей страны и ее жителей. Естественно, что, по мнению монархистов, именно наследственная власть обеспечивает интересы всего народа. «Идея монархической верховной власти – писал Л.А. Тихомиров, – состоит не в том, чтобы выражать собственную волю монарха, основанную на мнении нации, а в том, чтобы выражать народный дух, народный идеал, выражать то, что думала бы и хотела бы нация, если бы стояла на высоте своей собственной идеи»⁸¹⁷. Тогда как избранные депутаты, в самом лучшем случае, будут только следовать за настроениями и пожеланиями масс. Такая ситуация может привести (и как показывает практика – приводит) к весьма печальным последствиям для стабильности государства и общества.

Объективно оценивая ситуацию в тех западноевропейских странах, где реальная политическая власть принадлежала парламенту (Великобритания, Франция) К.П. Победоносцев писал: «Испытывая в течение веков гнет само-

⁸¹⁴ См.: Орлова И.Б. Евразийская цивилизация. – М., 1998. – С. 34.

⁸¹⁵ Мартышин О.В. Национальная политическая и правовая культура в контексте глобализации. // Государство и право. – 2005. – № 4. – С. 11.

⁸¹⁶ Данилевский Н. Я. Россия и Европа. М., 1991. – С. 299.

⁸¹⁷ Тихомиров Л.А. Монархическая государственность. – СПб., 1992. – С. 576.

властия в единоличном и олигархическом правлении и не замечая, что пороки единовластия суть пороки самого общества, которое живет под ним, – люди разума и науки возложили всю вину бедствия на своих властителей и на форму правления и представили себе, что с переменою этой формы на форму народовластия или представительного правления – общество избавится от своих бед и терпимого насилия. Что же вышло в результате? Вышло то, что все осталось, в сущности, по-прежнему, и люди, оставаясь при слабостях и пороках своей натуры, перенесли на новую форму все прежние свои привычки и склонности. Как прежде, правит ими личная воля и интерес привилегированных лиц; только эта личная воля осуществляется уже не в лице монарха, а в лице предводителя партии, и привилегированное положение принадлежит не родовым аристократам, а господствующему в парламенте и правлении большинству»⁸¹⁸. Но это еще полбеды. Ситуация усугубляется тем, что в парламентах многих стран постоянно наблюдается неспособность депутатов поступиться личными или партийными интересами для решения общенациональных государственных задач. На это обстоятельство указывал еще в 1875 г. М.Н. Катков: «Чтобы ни ожидало Францию при возобновлении сессии (Национального Собрания – И.Т.), самый факт прекращения парламентских агитаций на три месяца уже возбуждает общую радость, и это явление не представляет ничего необыкновенного во Франции: оно повторяется при каждом закрытии сессии. Как только закрываются палаты, она дышат свободнее, предпочитая неясное status quo тем неожиданностям которыми нередко дарят ее палаты»⁸¹⁹. Подобная ситуация возникает поскольку в ходе выборов часто побеждает не достойный или наиболее подходящий кандидат, а тот кто сумел лучше наполнить свой избирательный фонд, привлечь больше профессиональных технологов. Довольно жестко писал об этом же Л.А. Тихомиров: «Политиканствующая интеллигенция держит в своих руках могущественные средства воздействия на умы – тенденциозную печать, поддельную науку, школу»⁸²⁰. Действительно, средства массовой информации позволяют легко манипулировать сознанием. Современные избирательные технологии еще больше подтверждают слова русских монархистов, о чем свидетельствуют социологи и политики. Так, например, американский ученый Г. Шиллер отмечал: «Заправилы средствами массовой информации Америки создают, обрабатывают, ловко оперируют и полностью контролируют распространение информации, которая определяет наши представления, установки, а, в конечном счете, и наше поведение»⁸²¹. В результате избиратели фактически ограничены в своих правах списком кандидатов, предлагаемых крупнейшими политическими партиями. Очень современно звучат слова К.П. Победоносцева: «При демократическом образе правления правителями становятся ловкие подбиратели голосов, со своими сторонниками, механики,

⁸¹⁸ Победоносцев К.П. Великая ложь нашего времени. – М., 1993. – С. 135.

⁸¹⁹ Катков М.Н. Собрание передовых статей «Московских ведомостей». 1875 год. М., 1897. – С. 402.

⁸²⁰ Тихомиров Л.А. Христианство и политика. – М., 1999. – С. 351.

⁸²¹ Шиллер Г. Манипуляторы сознанием / Пер. с англ. – М., 1980. – С. 19.

искусно орудующие закулисными пружинами, которые приводят в движение кукол на арене демократических выборов»⁸²². При этом нет никакой гарантии, что к власти придут наиболее достойные люди. Более того, очень часто попасть в депутаты стремятся люди своекорыстные, обуреваемые жаждой власти или наживы. Как отмечал М.Н. Катков: «Мы видим как жадно бросаются на жалованье даже палаты депутатов в разных государствах Европы. Мы видим так же какой дурной и пагубный демагогический дух развивается в этих палатах состоящих на жалованье»⁸²³. По мнению профессора А.Д. Керимова, надо сказать вполне обоснованному: «Пришедшее к власти демократическим путем меньшинство, особенно если оно представлено людьми безнравственными, гораздо охотнее действует в своих собственных интересах, которые вовсе не обязательно совпадают с общественными»⁸²⁴. Более того, часто избранные депутаты оказываются некомпетентными в тех вопросах, в которых им предстоит разбираться. «Лица, – писал по этому поводу М.Н. Катков – избираемые на известный срок, считают эти дела чужими для себя до того времени, когда будут выбраны, и только со времени своего избрания начинают следить за ними»⁸²⁵. Следовательно, депутаты будут вынуждены довольно долго вникать в существо решаемых проблем, либо попадут под влияние других лиц.

Проблема выборов, как таковых состоит также и в том, чтобы проголосовать за действительно наиболее достойных, самому избирателю необходимо хорошо разбираться в сложившейся политической ситуации, осознавать как свои личные интересы, так и представлять общегосударственные задачи. Но, к сожалению, большинство избирателей часто оказывается неготовым к столь ответственной роли. Надо отметить, что в современной России многие из них инстинктивно это понимают и поэтому просто игнорируют выборы различного уровня. Действительно, ведь для того чтобы политически мыслить человек должен, если не иметь соответствующее гуманитарное образование, то, по крайней мере, обладать достаточно широким кругозором и эрудицией. В противном случае народовластие очень быстро приведет либо к краху государства, либо к установлению диктатуры. В истории государства и права существуют примеры, когда тираны приходили к власти самым что ни на есть демократическим путем. Как справедливо указывают современные ученые М.В. Ильин, А.Ю. Мельвиль и Ю.Е. Федоров: «История знает немало случаев, вроде якобинской диктатуры, когда ничем не сдерживаемая воля большинства автоматически приводила к утверждению деспотизма»⁸²⁶. Недаром, К.Н. Леонтьев считал, что «счастливым то государство, в котором

⁸²² Победоносцев К.П. Сочинения. – СПб., 1996. – С. 278.

⁸²³ Катков М.Н. Собрание передовых статей «Московских ведомостей». 1863 год. М., 1897. – С. 334.

⁸²⁴ Керимов А.Д. О пороках демократии // Гражданин и право. – 2003. – № 3. – С. 41.

⁸²⁵ Катков М.Н. Собрание передовых статей «Московских ведомостей». 1863 год. М., 1897. – С. 347.

⁸²⁶ Ильин М.В., Мельвиль А.Ю., Федоров Ю.Е. Основные категории политической науки. (Раздел учебного пособия) // Полис. – 1996. – № 4. – С. 160.

народная толпа не берется решать государственные дела»⁸²⁷. Причем, по вполне обоснованному мнению Константина Николаевича, уровень образования и просвещенности части населения (например, интеллигенции) часто не играет особой роли, поскольку при голосовании все равны.

Итак, даже краткий анализ взглядов русских монархистов второй половины XIX в. на выборы, как способ формирования органов власти, показывает, что они остаются достаточно актуальными. К сожалению, многие из недостатков избирательной и парламентской практики прошлого существуют и в настоящее время. Даже если отбросить дискуссионную проблему о реальной роли народных представителей и о праве народа их избирать, нельзя забывать об особенностях государственно-правового развития России, которые делают ее самобытной цивилизацией. В результате, например, парламентская республика, столь популярная в Западной Европе не является обязательной для России, так как она относится к другому культурно-историческому типу (цивилизации). Более того, по мнению русских монархистов второй половины XIX в. ограничение центральной власти принесло бы только вред. К недостаткам практической любой избирательной системы можно отнести фактическую бесконтрольность и средств массовой информации, прежде всего, так называемых политехнологов или «пиарщиков», и депутатов различного уровня, практически не связанных со своими избирателями. Поскольку очень часто попадание в депутаты влечет за собой ощутимые материальные блага (это и гарантированная зарплата, включая различные премиальные выплаты, и депутатская неприкосновенность), то это, естественно, делает места в парламенте привлекательными не только для бескорыстных радетелей народного благосостояния. С другой стороны, низкий уровень социально-политической активности и политико-правового кругозора большинства населения, часто предоставляет возможность попасть в депутаты не самым достойным людям. Однако, во всяком случае реальную политику государства определяют не столько депутаты парламента, сколько его политико-экономическая элита. В США, например, это с одной стороны, политики и политехнологи связанные со знаменитым Колумбийским университетом, а с другой стороны, банкиры и управляющие инвестиционными фондами с Уолл-стрит. Таким образом, взгляды русских монархистов второй половины XIX в. на выборы, как способ формирования органов власти необходимо учитывать при построении в России правового демократического государства. Только тогда, можно построить «Россию – современную, устремлённую в будущее молодую нацию, которая займет достойные позиции в мировом разделении труда», как указал Президент Д.А. Медведев в своем Послании Федеральному Собранию⁸²⁸.

⁸²⁷ Леонтьев К.Н. Цветущая сложность. Избранные статьи. – М., 1992. – С. 287.

⁸²⁸ Послание Президента России Д.А. Медведева Федеральному Собранию в 2009 г. // Российская газета № 5038 от 13 ноября 2009 г.

Глава 4. Вопросы создания свода законов, кодификация и систематизация законодательства в работах А.С. Пиголкина. (Шубенкова К. В.)

Аннотация

Глава посвящена исследованию проблем, возникающих в процессе развития нормотворческой деятельности. В-первую очередь, это связано с приведением действующего законодательства в соответствие с основным законом (Конституцией РФ) и созданием свода законов Российской Федерации. Систематизированное и непротиворечивое законодательство позволит сформироваться единому правовому пространству, единообразной судебной практике, то есть позволит вернуть принцип законности в правоприменительный процесс.

Ключевые слова: систематизация законодательства, правотворчество, Свод законов, кодификация, законодательная техника.

K. V. Shubenkova

Questions of creation of the Code of laws, codification and systematization of legislation in the works of A. S. Pigolkin.

Annotation

The article investigates the problems encountered in the development of standards-related activities. In the first place, this is due to bring the legislation into conformity with the Basic Law (Constitution) and the creation of the Laws of the Russian Federation. Systematic and consistent legislation allowing a single legal space, uniform judicial practice, that is, will return to the principle of legality in the enforcement process.

Keywords: systematization of legislation, law-making, the Code of laws, codification, the legislative technics.

Развитие нормотворческой деятельности связано с приведением действующего законодательства в соответствие с основным законом (Конституцией РФ) и созданием свода законов Российской Федерации.

В значительной мере на основе выдвинутых в науке предложений и рекомендаций в настоящее время ведутся разработка целого комплекса новых и пересмотр действующих нормативных актов законодательства, которые войдут в Свод законов Российской Федерации⁸²⁹.

⁸²⁹ Васецкий Н.А., Краснов Ю.К., Российское законодательство на современном этапе. Государственная Дума в формировании правового пространства России (1994-2003) – М.: Издание Государственной Думы РФ, 2003. – С. 83.

Проблема создания Свода законов исследовалась еще советскими учеными, среди которых можно отметить А.С. Пиголкина. Он также полагал, что Свод законов должен создаваться в соответствии с конституционными нормами и открывать и возглавлять Свод должна конституция СССР. Идеи и принципы Конституции должны пронизывать все составные части Свода, все его установления⁸³⁰.

Конституция обладает высшей юридической силой. Все нормативные акты издаются на основе и в соответствии с Конституцией. Поэтому Конституция СССР занимает такое высокое, ведущее положение в иерархической структуре советского законодательства. Именно в ней закрепляются главные, основополагающие правовые принципы жизнедеятельности государства, общества, которые получают свое дальнейшее развитие в конкретных отраслях законодательства. Конституция СССР – акт, имеющий максимально широкую по сравнению с другими законодательными актами сферу действия, исходная юридическая база для текущего законодательства. Все это позволяет ей выступать в качестве «активного центра», осуществляющего своеобразное управление всей системой советского законодательства, главного звена в иерархической структуре Свода законов СССР. С Конституции начиналось формирование нормативных материалов при создании Собрания действующего законодательства СССР⁸³¹.

Главенствующая роль Конституции безоговорочна и в настоящее время. Именно соответствие российского законодательства конституционным нормам может обеспечить его эффективное применение, создание единого правового пространства. К сожалению, в настоящее время далеко не всегда федеральное законодательство и подзаконные нормативные акты соответствуют Конституции РФ.

Конституционный Суд РФ в связи с жалобами граждан и организаций, запросами судов, ходатайствами органов прокуратуры и по другим основаниям нередко признает положения федеральных законов не соответствующими Конституции РФ. За короткий срок неконституционными были объявлены положения ряда важнейших актов: Закона РФ «О налоге на добавленную стоимость» (определение от 14 декабря 2000 г.); Закона РФ «Об образовании»; Федерального закона «О государственной поддержке средств массовой информации и книгоиздания Российской Федерации» (постановление от 22 ноября 2000 г.); и др.⁸³².

Использование рекомендаций и практического опыта работы по созданию Свода законов СССР А.С. Пиголкина во многом помогло бы в построении непротиворечивой системы современного законодательства с учетом положений Конституции РФ.

⁸³⁰ Пиголкин А.С., Чернобель Г.Т. Свод законов СССР – теоретические и практические проблемы.

⁸³¹ Пиголкин А.С., Чернобель Г.Т. Свод законов СССР – теоретические и практические проблемы.

⁸³² Бондарев А.К. Снова о своде законов Российской Федерации // Законодательство. – 2001. – № 12. – С. 20.

По мнению ученого, в Свод законов должны войти: 1) все законодательные акты; 2) важнейшие совместные постановления центральных органов власти и управления (ЦК КПСС и Совета Министров СССР); 3) важнейшие правительственные постановления общенормативного характера. Таким образом, содержание свода не должно ограничиваться только законами в собственном смысле этого слова. Большое значение нормативных актов Правительства СССР для правового регулирования общественных отношений несомненно, и их включение в Свод законов целесообразно и необходимо для обеспечения надлежащей полноты формируемого нормативного материала, его всеобщей доступности, удовлетворения насущных потребностей правоприменительной практики⁸³³.

Полагаю, что по такому же принципу должен строиться и Свод законов РФ: в структуру должны быть включены все законодательные акты, затем подзаконные нормативные акты (например, Указы Президента РФ), различные постановления общенормативного характера.

Все нормативные акты, включаемые в Свод, сохраняют юридическую силу в своей прежней форме (закон, указ, постановление). Поэтому можно вполне согласиться с А.С. Пиголкиным, который Свод законов рассматривает в качестве свода инкорпоративного типа, соединяющего нормативные акты разной юридической природы⁸³⁴.

Включение в Свод законов нормативных актов различной юридической силы не означает о приравнивании закона, обладающего высшей юридической силой, к иным нормативным актам, например, Постановлениям Правительства РФ.

Обращаясь к работам А.С. Пиголкина, следует согласиться с ним, что в системе законодательства различные виды нормативных актов должны занимать строго определенное место, сохраняя незыблемой иерархическую связь, установленную и гарантированную Конституцией в соответствии с принципом верховенства закона, требованиями законности.

Соблюдение принципа верховенства закона и непротиворечивости нормативных актов не характерно для российского законодательства. С 1991 г. по 2011 г. создан огромный массив законов, зачастую противоречащих друг другу, с нечеткой терминологией, по разному регулирующие одни и те же отношения. Поэтому весьма актуальным при создании свода законов РФ является кодификация и консолидация законодательства.

А.С. Пиголкин полагал, что такая работа даст возможность внести нужные дополнения, изменения в действующее законодательство, устранить имеющиеся пробелы, усовершенствовать юридическую терминологию. Сле-

⁸³³ Пиголкин А.С., Чернобель Г.Т. Свод законов СССР – теоретические и практические проблемы.

⁸³⁴ Бондарев А.К. Снова о своде законов Российской Федерации // Законодательство. – 2001. – № 12. – С. 20.

довательно, формирование Свода законов требует предварительной качественной обработки действующего законодательства⁸³⁵.

А.К. Бондарев также считает, что создать современный Свод законов невозможно без кропотливой и скрупулезной работы, связанной с расчисткой законодательства от устаревших норм, признанием их, где это необходимо, утратившими силу, внесением в устаревшие тексты изменений и дополнений, вытекающих из вновь принятых законов и других нормативных правовых актов⁸³⁶.

Таким образом, идеи кодификации, консолидации законов является актуальной в настоящее время и необходимо использовать опыт создания Свода законов СССР в современной практике. В результате этой работы значительно сократится нормативный материал, неактуальные устаревшие нормы будут отменены, некоторые нормативные акты могут быть объединены в единый нормативный акт после кодификационной обработки.

Л.А. Окуньков полагает, что самая существенная часть этой работы состоит в том, чтобы провести квалифицированную экспертизу всего законодательного массива. Для этого необходимо собрать группы опытных юристов, специализирующихся в разных отраслях законодательства, которые должным образом оценили бы все законы, указы и постановления Правительства, изданные до принятия действующей Конституции. Необходимо также подготовить схему Свода, что, кстати, сделать не так уж сложно, учитывая, что наработки в этой области уже есть. После этого можно было бы приступить к практическому созданию документа⁸³⁷.

Так, А.С. Пиголкин писал, что утвержденная постановлением ЦК КПСС, Президиума Верховного Совета СССР и Совета Министров СССР от 23 марта 1978 г. схема Свода законов СССР опирается на научные основы классификации всего нормативного материала, обеспечивает деление массива законодательства на отдельные отрасли, максимально приближающиеся к существующей системе права и распадающиеся в свою очередь на более дробные компоненты (институты, группы актов и т. д.)⁸³⁸.

Различные структурные подразделения Свода (разделы, главы и даже акты) имели наименования и порядковые номера. В разделах, главах и других структурных подразделениях все акты располагались по системе, обеспечивающей последовательное развитие темы с выделением на первый план Основ законодательства и других актов принципиального характера⁸³⁹.

⁸³⁵ Пиголкин А.С., Чернобель Г.Т. Свод законов СССР – теоретические и практические проблемы

⁸³⁶ Бондарев А.К. Снова о своде законов Российской Федерации // Законодательство. – 2001. – № 12. – С. 21.

⁸³⁷ Интервью с Л.А.Окуньковым, кандидатом юридических наук, директором Института законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве РФ // Законодательство. – 2001. – № 1. – С. 38.

⁸³⁸ Пиголкин А.С., Чернобель Г.Т. Важный этап в развитии советского законодательства (Создание Свода законов СССР) // Советская юстиция. – 1978. – № 22. – С. 3 – 4.

⁸³⁹ Там же.

Работа по созданию Свода законов Российской Федерации предполагает в качестве одной из основных задач разработку схемы Свода, определение ее разделов, их разбивку на главы, параграфы и прочее. В этой связи возникает вопрос, должна ли схема собрания (свода) разрабатываться как «самостоятельное произведение», независимо от системы классификатора, либо в основе своей она должна исходить из этой системы. Как представляется А.И. Абрамовой, разрабатываемая схема Свода должна соотноситься со структурой действующего Классификатора правовых актов. При этом такая соотносимость должна доходить до третьего уровня рубрикации включительно, что помогло бы в последующем эффективно использовать и эталонную электронную версию Свода. Этот вывод основывается на том, что в целом они сопоставимы по своим основным параметрам: и схема Свода, и структура Классификатора формируются на единых подходах и общих принципах, исходят из одинаковой оценки роли того или иного правового института в регулировании общественных отношений. При расположении нормативных правовых актов в любом систематическом собрании законодательства существенное значение имеет принцип отраслевой предметности. Основанием для предметной классификации нормативных правовых актов здесь также служат соответствующие отрасли законодательства⁸⁴⁰.

Таким образом, мы видим некоторую преемственность. Если Свод законов СССР опирался на схему, выработанную Президиумом Верховного Совета СССР и Совета Министров СССР, и именно на этот аспект обращал внимание А.С. Пиголкин, то создание Свода законов РФ, по мнению ученых, должен в большей мере опираться на классификатор, закрепленный Указом Президента РФ. Скорее всего, здесь использовался опыт создания Свода законов СССР, активное участие в работе над которым принимал А.С. Пиголкин. Его рекомендации применимы и в настоящее время, и должны быть учтены при работе по созданию Свода законов России.

Немаловажным, на мой взгляд, является вопрос ответственности должностных лиц и высших органов власти за качество и полноту Свода законов.

А.С. Пиголкин также отмечал этот немаловажный аспект. Так, он писал, что Министерство юстиции СССР несет ответственность за качество подготовки и полноту помещаемых в Своде законов СССР нормативных актов, осуществляет подготовку проектов нормативных актов, подлежащих включению в Свод⁸⁴¹.

К работе по составлению Свода должны быть привлечены министерства, государственные комитеты и ведомства СССР. Их работникам предстоит обсуждать материалы разделов Свода по своему профилю, непосредственно участвовать совместно с сотрудниками Министерства юстиции СССР в разработке проектов соответствующих актов, а в случаях, когда проект акта бу-

⁸⁴⁰ Абрамова А.И., Рахманина Т.Н. Классификатор правовых актов и вопросы упорядочения законодательства // Журнал российского права. – 2003. – № 7. – С. 56.

⁸⁴¹ Пиголкин А.С., Чернобель Г.Т. Важный этап в развитии советского законодательства (Создание Свода законов СССР) // Советская юстиция. – 1978. – № 22. – С. 3 – 4.

дет непосредственно касаться данной отрасли управления, они будут нести главную ответственность за его подготовку⁸⁴².

К сожалению, данный опыт не вполне учтен при работе по Созданию Свода законов РФ. Есть только Указ Президента РФ от 6 февраля 1995 г. № 94 «О подготовке к изданию Свода законов Российской Федерации»,

Минюсту России и Государственно-правовому управлению Президента РФ (ГПУ) было поручено в качестве первого этапа работы уже в текущем году осуществить инвентаризацию всех действовавших (формально не отмененных) федеральных законов, нормативных указов Президента РФ, нормативных постановлений Правительства РФ, иных нормативных актов, а также нормативных актов Союза ССР, еще имевших силу на территории Российской Федерации.

Однако в 1995 г. задание выполнено не было. В связи с этим, пишет А.К. Бондарев, Президент РФ издал распоряжение от 25 декабря 1995 г. № 555-рп. В жесткой форме он обязал Минюст России и ГПУ в первом полугодии 1996 г. завершить подготовительный этап – составить на машиночитаемых носителях хронологический перечень всех действующих федеральных законов и других нормативных правовых актов, подлежащих рассмотрению для включения в Свод законов⁸⁴³. На Институт государства и права Российской академии наук и Институт законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве РФ, где тогда работал А.С. Пиголкин, возлагались научное обеспечение подготовки и издания Свода законов и создание групп специалистов для анализа актов законодательства, намечаемых к включению в Свод законов. Более того, в 1996 г. Правительство РФ должно было обеспечить финансирование упомянутых работ, что имело огромное значение.

Тем не менее, подготовка к изданию Свода законов не развернулась ни в 1996 г., ни в 1997 г., поэтому Президент РФ подписал развернутый Указ от 14 февраля 1998 г. № 170 «О мерах по повышению эффективности работы, связанной с формированием Свода законов Российской Федерации». Минюст России получил широкие полномочия по координации в стране работы, связанной с формированием нормативного корпуса Свода законов.

Были привлечены все федеральные органы исполнительной власти, от которых требовалось подготовить и представить до 1 января 1999 г. предложения о признании утратившими силу нормативных актов, о внесении в них изменений и дополнений, а до 1 мая 1999 г. – об укрупнении нормативных актов путем включения в них нормативных актов и их отдельных норм, действующих в соответствующих отраслях законодательства, а также о разработке проектов нормативных актов, необходимых для восполнения пробелов, имеющихся в федеральном законодательстве⁸⁴⁴.

⁸⁴² Пиголкин А.С., Чернобель Г.Т. Важный этап в развитии советского законодательства (Создание Свода законов СССР) // Советская юстиция. – 1978. – № 22. – С. 3 – 4.

⁸⁴³ Бондарев А.К. Снова о своде законов Российской Федерации // Законодательство. – 2001. – № 12. – С. 22.

⁸⁴⁴ Там же.

Намечались и другие важные мероприятия. К 1 декабря 1999 г. Минюст России совместно с ГПУ должен был представить отчет об исполнении Указа от 14 февраля 1998 г. № 170.

Назначенный срок наступил и прошел. К настоящему моменту подготовка к изданию Свода законов, по сути, так и не началась.

Отчасти это объясняется тем, что к тому времени не были еще приняты в полном объеме такие законодательные акты, как Гражданский кодекс РФ, жилищный кодекс РФ, Земельный кодекс РФ, Уголовно-процессуальный кодекс РФ и др. не менее важные отраслевые кодексы и федеральные законы. Однако, даже кодификация нормативных актов не началась, и это говорит о том, что нет ответственности должностных лиц, нет надлежащего воздействия на органы власти, ответственные за проведение кодификации, систематизации, укрупнения законодательства.

Отсутствие продуманного плана и расчетов при принятии законов, а также стремление урегулировать законодательно наиболее острые проблемы в обществе привели к тому, что вопрос об эффективности законодательства даже не стоит. Российские законы во многом признаны не работающими и юристы не считают необходимым создавать еще и Свод законов, к которому относятся как к дополнительной систематизации нормативных актов.

Еще одной проблемой при создании Свода законов, является актуальность законодательства. В настоящее время в связи с низким качеством законодательной техники законы дорабатываются в процессе правоприменения при обнаружении пробелов в урегулировании тех или иных вопросов. Поэтому, принимаются весьма многочисленные поправки, например, к Уголовному кодексу РФ, к Уголовно – процессуальному кодексу РФ и др.

Поэтому встает проблема о поддержании Свода законов в актуальном состоянии. Здесь следует обратиться к А.С. Пиголкину, который полагал, что данная проблема заслуживает особого внимания.

Как отмечал А.С. Пиголкин, чтобы по мере развития законодательства помещенные в Свод нормативные акты не превратились из действующих документов в исторические памятники и Свод все время выполнял свое назначение непосредственного источника законодательства, целесообразно предусмотреть мероприятия по поддержанию Свода в действующем состоянии, в частности, периодическое (в квартал или полугодие) издание указателей изменения законодательства, систематическое переиздание отдельных тетрадей Свода, материал которых существенно изменился⁸⁴⁵.

Он писал, что в настоящий момент, когда средства механизации и автоматизации активно внедряются в справочно-информационную службу по законодательству и создан Научный центр правовой информации, необходимо на всех этапах подготовки и издания Свода законов максимально использовать современные средства правовой информации, например, для подборки действующих актов по проблематике готовящихся проектов кодификацион-

⁸⁴⁵ Пиголкин А.С., Чернобель Г.Т. Важный этап в развитии советского законодательства (Создание Свода законов СССР) // Советская юстиция. – 1978. – № 22. – С. 3 – 4.

ных, укрупненных и иных актов, подлежащих помещению в Свод, для подборки актов в процессе формирования разделов и других подразделений, хранения нормативных материалов Свода в памяти ЭВМ и выдачи о них разнообразных справок, поддержания разделов Свода в действующем состоянии и т. д.⁸⁴⁶

Современное развитие информационной среды, новейшие компьютерные технологии позволят поддерживать Свод законов РФ в действующем состоянии. Разработанные программы могут предусматривать автоматическое включение внесенных в законодательство изменений и исключение устаревших норм. Безусловно, Свод законов РФ должен быть разработан по аналогии с современными справочно-информационными системами (Консультант-плюс, Гарант), но с приданием Своду статуса официального источника права.

Актуальным является в настоящее время мнение А.С. Пиголкина, что Свод послужит базой для дальнейшего укрепления законности в нашей стране, усиления охраны прав и свобод граждан, будет способствовать повышению стабильности законодательства, сделает его более удобный и доступным для практического пользования⁸⁴⁷.

Систематизированное и непротиворечивое законодательство позволит сформироваться единому правовому пространству, единообразной судебной практике, то есть позволит вернуть принцип законности в правоприменительный процесс.

⁸⁴⁶ Пиголкин А.С., Чернобель Г.Т. Важный этап в развитии советского законодательства (Создание Свода законов СССР) // Советская юстиция. – 1978. – № 22. – С. 3 – 4.

⁸⁴⁷ Там же.

Сведения об авторах

Арзамасцева К.А. – помощник федерального судьи Волжского городского суда Волгоградской области – разд. 1, гл. 1

Барри Коллинз – старший преподаватель, факультет права, Университет Восточного Лондона. – разд. 2, гл. 1

Белоножкин А.Ю. – кандидат юридических наук, доцент – разд. 1, гл.

Бугрова Т.М. – кандидат юридических наук, доцент СГАП – разд. 1, гл. 3

Варданян Д.С. – кандидат юридических наук, доцент ВГИ (филиала) ГОУ ВПО ВолГУ – разд. 1, гл. 4

Вешютнев Ю.Ю. – кандидат юридических наук, доцент – разд. 2, гл. 5

Вопленко Н.Н. – доктор юридических наук, профессор, академик Академии гуманитарных наук и Российской академии юридических наук, Почетный работник высшего профессионального образования, ГОУ ВПО ВолГУ – разд. 5, гл. 1

Гайдым И.В. – кандидат юридических наук, доцент ВГИ (филиала) ГОУ ВПО ВолГУ, – разд. 4, гл. 2

Давтян Д.Н. – аспирант кафедры гражданского права и процесса ГОУ ВПО ВолГУ – разд. 4, гл. 1

Давыдова М.Л. – доктор юридических наук, зав. кафедрой конституционного и муниципального права, ГОУ ВПО ВолГУ – разд. 1, гл. 6

Джастин Пирс – Университет Восточного Лондона, профессор – разд. 2, гл. 2

Егоров Г.Г. – кандидат юридических наук, доцент ВГИ (филиала) ГОУ ВПО ВолГУ – разд. 3

Кожокарь И.П. – кандидат юридических наук, доцент СГАП – разд. 1, гл. 5

Козюк М.Н. – кандидат юридических наук, доцент, председатель Административной комиссии Волгоградской области – разд. 4, гл. 2

Коробов О.А. – кандидат юридических наук, доцент, заместитель председателя Волгоградского регионального отделения общероссийской общественной организации «Ассоциацию юристов России» – разд. 1, гл. 7

Красильникова Т.К. – кандидат юридических наук, доцент ВГИ (филиала) ГОУ ВПО ВолГУ – разд. 1, гл. 8

Краснослободцева Н.К. – кандидат юридических наук, доцент СГАП – разд. 1, гл. 9

Летяев В.А. – доктор юридических наук, профессор, Почетный работник высшего профессионального образования, ВГИ (филиал) ГОУ ВПО ВолГУ – разд. 3

Ломакина О.Е. – доктор педагогических наук, профессор ВГИ (филиала) ГОУ ВПО ВолГУ – разд. 2, гл. 6

Любитенко Д.Ю. – аспирант ВолГУ – разд. 1, гл. 10

Маликов Е.Ю. – кандидат юридических наук, доцент, председатель Волгоградского регионального отделения общероссийской общественной организации «Ассоциацию юристов России» – разд. 2, гл. 7

- 3
Никитин А.А. – кандидат юридических наук, доцент, СГАП – разд. 4, гл. 3
- Никитина Л.В.* – кандидат юридических наук, доцент, СГАП – разд. 4, гл. 4
- Орешкина И.Б.* – кандидат юридических наук, зав. кафедрой теории и истории права и государства ВГИ (филиала) ГОУ ВПО ВолГУ – разд. 1, гл. 11
- Осьмаков В.Н.* – доцент ВГИ (филиала) ГОУ ВПО ВолГУ, депутат Волгоградской областной Думы – разд. 1, гл. 12
- Ростовщиков И.В.* – доктор юридических наук, профессор, действительный член Академии экономики, финансов и права, Заслуженный юрист РФ, член Союза журналистов РФ, зав. кафедрой теории и истории государства и права ГОУ ВПО ВолГУ – разд. 1, гл. 6
- Рябова Е.В.* – кандидат юридических наук, доцент ВГИ (филиала) ГОУ ВПО ВолГУ – разд. 4, гл. 5
- Севостьянов М.В.* – кандидат юридических наук, декан юридического факультета ВГИ (филиала) ГОУ ВПО ВолГУ – разд. 1, гл. 13
- Сенякин И.Н.* – доктор юридических наук, профессор, заслуженный юрист Российской Федерации, главный редактор журнала «Вестник СГАП» – разд. 1, гл. 14
- Соколов А.Ф.* – кандидат юридических наук, зав. кафедрой правосудия и прокурорского надзора СГАП, Почетный работник прокуратуры РФ – разд. 4, гл. 6
- Соня Ритч Крафорд* – Университет Восточного Лондона, профессор – разд. 2, гл. 3
- Сорокин Б.В.* – кандидат юридических наук, ассистент ВГИ (филиала) ГОУ ВПО ВолГУ – разд. 5, гл. 2
- Спицын А.В.* – аспирант ГОУ ВПО ВолГУ – разд. 1, гл. 15
- Телегина В.А.* – кандидат юридических наук – разд. 4, гл. 7
- Тизиана Кьюзи* – Университет Саарбрюккена, ФРГ, профессор – разд. 2, гл. 4
- Тушканов И.В.* – кандидат исторических наук, кандидат юридических наук, доцент ФГОУ ВПО «Волгоградская академия государственной службы» – разд. 5, гл. 3
- Фомин А.А.* – доктор юридических наук, профессор, зав. кафедрой правосудия. Пензенский государственный университет – разд. 1, гл. 16
- Шаронов С.А.* – кандидат юридических наук, доцент ГОУ ВПО ВолГУ – разд. 4, гл. 8
- Шмелев А. В.* – кандидат юридических наук, доцент, СГАП – разд. 4, гл. 9
- Шубенкова К.В.* – аспирант ВолГУ – разд. 5, гл. 4
- Юсупов В.А.* – доктор юридических наук профессор ректор Волгоградского института экономики, социологии и права – разд. 1, гл. 17

About the authors

Arzamastseva K.A. - Assistant to the Volga federal judge Municipal Court of Volgograd region - Sec. 1, Ch. 1

Barry Collins - Senior Lecturer, School of Law, University of East London. - Sec. 2, Ch. 1

Belonozhkin A.Y. - PhD, Associate Professor - Sec. 1, Ch.

Bugrova T.M. - Professor Crane - Sec. 1, Ch. 3

Vardanyan D.S. - PhD, Associate Professor - Sec. 1, Ch. 4

Vetyutnev J.J. - PhD, Associate Professor - Sec. 2, Ch. 5

Voplenko N.N. - Doctor of Juridical Science, professor, academician of the Academy of Arts and Law, Russian Academy of Sciences, Honorary Worker of Higher Professional Education - Sec. 5, Ch. 1

Hydim I.V. - Associate Professor of Civil Law and Procedure of the Volga Humanitarian Institute (branch) SEI HPE Volgograd State University, Ph.D. in Law - Sec. 4, Ch. 2

Davtyan D.N. - Post-graduate department of civil law and procedure State Medical Volgograd State University "- Sec. 4, Ch. 1

Davydova, M.L. - Doctor of Juridical Science, professor - Sec. 1, Ch. 6

Justin Pierce - University of East London, Professor - Sec. 2, Ch. 2

Egorov, G.G. - PhD, Associate Professor - Sec. 3

Kozhokar I.P. - PhD, Associate Professor - Sec. 1, Ch. 5

Kozyuk M.N. - PhD, Associate Professor, Chair of the Executive Committee of the Volgograd region - Sec. 4, Ch. 2

Korobov O.A. - PhD, associate professor, vice-chairman of the Volgograd regional branch of the Russian public organization "Association of Lawyers of Russia" - Sec. 1, Ch. 7

Krasilnikova T.K. - PhD, Associate Professor - Sec. 1, Ch. 8

Krasnoslobodtseva N.K. - PhD, Associate Professor - Sec. 1, Ch. 9

Letyaev V.A. - Doctor of Law, Professor - Sec. 3

Lomakin O. - Professor VGI Volgograd State Medical - Sec. 2, Ch. 6

Lyubitenko D.Y. - Graduate of Volgograd - Sec. 1, Ch. 10

Malikov E.J. - PhD, associate professor of civil and legal disciplines of the Volgograd Institute of Economics, Sociology and Law - Sec. 2, Ch. 7

Nikitin A.A. - PhD, Associate Professor - Sec. 4, Ch. 3

Nikitina L.V. - PhD, Associate Professor - Sec. 4, Ch. 4

Oreshkina I.B. - PhD, Associate Professor - Sec. 1, Ch. 11

Osmakov V.N. - Associate Professor of Theory and History of Law and State, Volga Humanitarian Institute (branch) SEI HPE Volgograd, Volgograd Oblast Duma deputy - Sec. 1, Ch. 12

Rostovchikov I.V. - Doctor of Juridical Science, professor, member of the Academy of Economics, Finance and Law (Moscow), honored lawyer of the Russian Federation, member of Russian Union of Journalists - Sec. 1, Ch. 6

Ryabova E.V. - PhD, Associate Professor - Sec. 4, Ch. 5

Sevostyanov M.V. - PhD, Associate Professor - Sec. 1, Ch. 13

Senyakin I.N. - Doctor of Law, Professor - Sec. 1, Ch. 14
Sokolov A.F. - Candidate of Legal Sciences, Professor - Sec. 4, Ch. 6
Sonja Ritchie Craford - University of East London, Professor - Sec. 2, Ch. 3
Sorokin B.V. - PhD, Associate Professor - Sec. 5, Ch. 2
Spitsyn A.V. - Post-graduate department of civil law and procedure Volgograd State University - Sec. 1, Ch. 15
Telegina V.A. - Candidate of Law - Sec. 4, Ch. 7
Tiziano Chiusi - University of Saarbrucken, Germany, Professor - Sec. 2, Ch. 4
Tushkanov I.V. - Associate Professor, Ph.D., PhD, Associate Professor of Theory and History of Law and State FSEI Volgograd Academy of Public Administration - Sec. 5, Ch. 3
Fomin A.A. - Doctor of Law, Professor - Sec. 1, Ch. 16
Sharonov S.A. - PhD, Associate Professor - Sec. 4, Ch. 8
Shmelev A.V. - PhD, Associate Professor - Sec. 4, Ch. 9
Shubenkova K.V. - Graduate of Volgograd - Sec. 5, Ch. 4
Yusupov V.A. - Doctor of Law Professor Rector of Volgograd Institute of Economics, Sociology and Law - Sec. 1, Ch. 17

Фоторепортаж с конференции

Essays of theory of the russian legislation

Monograph Part III

The Monograph was prepared according to the results of III Inter-Regional Research Conference "Volzhsky Legal Readings – 2010". The founders of the Conference: Volzhsky Institute of Humanities (subunit) Volgograd State University, Saratov State Academy of Law, Volgograd Regional Department of the all-Russia public organization "Association of Russian Lawyers".

The Monograph is devoted to the investigation of the topical theoretical problems and perspectives of development of the legislation of the Russian Federation. The Monograph considers the correlation of lawmaking, appliance of law and systematization of legislation, also historical-theoretical problems of the Russian Law and historiography of domestic law.

For researchers and practical lawyers, law students, and all interested in the problems of the Russian Law.