

Председатель редакционного совета журнала

БЛАЖЕЕВ Виктор Владимирович ректор Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), кандидат юридических наук, профессор, заслуженный юрист РФ, почетный работник высшего профессионального образования РФ, почетный работник науки и техники РФ.

Заместитель председателя редакционного совета

СИНЮКОВ Владимир Николаевич проректор по научной работе Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), доктор юридических наук, профессор, заслуженный деятель науки РФ, почетный сотрудник МВД России.

Исполняющий обязанности главного редактора журнала

СОКОЛОВА Наталья Александровна доктор юридических наук.

Ответственный секретарь

САЛИЯ Марианна Романовна эксперт отдела научно-издательской политики Управления организации научной деятельности Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА).

Редакционный совет журнала

БЕКЯШЕВ Камиль Абдулович доктор юридических наук, профессор, профессор кафедры международного права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), заслуженный юрист РФ, заслуженный деятель науки РФ.

БЕШЕ-ГОЛОВКО Карин доктор публичного права (Франция).

БОНДАРЬ Николай Семенович доктор юридических наук, профессор, судья Конституционного Суда РФ, заслуженный юрист РФ, заслуженный деятель науки РФ.

ГРАЧЕВА Елена Юрьевна доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой финансового права, первый проректор Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), заслуженный юрист РФ, почетный работник высшего профессионального образования РФ, почетный работник науки и техники РФ.

ДМИТРИЕВА Галина Кирилловна доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой международного частного права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), заслуженный деятель науки РФ, почетный работник высшего профессионального образования РФ, почетный юрист города Москвы.

ИСАЕВ Игорь Андреевич доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой истории государства и права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), заслуженный деятель науки РФ.

КОМОРИДА Акио профессор Университета Канагава (Япония).

КОЛЮШИН Евгений Иванович доктор юридических наук, профессор, член Центризбиркома России, заслуженный юрист РФ.

МАЛИНОВСКИЙ Владимир Владимирович кандидат юридических наук, заместитель Генерального прокурора РФ, государственный советник юстиции 1 класса.

НОГО Срето	доктор юридических наук, профессор Университета Джона Нейсбитта (Белград, Сербия), президент Сербской королевской академии, Генеральный секретарь Ассоциации международного уголовного права, вице-президент Всемирного форума по борьбе с организованной преступностью в эпоху глобализации (штаб-квартира в Пекине).
ОТМАР Зойль	доктор права, почетный доктор права, Emeritus профессор Университета Paris Ouest-Nanterre-La Defense (Франция).
ПАН Дунмэй	доктор юридических наук, профессор юридического института Хэйлунцзянского университета КНР, приглашенный исследователь Центра славянских исследований университета Хоккайдо Японии.
ПИЛИПЕНКО Юрий Сергеевич	доктор юридических наук, профессор кафедры адвокатуры и нотариата Института адвокатуры, президент Федеральной палаты адвокатов.
РАРОГ Алексей Иванович	доктор юридических наук, профессор, профессор кафедры уголовного права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), заслуженный деятель науки РФ, почетный юрист города Москвы.
РАДЬКО Тимофей Николаевич	доктор юридических наук, профессор кафедры теории государства и права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), заслуженный юрист РФ.
РАССОЛОВ Илья Михайлович	доктор юридических наук, и. о. заведующего кафедрой правовой информатики Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), главный редактор журнала «Судебная и правоохранительная практика».
РЫБАКОВ Олег Юрьевич	доктор философских наук, доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой теории и истории государства и права Российской правовой академии Министерства юстиции РФ, член российской секции Международной ассоциации философии права и социальной философии, член комиссии по науке Ассоциации юристов России, член Экспертного совета по праву Министерства образования и науки РФ, почетный работник высшего профессионального образования РФ.
ТУМАНОВА Лидия Владимировна	доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой гражданского процесса и правоохранительной деятельности, декан юридического факультета Тверского государственного университета, заслуженный юрист РФ.
ФЕДОРОВ Александр Вячеславович	заместитель председателя Следственного комитета Российской Федерации, генерал-полковник, кандидат юридических наук, профессор, главный редактор журнала «Наркоконтроль».
ХЕЛЛЬМАНН Уве	Dr. iur. habil, профессор, заведующий кафедрой уголовного и экономического уголовного права юридического факультета Потсдамского университета (Германия).
ШЕВЕЛЕВА Наталья Александровна	доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой государственного и административного права Санкт-Петербургского государственного университета.
ШУГРИНА Екатерина Сергеевна	доктор юридических наук, профессор кафедры конституционного и муниципального права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА).
де ЗВААН Яап	(почетный) профессор кафедры права Европейского Союза Университета Эразмус в Роттердаме (Нидерланды), профессор кафедры Жанна Монне.

Редакционная коллегия журнала

ГРОМОШИНА Наталья Андреевна	доктор юридических наук, профессор, профессор кафедры гражданского и административного судопроизводства Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА).
ЕРШОВА Ирина Владимировна	доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой предпринимательского и корпоративного права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА).
ЖАВОРОНКОВА Наталья Григорьевна	доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой экологического и природоресурсного права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА).
ЗУБАРЕВ Сергей Михайлович	доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой административного права и процесса Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА).
ИЩЕНКО Евгений Петрович	доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой криминалистики Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА).
КАШКИН Сергей Юрьевич	доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой интеграционного и европейского права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА).
КОМАРОВА Валентина Викторовна	доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой конституционного и муниципального права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА).
КОРНЕВ Аркадий Владимирович	доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой теории государства и права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА).
ЛЮТОВ Никита Леонидович	доктор юридических наук, доцент, заведующий кафедрой трудового права и права социального обеспечения Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА).
МАЦКЕВИЧ Игорь Михайлович	доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой криминологии и уголовно-исполнительного права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА).
СЛЕСАРЕВ Владимир Львович	доктор юридических наук, профессор кафедры гражданского права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА).
СМИРНОВ Александр Федорович	доктор юридических наук, профессор кафедры организации судебной и прокурорско-следственной деятельности Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА).

Chairman of the Council of Editors

**BLAZHEEV
Victor
Vladimirovich** Rector of the Kutafin Moscow State Law University, PhD in Law, Professor, Merited Lawyer of the Russian Federation, Merited Worker of Higher Professional Education of the Russian Federation, Merited Specialist in Science and Technology of the Russian Federation.

Vice-Chairman of the Council of Editors

**SINYUKOV
Vladimir
Nikolaevich** Vice-Rector on Scientific Work of the Kutafin Moscow State Law University, Doctor of Law, Professor, Merited Scientist of the Russian Federation, Merited Officer of the Ministry of Internal Affairs of the Russian Federation.

Editor-in-Chief of the Journal

**SOKOLOVA
Natalia
Aleksandrovna** Doctor of Law.

Executive Editor

**SALIYA
Marianna
Romanovna** Expert of the Division for the Scientific and Publishing Policy of the Department for the Organization of Scientific Work of the Kutafin Moscow State Law University.

Council of Editors

**BEKYASHEV
Kamil
Abdulovich** Doctor of Law, Professor of the Department of International Law of the Kutafin Moscow State Law University, Merited Lawyer of the Russian Federation, Merited Scientist of the Russian Federation.

**BECHET-GOLOVKO
Karine** Doctor of Public Law (France).

**BONDAR
Nikolay
Semenovich** Doctor of Law, Professor, Judge of the Constitutional Courts of the Russian Federation, Merited Lawyer of the Russian Federation, Merited Scientist of the Russian Federation.

**GRACHEVA
Elena
Yurievna** Doctor of Law, Professor, Head of the Department of Financial Law, First Vice-Rector of the Kutafin Moscow State Law University, Merited Lawyer of the Russian Federation, Merited Worker of Higher Professional Education of the Russian Federation, Merited Specialist in Science and Technology of the Russian Federation.

**DMITRIEVA
Galina
Kirillovna** Doctor of Law, Professor, Head of the Department of the International Private Law of the Kutafin Moscow State Law University, Merited Scientist of the Russian Federation, Merited Worker of Higher Professional Education, Merited Lawyer of the City of Moscow.

**ISAEV
Igor
Andreevich** Doctor of Law, Professor, Head of the Department of History of State and Law of the Kutafin Moscow State Law University, Merited Scientist of the Russian Federation.

**KOMORIDA
Akio** Professor of the Kanagawa University (Japan).

**KOLYUSHIN
Evgeniy
Ivanovich** Doctor of Law, Professor, Member of the Central Election Committee of the Russian Federation, Merited Lawyer of the Russian Federation.

MALINOVSKIY Vladimir Vladimirovich	PhD in Law, Vice Prosecutor-General of the Russian Federation, Class 1 State Councillor of Justice.
NOGO Sreto	Doctor of law, Professor of John Naisbitt University (Belgrade, Serbia), President of The Serbian Royal Academy, Secretary General of Association of international criminal law, Vice-President of the World Forum on fighting with organized crime in the Global Era (headquarter in Beijing).
OTMAR Seul	Doctor of Law, Merited Doctor of Law, Emeritus Professor of the University Paris Ouest-Nanterre-La Defense (France).
PAN Dunmey	Doctor of Law, Professor of the law Institute Heilongjiang University of China, invited researcher at the Slavic research Center of Hokkaido University of Japan.
PILIPENKO Yuri Sergeevich	Doctor of Law, Professor of the Department of Advocacy and Notaries of the Advocacy Institute, President of the Federal Chamber of Advocates of Russia.
RADKO Timofey Nikolaevich	Doctor of Law, Professor of the Department of Theory of State and Law of the Kutafin Moscow State Law University, Merited Lawyer of the Russian Federation.
RAROG Aleksy Ivanovich	Doctor of Law, Professor, Professor of the Department of Criminal Law of the Kutafin Moscow State Law University, Merited Scientist of the Russian Federation, Merited Lawyer of the City of Moscow.
RASSOLOV Ilya Mikhailovich	Doctor of Law, Acting Head of the Department of Legal Information Science of the Kutafin Moscow State Law University, Editor-in-Chief of the Journal «Judicial and Law-Enforcement Practice».
RYBAKOV Oleg Yurievich	Doctor of Philosophy, Doctor of Law, Professor, Head of the Department of Theory and History of State and Law of the Russian Law Academy of the Ministry of Justice of the Russian Federation, Member of the Russian Section of the International Association of Philosophy of Law and Social Philosophy, Member of the Commission on Science of the Association of Lawyers of Russia, Member of the Expert Committee on Law of the Ministry of Education and Science of the Russian Federation, Merited Worker of Higher Professional Education of the Russian Federation.
TUMANOVA Lidia Vladimirovna	Doctor of Law, Professor, Head of the Department of Civil Process and Law-Enforcement Activities, the Dean of the Law Faculty of the Tver State University, the Merited Lawyer of the Russian Federation.
FEDOROV Aleksandr Vyacheslavovich	Vice-Chairman of the Investigation Committee of the Russian Federation, Colonel General, PhD in Law, Professor, Editor-in-Chief of the Journal «Drug Enforcement» (Narcocontrol).
HELLMANN Uwe	Dr. iur. habil, Professor, Head of the Department of the Criminal and Economic Criminal Law of the Law Faculty of the Potsdam University (Germany).
SHEVELEVA Natalia Aleksandrovna	Doctor of Law, Professor of the Department of Constitutional and Municipal Law of the St. Petersburg State University.
SHUGRINA Ekaterina Sergeevna	Doctor of Law, Professor of the Department of Constitutional and Municipal Law of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL).
de ZWAAN Jaap Willem	(Emeritus) Professor of the Law of the European Union at Erasmus University Rotterdam (The Netherlands), also Jean Monnet Professor.

Editorial Board

- GROMOSHINA Natalia Andreevna** Doctor of Law, Professor of the Department of Civil and Administrative Law of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL).
- ERSHOVA Inna Vladimirovna** Doctor of Law, Professor, Head of the Department of Entrepreneurial and Company Law of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL).
- ZHAVORONKOVA Natalia Grigorievna** Doctor of Law, Professor, Head of the Department of Environmental and Natural Resources Law of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL).
- ZUBAREV Sergey Mikhailivich** Doctor of Law, Professor, Head of the Department of Administrative Law and Process of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL).
- ISHCHENKO Yevgeniy Petrovich** Doctor of Law, Professor, Head of the Department of Forensic Science of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL).
- KASHKIN Sergey Yurievich** Doctor of Law, Professor, Head of the Department of Integration and European Law of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL).
- KOMAROVA Valentina Viktorovna** Doctor of Law, Professor, Head of the Department of Constitutional and Municipal Law of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL).
- KORNEV Arkadiy Vladimirovich** Doctor of Law, Professor, Head of the Department of Theory of State and Law of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL).
- LYUTOV Nikita Leonidovich** Doctor of Law, Associate Professor, Head of the Department of Labour Law of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL).
- MATSKEVICH Igor Mikhailovich** Doctor of Law, Professor, Head of the Department of Forensic Studies and Criminal Executive Law of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL).
- SLESAREV Vladimir Lvovich** Doctor of Law, Professor of the Department of Civil Law of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL).
- SMIRNOV Aleksandr Fedorovich** Doctor of Law, Professor of the Department of Forensic, Prosecution and Investigation Activity of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL).

СОДЕРЖАНИЕ

ИСТОРИЯ ПРАВА

- Исаев И. А.** «Мятеж не может кончиться удачей...»
(легальные основания революционного мифа). Часть 1 9

СРАВНИТЕЛЬНОЕ ПРАВОВЕДЕНИЕ

- Головина А. А.** Конфликты правовых идей и концепций: конструктивные и деструктивные аспекты . . . 30

ПРАВО И ЭКОНОМИКА

- Ситник А. А.** Платежная система Банка России 45

ТЕОРЕТИЧЕСКИЕ ПРОБЛЕМЫ ОТРАСЛЕЙ ПРАВА

- Богданова Е. Е.** Понятие и содержание права кредитора на защиту 57

- Воронов Е. Н.** Система и принципы судебного права 65

СОВЕРШЕНСТВОВАНИЕ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА

- Жаворонкова Н. Г., Выпханова Г. В.** Правовые проблемы и направления совершенствования государственного управления в области лесных отношений 78

ВОПРОСЫ ПРАВОПРИМЕНЕНИЯ

- Артёменков С. В., Кравец В. Д.** Ответственность мажоритарного акционера при принудительном выкупе акций: вопросы правоприменения 94

- Немцева В. Б.** Особенности судебного решения по делам об оспаривании нормативных правовых актов 105

МЕЖДУНАРОДНОЕ ПРАВО

- Маммадов У. Ю.** Правовые основы и практика защиты касающихся окружающей среды прав человека в связи с вооруженными конфликтами 119

МЕЖДУНАРОДНОЕ ЧАСТНОЕ ПРАВО

- Луткова О. В.** Специальные коллизионно-правовые принципы регулирования трансграничных авторских отношений 129

ЗАРУБЕЖНОЕ ПРАВО

- Саввина О. В.** Влияние «репродуктивного туризма» на законодательство, регулирующее суррогатное материнство 140

ДИСКУССИОННАЯ ТРИБУНА

- Клеймёнов М. П.** Криминологическое законодательство и криминологическое право в России 148

ИМЯ В НАУКЕ

- Стрельникова И. Ю.** Судебная власть в политико-правовых воззрениях М. М. Ковалевского 160

ЗАМЕТКИ НА ПОЛЯХ

- Учение о транспортных преступлениях: информационно-справочные аспекты 171

CONTENTS

HISTORY OF LAW

- Isaev I. A. "A Rebellion Cannot End in Good Fortune..." (Legal Foundations of a Revolutionary Myth). Part 1 9

COMPARATIVE LEGAL STUDIES

- Golovina A. A. Conflicts of Legal Ideas and Concepts: Constructive and Destructive Aspects 30

LAW AND ECONOMICS

- Sitnik A. A. The Payment System of the Central Bank of Russia 45

THEORETICAL ISSUES OF BRANCHES OF LAW

- Bogdanova E. E. The Concept and Essence of the Creditor's Rights to Protection 57

- Voronov E. N. The System and Principles of Judiciary Law 65

IMPROVEMENT OF LEGISLATION

- Zhavoronkova N. G., Vypkhanova G. V. Legal Problems and Directions of Public Administration Improvement in the Field of Forest Relations 78

ISSUES OF LAW ENFORCEMENT

- Artemenkov S. V., Kravets V. D. Majority Shareholder's Liability during Compulsory Redemption of Shares: Issues of Law Enforcement 94

- Nemtseva V. B. Special Features of a Court Decision in Cases on Challenging Regulations 105

INTERNATIONAL LAW

- Mammadov U. Yu. Legal Framework and Practice of the Protection of Environmental Human Rights in the Context of Armed Conflict 119

PRIVATE INTERNATIONAL LAW

- Lutkova O. V. Special Conflict of Laws and Legal Principles on Regulation of Cross-Border Copyright Relations 129

FOREIGN LAW

- Savvina O. V. The Influence of "Reproductive Tourism" on Legislation Governing Surrogacy 140

DISCUSSION FORUM

- Kleymenov M. P. Criminological Legislation and Criminological Law in Russia 148

NAME IN THE SCIENCE

- Strelnikova I. Yu. Judicial Power in the Political and Legal Views of M.M. Kovalevsky 160

MARGIN NOTES

- Study on Transport Crimes: Background Aspects 171

«МЯТЕЖ НЕ МОЖЕТ КОНЧИТЬСЯ УДАЧЕЙ» (ЛЕГАЛЬНЫЕ ОСНОВАНИЯ РЕВОЛЮЦИОННОГО МИФА). ЧАСТЬ 1

Аннотация. В статье делается попытка выявить и проанализировать воздействие революционной идеи, взятой на предельно глубинном онтологическом уровне ее существования, на процессы государственного и правового строительства. «Революционный мир», или идеология революции, реализуется в действующих правовых нормах и правовой политике. Пробный анализ позволяет обнаружить некий общий для всех исторических революций алгоритм и закономерности. Уточняя правовые различия в оценках таких явлений, как «бунт», «мятеж», «восстание» и т.п., возможно более определенно очертить и легальные рамки самого феномена революции.

Политические аспекты этого явления становились определяющими при оценке революционных действий и преобразований, в зависимости от результатов революционной борьбы определялась и ее легитимность. Что касается легальных оснований революции, то их относительный характер был очевиден. Изменяющаяся юридическая терминология, посредством которой отписывались действительные революционные акты и события, в определяющей степени зависела от фактического соотношения сил и позиции законодательной власти.

Борьба властей обозначала начало революционного этапа развития, на котором существенным образом менялись принципы государственного управления, формы правления и правовая система государства. Стремление к обновлению сочеталось с применением учредительного и правоустанавливающего насилия. Закономерным итогом борьбы становятся гражданская война и наступление диктатуры, которые также в определенной степени могут быть описаны на языке права и юриспруденции. Революция, которая презентовала на глобальную значимость и перманентность, превращалась в мощную историческую силу, оказавшую влияние на становление всех современных мировых государственных и правовых систем.

Ключевые слова: легальность, легитимность, законность, справедливость, насилие, диктатура, тирания, мятеж, бунт, восстание, ресентимент, гнев, раб, господин, война, сословие, класс, равновесие, мир.

DOI: 10.17803/1729-5920.2018.135.2.009-029

1. ТРАГИЧЕСКИЙ БУНТ

Прошлое — это «колодець глубины несказанной» — первоосновы истории недостижимы, они снова и снова уходят от нашего лота в без-

донную даль, показывая лишь мнимые рубежи и вехи, за которыми опять открываются дали прошлого. Поэтому практически начало истории любой человеческой общности или народности определяется лишь условной отправной точкой,

© Исаев И. А., 2018

* Игорь Андреевич Исаев, доктор юридических наук, заведующий кафедрой Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА)

kafedra-igr@mail.ru

125993, Россия, г. Москва, ул. Садовая-Кудринская, д. 9

на которой как на первоисточке и останавливается познание. Так говорит Томас Манн, приступая к написанию своего романа-мифа.

Политические мифы, как полагал уже Ж. Сорель, следует рассматривать, кроме прочего, еще и как средство реального воздействия на настоящее. «Для нас важен миф как целое, а отдельные его части имеют значение лишь постольку, поскольку они ярче выделяют идею, заключенную в этой конструкции. Даже если революционеры полностью заблуждаются, рисуя себе фантастическую картину, эта картина может стать мощнейшим источником силы во время подготовки к революции при условии, что она включает в себя все чаяния социума и выражает всю совокупность революционных идей»¹.

Миф революции не имеет своего исторического дна и своего дня рождения, хотя термин, ее обозначающий в ходе определенных метаморфоз и трансформаций, появляется и закрепляется в политическом мышлении и лексиконе в обозримый исторический период, который можно более или менее определенно очертить. В настоящее время область применения термина значительно расширилась — появились такие синтетические определения, как «культурная революция», «научная революция», «промышленная революция» и т.п. Поэтому поиск глубинных корней явления и его понятия становится еще более затруднительным.

Некоторую надежду, правда, дает неизбежная в этом случае семантическая локализация проблемы, когда феномен сводят к одной из двух основных разновидностей революционного преобразования — политической или социальной революции. При этом учитывается тот факт, что большая часть исторических исследований, начиная с античных времен, уже сами по себе являлись исследованиями именно сферы политического, которое в качестве достаточно артикулированной категории дискурса появляется в некотором вполне обозримом прошлом, пространство исследования еще более сужается, когда мы стараемся проследить взаимодействие революционной идеи в ее более узком смысле и закона (права) в его широком смысле: и речь здесь уже может идти не столько об узаконенности самой революции или ее идей, сколько об имманентности право-

вой субстанции, пронизывающей формы и дух революционного мирового и «перманентного» движения: когда оно начинается и когда заканчивается (если вообще заканчивается) — вопрос, который всегда оставался до конца так и не выясненным. При этом каждая эпоха считала только свою собственную, актуальную революцию по-настоящему значимой; а все, что было до нее в прошлом, казалось только подготовкой к ней. Для каждого исторического этапа всегда находилась своя собственная точка исторического отсчета; ведь колодец мифа бездонен. Отношение современников к революции может быть предельно противоречивым, ее осуждают и ею восторгаются. И вот тут-то более сдержанные и рациональные оценки, предлагаемые законом и законодателем, могут продемонстрировать нам известный обывательский и нередко даже — здравый смысл...

* * *

В войне богов с титанами у Гесиода явное этическое предпочтение (по выражению Л. Петражицкого — «этическая интуитивно-правовая санкция») отдавалось богам, которые героически защищали космический порядок и космический закон против первых бунтовщиков. И норманнские асы также боролись с некими темными силами беспорядка, чтобы защитить от них небесные твердыни и Закон. И прорыв восставших ангелов под руководством Люцифера также закончился поражением его анархического воинства: у Ансельма Кентерберийского ангелы, предпочитавшие благо справедливости, тем самым теряли само это благо; справедливость же должна была обеспечить космическую стабильность, т.е. порядок.

На метафизическом уровне все эти события оценивались как разные формы и проявления борьбы добра со злом. Гегель проицательно предложил различать в этой борьбе за временными и преходящими видимостями субстанцию, которая имманентна, и вечное, которое актуально: Джанбатиста Вико назвал стоящие за этой борьбой идеи естественными законами «вечной государственности», которые, хоть и меняются в зависимости от времени и страны, но всегда остаются в своей сущности неизменными².

Подрывные силы в древней латыни обозначались как *revolutta*, а также близкими к этому

¹ Сорель Ж. Размышления о насилии. М., 2013. С. 128.

² См.: Эвола Ю. Люди и руины. М., 2002. С. 30—31.

термину понятиями, соответственно означавшими «подрыв», «возмущение», «волнения», «публичные потрясения». Эти силы всегда стремятся к чему-то новому и превозносят его превосходство над традицией, само отсутствие принципов они подменяют мифом будущего, которым будут пытаться оправдать все революционные потрясения и разрушения.

Существует особый склад мышления, для которого только человеческое является предметом возвышения и прославления. «Все униженное, темное, болезненное... горделиво величается трагическим. Первообразом мятежного человеческого духа принято считать первых бунтарей против высших сил типа титанов и Прометея». Юлдиус Эвола утверждал, что прометеизм отличается плебейским и узурпаторским характером: историческое развитие линии, связанной с Прометеем, характеризуется стремлением к свержению всех форм вышестоящей власти и замене их принципами и ценностями, присущими низшим слоям социального организма. Делая выбор в пользу прометеизма, делают выбор и двух видов свободы — свободы господина и свободы бунтовщика, выбирая вторую³.

Наиболее значимые события в политическом мире всегда происходят не на поверхности, а в глубине, где как раз и действуют те самые силы и влияния, которые нередко имеют совсем иную, чем просто человеческую — индивидуальную и коллективную — природу и воздействие которых зачастую носит решающий характер (здесь речь идет о борьбе сил космоса против сил хаоса, где первым соответствует все связанное с формой, порядком, законом, духовной иерархией и традицией, а вторым — все влияния, ведущие к раздробленности, разрушению, упадку, к торжеству низшего над высшим, материи над духом, количества над качеством. («Миром управляют совсем другие люди, нежели воображают себе те, чей взгляд не способен проникнуть за кулисы», — со знанием дела утверждал Дизраэли в своей «Сибилле».) В феномене революции всегда остаются незамеченными некие незримые возбудители — кроме явных виновников конфликтов здесь всегда имеются и скрытые зачинщики, «все происходящее в ходе бес-

порядочного движения народов втайне подготавливается теми, кто желает обеспечить собственное господство». Поэтому революции и оказываются всегда и неразрывно связанными с насилием⁴.

Курт Хюбнер сравнивает «Прометея» Эсхила и «Кольцо нибелунгов» Вагнера, отмечая, что, подобно Зевсу, Вотан также изменяет своему святому долгу властвования над стихийными силами природы тем, что поддается искушению превышения власти. В мифе о «кольце» эти стихийные силы олицетворены в великанах. Сотворенное Зевсом и Вотаном насилие затягивает в порочный круг и жизнеобеспечивающие силы. К тому же нибелунги, олицетворяющие мрачного и всененавидящего демона, рассматривали природу и людей только как объекты своего господства и эксплуатации: обитель нибелунгов — это мировое господство, безостановочная деятельность, непрерывный труд. Вотан вовлекается в этот мир, тем самым разрушая свое божественное царство. Отсюда исходят мрачный ужас, ненависть, проклятья и бешеный труд.

Хотя дневной мир и озарен блеском олимпийского божественного света, но он обманчив и может ослеплять людей. Из-за этого и жизнь здесь на Земле неподвижна. Противостояние дня и ночи оказывается подобным противоположности «обманчивой видимости разложившегося земного правового, государственного и общественного порядка, с одной стороны, и таинства спасительной глубины мира — с другой»⁵.

В противоположность олимпийскому уму титанический пребывает в постоянном беспокойстве и поиске, являя свою изобретательность, но всякое изобретение Прометея приносит в мир только новые несчастья для человечества. Из трагического величия оно погружается в оцепенелое существование, которое из всей титанической роскоши человеческих завоеваний последних времен знает «только необходимое трудовой скотине, охваченной экономической одержимостью» обожествления труда⁶.

Сам Прометей, один из первых наиболее известных бунтовщиков, бросил свой вызов божественному закону и порядку, руковод-

³ Эвола Ю. Смех богов // Лук и булава. СПб., 2009. С. 155.

⁴ См.: Эвола Ю. Люди и руины. С. 190—195.

⁵ Хюбнер К. Истина мифа. М., 1996. С. 361—370.

⁶ Эвола Ю. Лук и булава. С. 157.

ствуюсь не только одними альтруистическими мотивами, боги и полубоги вообще мало заботились о человеке. Дерзость бунтаря всегда направлена против парализующего насилия со стороны власть имущих. На насилие он отвечает насилием, правонарушением и грехом: он действует и одним этим уже нарушает равновесие существующего порядка, он преступает этот порядок, чтобы уйти от подчинения и бездействия. Для него движение — это все, конечная цель — ничто.

Согласно Ницше трагедия Эсхила о Прометее есть настоящее прославление спонтанной и героической активности в противовес трагедии Софокла «Эдип», где прославлялась явная жертвенная пассивность. Эта самая активность «греха» и есть спорная прометеева доблесть; ядро мифа о Прометее неожиданно раскрывается как «необходимость преступления, поставленная титанически стремящемуся индивиду»: поскольку все лучшее, как выясняется, что выпадает на долю человека, он достигает путем преступления, за что и получает от богов соответствующую кару. Этическая подпочва в трагедии Эсхила — оправдание зла в человечестве — и в смысле человеческой вины, и в смысле его последующих страданий.

И вина и преступление здесь порождены взаимопроникновением различных миров, из которых каждый вполне имеет право на обособленность, за что каждый и должен, соответственно, расплачиваться. «Поэтому и оправданы в трагедии вина и кара, ибо — формулирует по-гераклитовски Ницше свой вывод — все существующее справедливо и несправедливо и в обоих «видах» равно оправдано»⁷. Трагедия требует «движения целого», оживляющего человеческое сообщество, власть же избегает этой трагедии, заставляя работать на себя только те силы, которым сама эта власть необходима⁸: для власти же необходимы стабильность и неизменность, некая «гранитная статика».

«У объективности и справедливости нет ничего общего», — уверял Ницше: творить справедливый суд может только превосходящая сила, слабость же должна быть терпимой, если она не хочет превращать в комедию суд, творимый этой справедливостью. Но справедливость не должна автоматически

выводиться из субъективного чувства мести (ресентимента) — быть справедливым предполагает позитивную установку. Активный, «переступательный», агрессивный человек всегда оказывается ближе к справедливости, чем человек реактивный: «Не справедливость здесь творит суд и не милость диктует приговор, но только жизнь как некая темная, влекущая, ненасытно и страстно сама себя ищущая сила». Не случайно Боссюэ как-то сказал, что справедливость — это только вид мученичества⁹, поиск справедливого — это вечный, напряженный, жертвенный процесс сопротивления несправедливому, некое перманентное действие. Уже в греческой трагедии вина, наряду с действием, стала промежуточным звеном между актами действия и страдания: вина здесь нечто гораздо большее, чем субъективная вина, она является наследственной виной и ее субстанциональный характер делает страдание еще более глубоким — это и видно на примере Эдипа.

2. ТИТАНЫ И «ГИБРИС»

Требование (не потребность) в справедливости не является объективным правовым императивом, оно располагается где-то в глубине психического, выходя наружу в виде амбиций и страсти. У греков человеческая негативная амбиция или «спесь» («гибрис») и божественное в сфере справедливого возмездия встречаются друг с другом довольно рано. Уже у Гомера «Немезида» представляла собой откровенную неприязнь, отвращение к несправедливости: богиня появляется на свет как страж справедливой меры и одновременно как противник чересчур уж большого, излишнего человеческого счастья. «Гибрис» же обозначает и самонадеянность, и одновременное поспание порядка, когда человек берет на себя больше ему положенного — и только со временем из этой идеи вырастает приемлемая для грека идея справедливости, которая будет означать не только равенство перед законом, но и справедливую долю выделяемых государственных благ, как материальных, так и духовных. «Каждому свое» — «эта идея равенства имела более глубокие основания; она была движущей силой в борьбе за новый тип

⁷ Голосковер Я. Э. Логика мифа. М., 1987, С. 110—111.

⁸ Кайуа Р. Власть // Коллеж социологии. СПб., 2004. С. 127.

⁹ Цит. по: Бертрам Э. Ницше. Опыт мифологии. СПб., 2013, С. 130—132.

государственного устройства, и на ней была построена греческая «демократия» (М. Нильсон)¹⁰.

Однако представления о «гибрисе» и «Немезиде» вскоре стали применяться преимущественно к распределительной справедливости: «чем выше поднимается человек, тем ниже он падает», сам «гибрис» приобретает исключительно негативный оттенок некоей «противоправной» нигилистической страсти. Он начинает представляться сразу и несправедливым, и незаконным. «Каждому по его заслугам» — этот принцип теперь указывал и на реально происходящую дифференциацию полиса и на рождение новых объективных критериев и меры: Аполлон как бог порядка и законности определяет здесь меру, стережет границу и любит все хорошо слаженное. Он не бог каких-то невнятных переходов и уступок, столь свойственных мистике пифагорейцев, он резко и неумолимо являет свою четко выраженную волю.

И если Аполлон — страж Зевса, то темный Пифон — страж Геи-Земли. В царстве Пифона в полной мере повелевают жестокие эринии, их законы кровной мести и вины значительно древнее самого царства олимпийских богов. Но старое право крови уже постепенно уходит в прошлое: каким бы ни было решение суда (как в деле Ореста), о восстановлении старого права теперь уже не может быть и речи. Старый закон поддерживают только хтонические темные силы Земли, титаны и демоны: Макробий говорил, что «царство переходящих вещей начинается у луны и уходит книзу».

На поверхности же тем временем возрастает царство Эриды, богини раздора. Ее брат Арес был настоящим «богом войны, распрей и борьбы». Ницше в «Гомеровском соревновании» удивленно восклицал: «Греки — эти самые гуманные люди древних времен — несли в себе черту жестокости, жажду уничтожения»¹¹.

И Рихард Вагнер, мечтавший о «революции человечества», тоже упрекал греков и их государство в беспросветном и пассивном бездейственном консерватизме: Эсхил, воплотивший этот консерватизм в «Оресте», тем самым противостоял уже революционному Периклу. И поражение Эсхила стало первым шагом к декадансу как греческой трагедии, так и первой

ступенью к духовному распаду афинского государства. Тысячелетняя «революция», следовавшая за этим, обнаружила свое явное тяготение в сторону реакции: «она низвела до рабства человека, прежде прекрасного и свободного; раб ведь и сейчас не свободен, но зато свободный человек стал рабом»¹².

Онтологическая трагедия человека выразилась в его конфликте с божеством, выливающимся в непрерывное столкновение между Мойрой, олимпийцами и хтоническими силами: у Эсхила эти конфликты всякий раз вели к соглашению и компромиссу, зато у Софокла весы постоянно склонялись в сторону «царства Земли и Ночи». Олимпийцы упорно защищали свой государственный порядок, но уже в «Антигоне» царство мертвых впервые торжествует над солнечной идеей государства, и свободный человек в своем развитии явно движется в сторону хтонических сил и «хтонической Ночи», наивно полагая, что тем самым подчиняется «священному в священном»¹³. Поэтому Антигона ссылается на закон, более значимый, чем человеческий закон, против которого она восстает, и на указания богов, более важных и могущественных, чем боги полиса и олимпийцы с их «солнечным» государственным законом.

Взятие власти Зевсом оказалось поворотным моментом. Боги вновь начинают управлять человеческими судьбами посредством законов, и тогда титаническое отступает, а проигравший Кронос продолжает господствовать теперь уже только в царстве теней. Титанов, своевременно перешедших на сторону богов, мифы уже не изображают как преступников и самонадеянных существ — их власть также обусловлена законом и необходимостью. Они предстают как блюстители механической закономерности, повелевают течением стихии. Они — держатели, хранители, попечители, стражи и руководители этого порядка. Они же — его основатели, начинающие и развивающие его со времен самого темного хаоса, почему они и не позволяют хаосу вернуть все существующее в пучину неопределенности. Кроме того, титанической сущности чужда некая середина, поскольку середина и свершения соответствуют друг другу, ведь середина

¹⁰ См. об этом: Шек Г. Зависть. М., 2008. С. 184.

¹¹ Эдинггер Э. Душа в Античности. М., 2015. С. 64.

¹² Вагнер Р. Искусство и революция // Кольцо нибелунгов. М., 2001. С. 688.

¹³ Хюбнер К. Указ. соч. С. 194—195.

становится заметной только в свершении: еще Солон говорил, что никого на полпути жизни и раньше смерти нельзя превозносить как счастливого¹⁴.

Поскольку титаны представляют собой нечто движущееся, они также являются движимыми: их борьба полна беспокойства становления, и это беспокойство есть страдание. Они ближе к хаосу, чем к богам, и поэтому в них есть нечто хаотичное. Но в самом хаосе еще нет необходимости, ведь в нем нет закономерности, зато в титаническом законе вечного возвращения необходимость только усиливается, становясь настоящим произволом: «Произвол — лишь иное наименование необходимости, ее соотнесенности с волей». Тогда неупорядоченное и необособленное начинают претерпевать упорядочение и обособление и этот порядок, преисполненный беспокойства становления, обретает черты настоящей скорби. В греческой трагедии страдание ужасно, но скорби меньше, чем в современной трагедии, поскольку вина греческого героя остается неясной, герой остается подчиненным только своей неумолимой судьбе (Пьер Клоссовски).

В царстве Кроноса не было государственности, законов и установлений, не было закона Адреатии, о котором Платон говорит в «Федре»; вместе с тем «титаническое является неотъемлемой частью всякого созидательного строительства на земле, оно всегда в нем как бы предполагается», поэтому оно и соединяет прометеевское начало с дионистическим темным насилием.

В конце эсхиловского мифа о Прометее Зевс снова возвращается к своему законоправлению как божественный властитель мира, позволяет освободить Прометея и отпускает на волю взбунтовавшихся титанов, тем самым восстанавливая глобальный всеохватывающий закон Геи-Земли. Реабилитированные «революционеры-титаны» оказываются подчиненными какому-то более высокому и неведомому закону справедливости. Очевидно, что стихийное начало здесь имеет свою необходимую природу, и в нем господствует одна только необходимость, и здесь больше уже нет речи о свободе — все развивается по самым жестким законам: в царстве Кроноса человек целиком вовлечен в титанический порядок, где теперь уже отсутствуют боги.

Здесь не существует и настоящих героев: ведь титаны не имеют собственной судьбы, подобно судьбе человеческой. В их царстве нет настоящего развития, нет изменения — здесь присутствует лишь периодическое повторение поколений, возвращающихся и поочередно погружающихся в неизвестность.

Сущность титанизма по-настоящему механическая. Закономерность становления, которую они только и признают, подобна «возвратно текущему океану». Но и без титанов господство богов не имело бы прочной опоры. Поэтому итогом их борьбы оказывается лишь смена господства, «лишающая титанов права первородства и повергающая их в глубины ущелий и пещер».

Сам же человек приобретает титаническую сущность, когда утрачивает меру в своем волеизъявлении, в этом становлении действует совсем иная могущественная воля: человек пытается достичь недостижимого, при этом изнемогая от собственных усилий. «Титанизм человека заявляет о себе там, где жизнь понимается только как трудовая, а мир — как мир труда: титанизм проявляется в громадных замыслах и усилиях, которые превосходят всякую меру и затем терпят крах самым жалким образом, когда иссякают последние силы»¹⁵. Стремление человека к безграничной свободе и независимости, по сути, тоже титанично, поэтому и коррективом этого стремления становится все та же механическая необходимость (настоящая сакрализация труда и его носителя («пролетариата») придет значительно позже, уже с началом Нового времени. «Чернь» тогда чудесным образом преобразуется в организованный опять же на основе труда класс, загадочный и непредсказуемый в своем стремлении, как и подобает настоящим теллурическим силам Земли).

Круговращение космоса и стихийное беспорядочное движение материи истории у Платона обуславливали неустойчивость политической формы государства; ведь если время истории — только случайность и хаос, то тогда и все остальное идет вразброд, «государства неизбежно то и дело будут менять свои формы правления, становясь поочередно то тираниями, то олигархиями, то демократиями, и нет этим переменам конца». «Время, и так полное противоречий, порождает худшее из них —

¹⁴ Юнгер Ф. Греческие мифы. СПб., 2006. С. 106—110.

¹⁵ Указ. соч. С. 120—124.

вечную войну». Вслед за Гесиодом Платон повторяет: даже в упорядоченном царствовании Зевса люди все равно как слепые «движутся в пучину неподобного».

Но упадок идеального государства парадоксальным образом соответствует и сопутствует некоему сознанию, которое протекает вне времени: «Абсолютное благо сменяется абсолютным злом, цикл Зевса симметричен и соответствует циклу Кроноса, такому же символу вечности; ряд государственных форм оказывается подчиненным порядку, но это — уже совсем не исторический порядок»¹⁶. Силы священного обычно обладают законной локализацией, тогда как «область скверны представляется расплывчатой и неопределенной»: именно эти последние и ответственны за нарастающие волнения, беспорядок, лихорадку¹⁷. Собственно говоря, ведь только ради «гибрис», а не ради мести Афины разрушали окружающие их малые города. Но известно, что *hybris* — это насилие, превосходящее любую меру, нечто запредельное, стабильности не бывает без спора (*polemos*), и именно он — отец всего (Гераклит).

Фукидид утверждал, что справедливость, хоть и возникает на основе равной для всех необходимости, однако тот, кто оказался сильнее, всегда может делать то, что хочет, а слабый — только уступает этому. И нельзя придать еще какой-либо реальной смысл справедливости, кроме как смысл равновесия сил. (Паскаль позже с горечью скажет: «Не умея придать силу справедливости, стали считать саму силу справедливой».) Так и возникает форма «гибриса», основанная уже на «логосе», а не на «пафосе», она оказывается имманентной «полюмосу», уже как самой настоящей рациональной технике войны: «гибрис» теперь верит в собственную силу и умеет рассчитывать ее: традиционные формы не должны мешать самым сильным, которые хорошо «знают, в чем настоящая справедливость и при этом ссылаются на необходимость».

И «*polemos* может породить *status* только потому, что уже содержит в себе коварный *hybris*, который в нем созревает»: самый холодный разговор о войне, самый расчетливый

дискурс всегда находится в каком-то леденящем диалоге со все опустошающим насилием до пор, пока человеческая природа остается такой, какая она есть¹⁸.

3. «ГОСПОДИН» И «РАБ»: РОЖДЕНИЕ РЕСЕНТИМЕНТА

Выступление софистов стало первым в истории серьезным кризисом политической идеологии. Софисты обличали божественное происхождение законов общежития и существования «естественного» права, справедливого по своей сути, полагая такое право измышленным понятием, навязанным одними людьми другим. Софист Фрасимах называл право «продуктом силы, существующим в интересах сильных»; Калликл верил, что законы общежития придуманы «сборищем слабых», не желающих смириться с тем, чтобы сильные люди имели больше и занимали более высокое положение, чем могут «слабые и ничем не примечательные». Поэтому сильные должны освободиться от опутывающих их рабских цепей и возвыситься над существующими обстоятельствами и нормами. (Л. Петражицкий полагал, что оказавшиеся столь живучими идеи софистов значительно позже были поддержаны уже в современном правоведении авторитетом Ницше и Йеринга¹⁹.) Но ненависть против сильных — это только лишнее доказательство их силы. Когда «полюмос» вырождается в самовластие, необходимость войны за жизнь со стороны полиса (который и сам по себе есть не что иное, как сила разрастания и усиления) «возводит настоящий памятник злу, им же посеянному».

Необходимость, как туча, нависает над городом, который только так и может выразить свою силу: ей не избежать императивности и приказов, но ведь и сам процесс командования неизбежно порождает любые формы вражды, «ибо повеление всегда существует как тирания» (Ксенофонт)²⁰. Неурегулированная нормами агрессивная сила (по сути, гоббсовская напрогноченная «война всех против всех») преимущественно направлялась не на создание порядка, а на разрушение всего су-

¹⁶ Видаль-Накэ П. Черный всадник. М., 2001. С. 87—88.

¹⁷ См.: Кайуа Р. Двойственность сакрального // Коллеж социологии. СПб., 2004. С. 257.

¹⁸ См.: Каччари М. Геофилософия Европы. М., 2004. С. 51—52.

¹⁹ См.: Петражицкий Л. И. Кризисы культуры // Теория и политика права. СПб., 2015. С. 881—882.

²⁰ См.: Каччари М. Указ. соч. С. 52—53.

ществующего и стихийно возникающего. Древнейшей формой справедливости могла быть только сила. И греки же первыми попытались осмыслить происхождение этого агрессивного импульса, непременно ведущего к войнам и конфликтам.

Кризис традиционного мира пробудил к жизни древний субстрат, матриархальный и натуралистический по своей сущности. «Материя освободилась от уз формы и получила верховную власть» (демократия, массы, народ, нация... в противовес всему тому, что представляло собой государство). Принципы политического идеала утратили патриархально-духовный характер» и стали связываться с натуралистической субстанцией, миром количества и иррациональностью коллективных чувств, приводимых в движение мифами и идеологиями²¹.

Власть и сила выходили за пределы полиса в открытый мир, который для греков так никогда и не стал империей. Мир, в котором, как полагал Гегель, самосознание впервые заявляет о себе, оказался расколотым на две противоборствующие и взаимодействующие сферы: в одной человек был привязан к своему труду настолько, что тот определял само его существование; в другой — человек обладал (законно или незаконно) чужим трудом и становился господином в силу только одного факта этого обладания. Труд настолько приковывал «раба» к предметам, что его сознание само существовало в виде некоей «вещности». Но процесс труда приводил еще и к рождению самосознания не только самого работника, но и его господина, в «основе довольства которого лежала его свобода от работы». Гегель раскрывает природу отношений господства и рабства как «отношения, каждая сторона которого признает, что обладает своей сущностью в другой... Противоположения субъекта объекту, ранее категорически определявшие формы духа... исчезают».

Но в вещности обнаруживается и некоторая форма самосознания: ею стал стоицизм, как казалось, преодолевший ограничения, налагаемые на человека природой и обществом²².

Из хаотического состояния гоббсовской войны всех против всех на историческом фоне выделяются две ключевых фигуры. Схема их исторического становления для Гегеля выглядела

следующим образом: будущий «господин» и будущий «раб» в качестве статусов уже были predetermined природным и независимым от них миром. Но «господин», в ходе борьбы и рискуя жизнью, поднимается над своей личной природой и в силу этого становится полноценным и полноправным существом. После этого он заставляет «раба» работать на себя, и тот в процессе труда изменяет окружающий мир и также поднимается над природой сам. «Раб» своими действиями изменяет мир, а следовательно, и природное состояние «господина». Тем самым историческое становление человеческого существа оказывается скорее делом «раба-труженика», чем «господина-воина»: только труд по-настоящему преобразует мир и творит историю. Но абсолютное рабство порождает и абсолютного господина, который по своей сути пассионарен и предельно активен. «Цари и архонты — не те, кто имеет скипетр, или был выбран сметными людьми, или захватил это место волей случая или силой и обманом, а те, кто умеет править», — говорил Ксенофонт.

Поначалу «раб» еще не решается бороться за свою свободу и прежде, чем ее реально осуществить, выдумывает ряд идеологий, которые служат оправданием его рабству: стоицизм убеждает раба в том, что он действительно свободен только лишь потому, что знает, что он свободен. Ему достаточно одной идеи такой свободы, свобода здесь отождествляется со свободомыслием: налицо реальное бездействие «раба»; «раб» пытается также оправдать свое существование необходимостью и неизбежностью; реальную же свободу он видит только в потустороннем мире.

Неравенство с приходом христианства начинает представляться одной только видимостью, как и все остальное в этом бренном мире, где правят рабство и господство, ведь в этом мире «господин» такой же «раб», и даже без «господина» «раб» остается рабом в себе самом, он сам по себе — чистая сущность рабства, как считал Гегель.

Сущность языческого государства определялась тем, что это — государство и общество господ. Гражданами признавались только те, кто воюет, работа же — удел рабов. Само государство выступало как большой «господин», который видит смысл своего существования

²¹ Эвола Ю. Олимпийская идея и естественное право // Лук и булава. С. 133.

²² См.: Маркузе Г. Разум и революция. СПб., 2000. С. 160—163.

не в труде, а в престиже и войнах, которые он ведет исключительно ради своего суверенитета. Но отнюдь не «господин-воин», а «раб-труженик» начинает осознавать себя настоящей полноценной личностью и создавать индивидуалистические идеологии, в которых настоящая ценность имеет теперь уже личностное начало, а не всеобщность, олицетворенная в государстве.

Гегель полагал, что выработанное римским частным правом понятие юридической личности вполне соответствовало такому стоическому пониманию человеческой жизни: значение личности не зависит от конкретных условий ее существования. Государство, построенное на идее частного права, становится реальным основанием и для самого стоицизма как духовной исторической реальности, а нигилистический скепсис «раба», который начинает считать, что только он сам действительно существует и что-то значит, воспроизводится идеологией частного собственника, который подчиняет все, включая и государство, только одной единственной ценности — своей собственности²³. Поэтому грядущее восстание третьего сословия против привилегий аристократии и будет типичным восстанием «рабов», вдруг осознавших себя «господами», выступлением изолированной индивидуальности против «единства» и иерархии.

Космополитический аффект, порожденный все тем же стоицизмом, поначалу обозначал еще и протест против «любви к родине» и языческому государству, а затем обернулся и против всякого организованного сообщества. Вскоре он стал интеллектуальным источником некоего абстрактного космополитического «человеколюбия», и здесь ресентиментом двигало уже не спонтанное стремление к какой-либо позитивной и конкретной цели, а просто голый протест, эгоистический импульс отрицания (ненависть, зависть, мстительность) по отношению к господствующему меньшинству: «человеколюбие» становилось формой выражения вытесненного отрицания Бога как высшего господствующего существа, призывом к мятежу против него как образа символического единства и справедливого оправданного господства высших ценностей. «Ресентимент теперь становится ядром в дви-

жении этого «человеколюбия»: «Кто ничего из себя не представляет и ничего не имеет, тот, согласно эмоциональной направленности “человеколюбия” — все-таки человек» Эта ориентированность на родовое делает его нацеленным на нечто низменное, на то, что следует «понять и простить», на слабость²⁴. На это Заратустра возражает: «Благословенны только твердые». Люди же непреуспевшие (слабые, «рабы», плебеи) прежде всего негодуют против себя и нуждаются для самооправдания в «козле отпущения». Для этого им и нужна хотя бы видимость права, умозрительная теория, с помощью которой они могли бы свалить факт своего тяжелого существования на кого-либо, испытывая при этом приятное чувство мести, — утверждал Ницше в «Воле к власти».

Понятие справедливости всегда представляется более широким и более значительным по сравнению с производным от него понятием законности. При этом процесс поиска справедливости, которая предполагалась прежде уже существовавшей, но кем-то нарушенной, наталкивался еще на один серьезный и реально осязаемый объект — существующий порядок. И здесь законность, принявшая более строго очерченную форму легальности, оказывалась на пути защитников нарушенной справедливости. И тогда разрядка ситуации требовала преодоления этого существующего порядка, не способного защитить и обеспечить справедливость: странным образом «аристократическое уравнение» ценности — хороший = знатный = могущественный — под воздействием стоической философии переворачивалась в формулу: «Только отверженные являются хорошими, только бедные и бессильные являются достойными» — и эта формула ресентимента открывала путь настоящему «восстанию рабов в морали» (Ницше)²⁵. Это восстание начиналось с самовосхваления и превращения ресентимента в фактор, порождающий новые «общечеловеческие» ценности. Это было восстание существ, не способных к «действительной реакции, выразившейся бы в поступке существ, которые вознаграждают себя только воображаемой мстительностью»; эта мораль лишь говорит «нет» внешнему, иному, «несобственному», поэтому она всегда нуждается и в противосто-

²³ См.: Кожев А. Введение в чтение Гегеля. СПб., 2003. С. 227—240.

²⁴ Шелер М. Ресентимент в структуре моралей. СПб., 1999. С. 126—129.

²⁵ Ницше Ф. К генеалогии морали // Сочинения. М., 1990. Т. 2. С. 422.

ящем ей лице и субъекте как во внешних раздражителях.

«Раб» как существо, охваченное именно реактивными силами мстительности, есть понятие скорее этическое. Но, приходя к власти, массы, пронизанные ресентиментом, обращаются к вполне реальному насилию против своих прежних «господ», а затем — начинают пожирать самих себя: бунт против господствующих законов и морали воспринимается ими как социальное и биологическое освобождение. Освобождение, но не свобода.

Настоящий же «ресентимент рабов в морали» начинается с того, что он сам становится по-своему творческим актом и порождает собственные ценности, но он не способствует настоящему действию, вознаграждает только воображаемой мезью: мораль рабов с самого начала говорит «нет» всему внешнему, не собственному, иному — мораль рабов всегда нуждается для своего возникновения в противостоящем и внешнем мире, внешних раздражителях. Она вторична и производна.

Ресентимент — это настоящее самоотравление души и импульс мести. Эти импульсы быстро становятся мстительностью, направленной на неопределенный круг объектов. При этом осознание собственной правоты, связанное с мезью, нередко переходит в осознаваемое и априорное чувство долга (этого не происходит, однако, в стихийных взрывах ярости и гнева). Поэтому особую остроту ресентименту придает столь же априорное чувство равенства, рождающееся в умах тех, кто восстает против господствующего строя (и ресентимент еще более усиливается в ситуации, когда формальное, публично признанное равноправие соседствует с огромными различиями в фактической власти и имущественном положении субъектов).

Френсис Бэкон напоминал о факторе зависти, действующем в предреволюционную эпоху: это — публичная зависть, симптом недовольства. После того как недовольные элементы направили свои подозрения и ресентимент публики на непопулярные правительственные меры и институты, уже невозможно успешно разбавить эти непопулярные меры популярными, чтобы остановить процесс: «пока тот, кто находится у власти, проявляет страх перед наступающей на него завистью,

это умонастроение будет распространяться и в конце концов разрушит последние барьеры, сдерживающие мятеж»²⁶.

Связь между бунтами и чувством незащищенности прослеживалась при исследовании связи, существующей между коллективной жестокостью и чувством страха в условиях бездействия властей: вакуум власти неизбежно ведет к распространению всевозможных страхов, как реальных, так и вымышленных.

Ресентимент требует жертв. Хорошо известен феномен революционного террористического законодательства. И «красный» и «белый» террор не могут обойтись без жертвоприношений. Апофеозом революционного насилия является казнь суверена. Этим символическим актом проводится черта между старым порядком и нарождающимся новым. Следующие за этим массовые жертвы гражданской войны приносятся на алтарь «свободы» и новой государственности. Ответные меры контрреволюции обозначают борьбу за традицию, «отеческую» государственность и порядок, нарушенный революцией. Расколотившее общество ищет жертву, на которую оно хочет возложить вину за все беды и утраты. Страх и жестокость создают иллюзию правоустанавливающего или правоподдерживающего оправданного насилия. (В китайской «Книге обрядов» сказано, что жертвоприношение укрепляет единство нации, у него, как и у законов, наказаний и музыки, одна цель — объединять сердца и устанавливать порядок. Одна-единственная жертва может занять место всех потенциальных жертв, поскольку насилие нивелирует людей, каждый может стать объектом всеобщей завершенности и ненависти, любая малая улика или обстоятельство превращаются в неопровержимое доказательство. Всеобщая твердая уверенность не требует иных подтверждений, кроме неотразимого безрассудного единодушия. «Поскольку насилие единодушно, оно восстанавливает мир и порядок». Поэтому и учрежденные им ложные значения приобретают несокрушимую силу. За этим скрывается и единичное решение, которое остается структурирующей силой мифа²⁷.)

Политические процессы, происходившие в греческом полисе (изменения в избирательном праве и партийная дифференциация), противоречия, возникавшие между олигарха-

²⁶ Шек Г. Указ. соч. С. 478.

²⁷ См.: Жирар Р. Насилие и священное. М., 2000. С. 101—106.

ми и демократией, приводили к многочисленным конфликтам, направленным к свержению существующего строя: Аристотель отмечал это как чрезвычайное напряжение ситуации, не всегда, правда, выражавшееся в насильственных действиях. «Античному миру были неведомы накопление потенциальной революционной энергии и ее разряды», как неведома была и высокая концентрация власти и легитимности, находившаяся в ведении могущественного монархического государства, противостоящего обществу. Введенное Солоном различие между «благозаконием» и «беззаконием» так и оставалось противопоставлением «хорошего порядка» и статус-кво — «хороший порядок» означал стабильность, долговечность означала справедливость: перевороты и перемены для греков были средством, а не самоцелью, они не приводили к открытию новой эры, оставаясь только нарушением регулярного течения жизни²⁸.

Ресентимент всегда выражен в насилии, воображаемом или реальном. Это насилие призвано уравнивать, снизить, разделить, а в пределе — уничтожить объект, на который оно направлено. И все же это — учредительное насилие, поскольку ему удается организовать единодушие. Оно говорит языком массы, аморфной, институционально и идейно не организованной, но объединенной общим чувством и желанием мстить. «Желание, страсть старается присвоить и воплотить насилие, оно следует за насилием как тень, потому что насилие воплощает бытие и божественность». Единодушие, свойственное полису, т.е. само себя устраняющее насилие, считается учредительным потому, что «все значения, которые оно закрепляет, все различия, которые оно стабилизирует, к нему уже прилипли и качаются с ним от одного бойца к другому в течение всего жертвенного кризиса». То, что учреждает первое насилие, второе насилие подрывает, чтобы учредить заново, пока насилие остается одновременно тотальной нулевой ставкой, идентичной большинству, его нельзя остановить.

Но напряжение между завистью и бессилием все же требует разрядки. Сознание соб-

ственной неполноценности (которое «всегда бодрствует в «подлом» типе ценностного познания) трансформируется в целостную иллюзию ресентимента. Сознание собственной большей ценности или равноценности, к которому так стремится «подлый человек», снимает напряжение, но это достигается иллюзорным путем за счет принижения ценных качеств объекта сравнения, а затем оно достигается посредством столь же иллюзорного восприятия и фальсификации самих ценностей²⁹.

Поэтому и суть ресентиментной критики всегда заключается в том, что всякая помощь в устранении состояния, воспринимаемого только как отягощение, не приносит удовлетворения. Эта критика вовсе и не желает того, что выдает за желаемое: она критикует не для того, чтобы устранить зло, а лишь использует зло как предлог, чтобы высказаться³⁰: свобода ощущается рабским ресентиментом как возможность говорить, но не действовать.

Три феномена, реально проявляющиеся в ситуации кризиса — месть, жертвоприношение и судебное наказание — оказываются тождественными в проявлении неразличимого насилия, которое при этом обладает чрезвычайным мистическим эффектом — то прямыми и позитивными, то косвенными и негативными: «Чем больше люди стараются с насилием справиться, тем больше пищи ему дают; препятствия, которые против него хотят воздвигнуть, оно превращает в свои орудия; оно похоже на огонь, который пожирает все, чем его забрасывают, желая погасить»³¹.

В отличие от мести, которая достаточно конкретно направлена на восстановление нарушенного равновесия и в связи с этим легально (или нелегально) оправдывается, ресентимент, напротив, направлен на разрушение статус-кво, и это есть его единственная цель. Поэтому он уже по своей сути негативен, хотя и может получать внешнюю легальную форму посредством использования норм, которые либо интерпретируются в определенном смысле, либо создаются заново; революционное законодательство за исключением полускрытых интенций, полученных им в наследство от традиции и старого режима, в своей значительной части

²⁸ См.: Майер К. Революция // Словарь основных исторических понятий. М., 2014 (далее — СОИП). Т. 2. С. 532.

²⁹ Шелер М. Указ. соч. С. 33.

³⁰ Указ. соч. С. 23.

³¹ Жирар Р. Указ. соч. С. 42.

навеяно настроениями ресентимента; здесь легитимность выводится из, по сути, негативных страстей и настроений: «революция», «равенство прав», «справедливость» — все эти великие слова имеют цену в борьбе лишь как знамена, не как реальность, как пышные наименования, — говорил Ницше.

Так, произнесенные в начале Реформации слова о «евангельской свободе» вдруг вывели наружу все ранее скрытые темные инстинкты. Наверх поднялись «носители инстинктов упадка и тяги к разрушению». Массы были готовы взбунтоваться даже против самой революции. «Поначалу они требовали справедливости от тех, в чьих руках была власть», затем говорили: «свобода», т.е. хотели отделаться от тех, в чьих руках власть. Наконец, они заявляли о «равных правах», т.е. хотели, пока сами они еще не получили перевеса, воспрепятствовать и другим силам и соискателям расти в могуществе³².

Неслучайным является то обстоятельство, что именно Реформация вновь поставила вопрос об «освобождении». Следует заметить, что реформаторы вообще любят уподоблять свои собственные деяния гневу Господню. Реформация приобрела огромную притягательную силу как раз для тех, кто, по своей доле больше ничего не должен, многими она стала восприниматься как антипод аскезы; Реформация делала главные успехи не благодаря своему позитивному учению, но через отрицание предшествующего: отказ от «пастырства» означал и отказ от любых самоограничений, открывал путь нигилизму и анархии³³. «Универсальный конфликт — вот что, сияя и сверкая, возвышается над антагонизмом того, что существует... Общее заботится о том, чтобы «подчиненное ему особенное не стало лучше, чем само общее». Индивидуализация же маскируется под неоспоримо точное. Но если «людям открыть однажды могущество и всевластие общего», то оно неизбежно превратится для них в возвышенное, в дух, который приходится усмирять и обуздывать. Принуждение становится для них сигналом. В духе единогласия общество становится субъектом. Но под именем мирового духа дух всего лишь подтверждается и гипостазировается, на самом деле общество

поклоняется самому себе, своему собственному принуждению как всевластию: идеология сделала мировой дух самостоятельным только потому, что он потенциально уже был независимым³⁴. Только в сочетании с национальной идеей религиозное обоснование государственности (как это было в пуританстве) могло стать реальным фактором исторического становления.

Воображение движет любой революционной идеей. Часто объединения происходили только ради объединения, а заговоры составлялись без какой-либо конкретной цели: настоящая цель такого союза заключалась только в нем самом. Он-де давал каждому из участников сознание своего незримого превосходства, обусловленного не той публичной и реальной ролью, которую тот играл, а той потаенной сущностью, «анонимным, скрытым под тайным именем человеком, который получал всевозможную поддержку от неведомого источника энергии», который и обеспечивал ему преимущество³⁵.

Под фактически существовавшими «равными правами» скрывались различные естественные, правовые притязания, коренившиеся в самой сущности «свободного» и «раба», которые не всегда находили свое выражение в нормах позитивного права. Античный человек мыслил, исходя из аксиоматической предпосылки, что равные права, по сути, несправедливы, что они — только результат оппортунизма и что за ними всегда скрываются «справедливые» правовые притязания группы; христианство же, сломав это представление, тем самым только усугубило качественное различие, разделив человечество еще более резко, проведя границу через внутреннее в самой личности, между ее естественным состоянием и состоянием благодати.

Лучшей «гарантией» против независимости и свободы конкретного человека очень скоро станет свобода абстрактного «гражданина». Согласно такой идее свободы было необходимо, чтобы признанная власть вообще исчезла, а народ непрерывно стал бы что-либо обсуждать, но уже без участия господина и без представителей: «Там, где царит такая свобода

³² Ницше Ф. Воля к власти. М., 2005. С. 70.

³³ См.: Буркхардт Я. Размышления о всемирной империи. М., 2004. С. 339—348.

³⁴ См. подробнее: Буркхардт Я. Указ. соч. С. 339—348 ; Адорно Т. Негативная диалектика. М., 2000. С. 283—284.

³⁵ Кайуа Р. Дух сект // Игры и люди. М., 2007. С. 275.

да, там правит машина. Таков революционный порядок, в котором вся его сила: от толпы приверженцев он не требует ничего, кроме того, чтобы ему не мешали и предоставили всю полноту действий». Страсть и страх должны соединиться здесь в виде сгустка революционной энергии³⁶. Революции сначала дают волю всем идеям и чаяниям, а потом — страстям и эгоизму. Они наследуют и практически восстанавливают деспотизм, который будет служить моделью для всех деспотизмов во веки веков³⁷.

4. ПАСТЫРСТВО И «ЗАКОННЫЙ» МЯТЕЖ

У Джона Мильтона в первых главах «Потерянного Рая» заседание мятежных ангелов под председательством Люцифера и Вельзевула явно напоминает тайные собрания какого-то революционного комитета или совещание карбонариев. Мятежные ангелы, которые перед тем взбунтовались против Бога, уже виновны в гордыне, честолюбии, своекорыстии, жадности — пороках, которые, как полагал бывший революционер Милтон, и привели к падению недолговечной, но реальной республики: «И сам он тут же не упускает случая показать, что среди бесов в этой борьбе все же было больше единства, чем среди тех, кто поддерживал законный порядок и лучшее дело»³⁸.

В атмосфере тьмы и хаоса вожди восстания обсуждают вопросы о тактических формах борьбы с Престолом — вести ли ее путем тайной или открытой войны? «Престол пытались пошатнуть и проиграли бой...» Но сохранен «закон неукротимой воли, наряду с безмерной ненавистью и жаждой мстить. Люцифер возглашает: «Мы будем счастливы, творя лишь зло его державной воле вопреки». Хаос, владыка пучины, с готовностью указывает ему путь к новосозданному человеческому миру: и пусть победа мятежников немислима, «зато возможна месть»! И если между бесов царит согласие, то человек, «сознанием обладающая тварь», — вовсю чинит непрекращающийся раздор с подобными себе» (Дж. Милтон, «Потерянный Рай»).

Высокомерное «я» здесь попирает божественные и человеческие законы. Глубинный

анархизм воплощается в реальный мир, отказываясь подчиняться любому авторитету и всякой власти, и прежде всего — власти «первого и последнего Государя, Единого Вседержителя».

При разложении всех существующих сил, которые создают скрепленное единство индивидов, индивидуалистическое «я» прежде всего теряет и свою собственную сущность, поскольку оно «видит в каждой мысли, властно преграждающей ему путь, только некую призрачную иллюзию, оно разрушает всякую связь с естественной и нравственной целостностью», предстывая в своей автономной раздробленности полное ничто всех движущих мир сил. Оно поглотило все остальное, по своей сути оно и есть «творческое ничто» (Куно Фишер)³⁹.

Христианство достаточно рано привнесло в общественное сознание некое обнадеживающее и перспективное представление о «пастырстве» как об особом способе организации и управления, ориентированном на достижение общего блага и порядка: фигура доброго Пастыря стала одним из важнейших символов христианства; власть пастыря — это власть, относящаяся не к территории, но к «человеческому стаду», массе, некоему движущемуся множеству, направляющая его к правильным целям: эта власть не стремится проявлять своего превосходства и мощи, она выражается прежде всего в усердии и самоотверженности. (Уже в пифагорейской традиции самого Зевса именовали «богом-пастухом», хотя весьма заметным фактором влияния на дальнейшее развитие этого политического образа была также и восточная традиция.) Но рядом и выше самого «пастыря» всегда стояла все более вырисовывающаяся на историческом фоне фигура суверена и политика, принимающего решения и издающего законы. В платоновском мифе он уподоблялся ткачу, соединяющему воедино нити добродетелей, мнений и темпераментов. Однако в христианской традиции именно «пастырство» еще долго оставалось наиболее фундаментальным символом и институтом со своими законами и нормами, техниками и процедурами: именно оно вводит столь чуждую античной греческой практике организацию «чистого послушания» как некий единый

³⁶ Шелер М. Указ. соч. С. 138.

³⁷ Цит. по: Уайт Х. Метаистория. Екатеринбург, 2002. С. 289.

³⁸ Хилл К. Английская Библия и революция XVII века. М., 1998. С. 401.

³⁹ Цит. по: Штирнер М. Единственный и его собственность. Харьков, 1994. С. 367.

тип социального поведения или состояния послушания⁴⁰.

Пастырство становилось властью, нацеленной, собственно, на поведение людей, поэтому и одновременно с ним и коррелятивно ему возникали столь же самобытно и в том же самом пространстве жизни противоположно направленные очаги сопротивления, неподчинения и так называемые «поведенческие бунты»: целью участников этих движений было только установление другого руководства во главе с другими «пастырями» (но вовсе не полный политический отказ от них) и другими целями. «Пастырство» в сознании подвластных и ведомых непременно ассоциировалось с отцовством. Независимость от него высвобождала деструктивные силы, которые направлялись против архетипической фигуры «отца», и «мятеж сыновей» — распространенный образ, используемый в мифологии и в психоанализе. Образ переносился на суверена-правителя, которому люди доверяли руководить собой, но за ошибки в руководстве суверен отвечал своей жизнью. Сакрализация образа делала суверена одновременно и неограниченным правителем, и жертвой. (Всякое «смешение общины и священного — происходит ли оно из-за вмешательства богов, мифических героев или мертвых — исключительно пагубно. Всякий приход сверхъестественного будет поначалу возмездием». Учредительное насилие составляет начало всего, что люди выше всего ценят и стараются сохранить. Мифы о первоначале сводятся к убийству мифического существа другими мифическими существами: это убийство понимается как учреждение культурного порядка.)

Центральное положение суверена-пастыря изолирует его от остальных членов общины, превращая в настоящего изгоя. Он оторван от общества сверху. «Если короля превращают в грешника, если его заставляют нарушать священные законы, то, безусловно, не для того, чтобы его простить, а напротив — чтобы покарать с предельной суровостью, он уже изначально является жертвой. Преступный и грешный, он стоит выше и ниже правил, которые сам же устанавливает и заставляет уважать. Подданные, которые в присутствии короля

чувствуют себя неуютно из-за его избыточной мощи, приходят в ужас, когда короля вообще не станет»⁴¹.

Исторической самобытности «пастырства» соответствовала и противостояла некая самобытность и специфика отказа от него, бунта против него, сопротивления своим поводам, но коль скоро существуют формы сопротивления власти как политическому суверенитету, сопротивления и неповиновения, то, следовательно, существуют и формы сопротивления власти «поводырей». Мотивом здесь могло стать и стремление уничтожить вообще сам мир закона, преступить все законы и на каждый закон, выдвигаемый действующими в мире силами, отвечать систематическим его преступлением: по существу, речь шла о ниспровержении царства того «Пастыря», который сотворил весь этот мир⁴².

Все конфликты, разгоравшиеся в XII—XVI вв. вокруг проблемы «пастырства» и управленчества (или так называемые «поведенческие бунты», в отличие от экономических и политических выступлений), концентрировались не столько вокруг религиозных, сколько близ политических институтов. Соответственно, в многочисленных ересь Средневековья явно просматривались прежде всего политические требования смены форм пастырства и управленчества. М. Фуко полагал, что собственно политикой и является как раз то, что и рождается с началом сопротивления управленчеству, с первым проявившемся недовольством, с первым столкновением с ним⁴³. (Противниками суверенной неограниченной монархии в XVI в. были монархомахи, оправдывающие «тираноубийство». Юридический принцип их состоял в том, что они отвергали учение о тождестве объективного права с законом, закона с волей законодателя, а законодателя с носителем верховной власти данного государства. Отвергая надзаконную монархию, они признавали только монархию подзаконную: в государстве выше всего закон. Они требовали возврата к старинным вольностям, соглашениям и хартиям. Политическая ставка делалась на дворянство, сами монархомахи были защитниками исторических, приобретенных сословных прав⁴⁴.)

⁴⁰ См.: Фуко М. Безопасность, территория, население. СПб., 2011. С. 183—185.

⁴¹ Жирар Р. Указ. соч. С. 131, 325.

⁴² Фуко М. Указ. соч. С. 260—262.

⁴³ Указ. соч. С. 285.

⁴⁴ См.: Спекторский Е. Проблема социальной физики в XVII столетии. СПб., 2006. С. 443—444.

«Закрытые» массы прошлого превращались в религиозные и политические организации для посвященных, и смысл всех церемоний, правил и норм, характерных для таких организаций, — это прежде всего удержание массы под идеологическим контролем (граница препятствует нерегулируемому приросту массы, но она же и затрудняет возможность ее распада: ею масса защищается от военных враждебных и опасных воздействий). Но переход «закрытой» массы в «открытую» в революционной ситуации означал уже настоящий прорыв — «прыжок во тьму», когда разрядка позволяет отбросить все различия и почувствовать себя равным. Но только почувствовать, ведь люди не становятся фактически равными: и тогда в процесс включаются сопоставления, все еще питаемые ресентиментом. Возникают две массы, каждая из которых в состоянии сопоставлять себя с другой: «Чем ближе обе по силе и интенсивности, тем дольше, меряясь друг с дружкой, смогут они продлить свое существование»⁴⁵. Тогда на горизонте и замаячит жуткое явление, которое принято называть «гражданской войной».

Все оказывается привязанным к принципу равных шансов: большинство, реально обладающее средствами государственного принуждения, исходит из предположения, что если противная сторона добьется легальной власти, то легальным образом сможет устранить существующий принцип легальности. Стремящееся к власти меньшинство утверждает, что господствующее большинство уже сделало это. «В критический момент каждый обвиняет другого в нелегальности, каждый изображает из себя хранителя легальности» — в результате возникает нелегальное и неконституционное положение, в этом суть двоевластия. Монополия на приведение действующего закона в действие вручает победителю право на легальное владение средствами принуждения и тем самым политическую власть, выходящую за пределы действия норм. Большинство перестает быть партией, теперь оно — само государство⁴⁶.

Лютеране, в отличие от кальвинистов, отвергали формальное право верующих на вос-

стание, полагая, что послушание Богу важнее послушания людям. «Отвергая религиозные войны и право активного сопротивления мирскому насилию над верой, видя в них своевольное сближение спасения с прагматизмом силы», они все же довольствовались в отдельных случаях лишь пассивным сопротивлением, подчиняясь мирской власти⁴⁷. (Во фрейдистской трактовке восстание против «пастырского» аналога — «отца» — это восстание против биологически оправданной власти; с его убийством рушится порядок, на котором прежде держалась жизнь группы, и восставшие совершили настоящее преступление против целого и тем самым против себя. Поэтому и происходит последующее возрождение прежней формы власти, старого порядка господства: только «отец» теперь продолжает жизнь в форме Бога, а мятеж только на короткое время разрывает цепи господства, и новая свобода подавляется властью победителей: подавление как бы пропитывает жизнь самих угнетателей⁴⁸.)

Оказалось, что самые трудные революции — это революции в привычках и в мыслях, поэтому всегда легко вызвать революцию, труднее ее продолжить. «Революция», совершаемая толпами, не знает иного направления, кроме как следовать меняющимся и беспорядочным порывам толпы. Подобные движения представляют силу, но они непродолжительны и неизбежно порождают анархию. В результате внезапная революция только заменяет прежний произвол новым⁴⁹.

* * *

Восстание, смута или бунт чаще всего объяснялись недостатками административной и социальной политики. Но, если причина заключалась только в самом устройстве государства, то для стабилизации ситуации вполне можно было использовать паллиативы, пока не произойдет некая «счастливая революция». И здесь обнаруживается, что «рубеж, отделяющий табуированное государственное преступление от положительного или хотя бы нейтрального понятия революции уже перейден»: и причины ее, как правило, оказываются укорененными в самом государственном строе. И именно от-

⁴⁵ См.: Канетти Э. Масса и власть. М., 1997. С. 20—22.

⁴⁶ Шмитт К. Легальность и легитимность // Государство. М., 2013. С. 251—252, 248.

⁴⁷ Вебер М. Протестантская этика и дух каннибализма. М., 2006. С. 251.

⁴⁸ См.: Маркузе Г. Эрос и цивилизация. Киев, 1995. С. 59—60.

⁴⁹ Лебон Г. Вчера и завтра. М., 2016. С. 99—100.

сюда рано или поздно приходит революция: в состав юридической и политической терминологии, традиционно описывающей восстания, теперь входит новое понятие «направляющие перемены на весь государственный строй в целом»⁵⁰: подобный тотальный подход заметным образом отличал вновь нарождающееся понятие о коренном и полном перевороте общественного бытия от более ранних и узких представлений о бунте и дискретных повторяющихся требованиях «о предоставлении прав».

До тех пор, пока процесс освобождения индивида выражался спонтанной борьбой индивида против государства, а не формулировался самим государством, он с необходимостью приводил к террору и уничтожению. Только государство может дать настоящее освобождение, хотя оно и не ведет к абсолютной свободе (Гегель). При этом понятия «восстание» и «мятеж» вовсе не обозначали и не обещали ни освобождения, ни тем более свободы: ведь «освобождение», как его определяли сами революционеры, означало, что все те, кто прежде «влачил свои дни во мраке и лишениях», кто был ничем, теперь должны были восстать и стать настоящими «властителями» своей страны.

В античные времена «восстание» и «бунт» вообще относились только к насильственным действиям, совершаемым чужеземцами и рабами, которые неправоммерно требовали себе равных прав: восставшие тогда вовсе не ставили себе целью какого-либо существенно-го изменения порядка вещей. Речь шла лишь о замене власти одного человека властью другого — однако для того, «чтобы править, человек этот уже должен был быть рожден правителем»: «раб» еще даже и не представлял своего существования без «господина».

Вместе с тем все «неимущие», «маргиналы», «ущербные» — все те, кто в позднее Средневековье станут называться «чернью», — в принципе уже достаточно негативно относились к собственной социальной роли, не смирялись со своей участью и поэтому были чрезвычайно восприимчивы к идее перемен, которые наконец-то приведут к равенству возможностей и «опустят тех, кто восседает наверху»: «социально-политические концепты демократии и коммунизма обычно достигают своих целей, лишь заставляя людей осознать

свою реальную или воображаемую дискриминацию»⁵¹. Однако чаще всего первичным мотивом, который руководил революционными толпами в начале многих революций, были именно материальные потребности в продовольствии («брюхо руководило бунтами», скажет Кондорсе, но вовсе не эгалитарные мотивы).

Конечно же, без влияния политических идей, усвоенных от просвещенных подстрекателей, эти движения так и остались бы бесцельными и безрезультатными. У самих бунтарей, как правило, не было понятий и четких представлений о том, каких структурных изменений они вообще должны требовать и добиваться. И эта безначальная и незаконная толпа, самый настоящий образ хаоса в кризисной ситуации, вдруг начинает управлять и командовать, говорить и действовать: «анархия дает уроки дисциплины обращенной в бегство партии порядка». «Искусство подтачивания и ниспровергания негосударственных устоев состоит в колебании установленных обычаев, в исследовании их истоков, в доказательстве их несостоятельности и несправедливости», — полагал Блез Паскаль. Масса охотно прислушивается к ниспровергательным речам, она начинает понимать, что ходит в ярме и пытается его сбросить, но терпит поражение с чересчур любознательными исследователями установленных обычаев, и выигрывают от этого только сильные мира сего. Кто докапывается до корней обычая, тот его уничтожает. Подчиняются не сути закона, а вымышленной справедливости, закон же сам себе обоснование — он закон и больше ничего. (Освальд Шпенглер называл массу, которая формируется и выступает на политическую арену в условиях «смутного времени», «несловием»). В кризисной ситуации это образование начинает ощущать себя как новое «сословие свободы», выступая против всех остальных и усматривая в абсолютном государстве, короне и сильных учреждениях последних представителей уходящей символической традиции. Место древних смыслов тогда занимают вполне очевидные меркантильные интересы: Шпенглер полагал, что понятия «третье сословие» и «оппозиции» синонимичны, а единство этой массы формируется только в актуальных условиях борьбы. К оппозиции, состоящей из пестрого конгломерата

⁵⁰ СОИП. Т. 2. С. 608.

⁵¹ Кошен О. Малый народ и революция. М., 2004. С. 123.

социальных сил, очень скоро присоединяются все элементы, представляющие утратившие почву социальные группы: формируется та самая масса, которую во всех цивилизациях однотипно обозначали как «подонки», «сброд» или «чернь». «Их сила далеко превосходит их численность, потому что они всегда тут как тут, всегда поблизости великих решений, готовые на все и лишены какого-либо благоговения перед всем упорядоченными, пускай даже то будет порядок внутри самой революционной партии»⁵².)

«Смута» и «возмущение» только в ходе средневековых религиозных войн стали приобретать явно выраженное эсхатологическое измерение. Лютер, в соответствии со своим учением о «двух царствах», отделял духовное представление о смуте от «плотской смуты», направленной против мирских властей: ведь земные возмущения всегда наносят больше вреда, чем могут исправить, «ибо смута лишена разума и обычно больше бьет по невинным, чем по виновным. Потому никакая смута и не справедлива, как бы ни было справедливо ее дело, и получается из нее всегда больше вреда, чем исправления. И смута есть не что иное, как самосуд и месть: уж лучше претерпеть смуту, чем ее учинять», а народу порой легче стерпеть беды, чем средства их преодоления (Густав Лебон).

В своем трактате «Против крестьянских шаек, сеющих разбой и убийства» Лютер записал, что «невыносима смута, и ежечасно следует ожидать крушения мира». (Лютер призывает князей уничтожить чернь и «отребье» как преступников, ведь никто не смеет носить оружие, кроме местного магистрата и его полиции. Ничего кроме анархии не получится, если в одном княжестве окажется сразу несколько вооруженных армий: и крестьянские войны дали повод к правовому запрещению сосуществования на одной территории различных вооруженных сил.)

Свойственная гражданской войне диалектика жизни и смерти получает здесь определенную религиозную легитимацию... Понятия «восстание» и «возмущение» не только оказываются юридически интегрированы в потестарную систему территориального государства,

но и обретают определенное теологическое измерение. Вопрос о том, является ли то или иное восстание правомерным или не является, становится вопросом истинной веры и ереси⁵³.

В Аугсбургском договоре охранять мир было поручено самим имперским сословиям и тем самым биконфессиональность получила юридическую гарантию, закрепленную в имперском праве, а сами конфессиональные конфликты были удачно переведены в правовое русло: тогда сами имперские сословия попытались монополизировать право на юридическое определение того, что на самом деле есть «смута» и «возмущение». (В европейском правоведении дефиниция «нарушение мира в стране» была в дальнейшем сконцентрирована уже на военной практике «формирования отрядов с целью применения вооруженного насилия и формальных судебных процедур».) В соответствии с теорией Ж. Бодена тогда победила идея о необходимой монополизации насилия: в гражданской войне стали усматривать самое большое зло, преодолеть которое может только государство, «если только не сведенное воедино, государство никогда не отдыхает от смут и гражданских войн, так как никогда нет недостатка ни в мятежном обществе, ни в нетерпеливых правителях»⁵⁴. Поэтому и насильственное введение реформ, преждевременных или неприятных народу, может вызвать вполне «законное восстание», и тогда они уже будут рассматриваться как бунты против порядка. «Мятеж не может кончиться удачей, в противном случае его зовут иначе». Такие реформы только возбуждают недовольство, создают неустойчивое равновесие и ведут к беспрестанному повторению революций. «Монархический строй еще, может быть, и бывал когда-то введен силою, но республика, введенная вопреки инстинкту и желанию народа, никогда не может быть прочною» (Гизо)⁵⁵. Вообще же даже легитимная узурпация должна быть скрыта от разума, но время придает ей видимость разумности: «Пусть считают ее вековой и неистребимой, пусть не ведают, что у нее было начало, иначе ей быстро придет конец» (Б. Паскаль). Сила опирается на воображение, поэтому она подвержена изменениям и неустойчива.

⁵² Шпенглер О. Закон Европы. М., 1998. Т. 2. С. 423—424.

⁵³ СОИП. Т. 2. С. 586.

⁵⁴ Цит. по: Козелек Р. СОИП. Т. 2. С. 589.

⁵⁵ Цит. по: Ломброзо Ч. Политическая преступность и революция. М., 1998. С. 186.

Законодатель вполне допускал возможность проявления незаконных действий с той или с другой стороны — властителя или подвластных, однако в качестве арбитра здесь непременно выступали государство и его интерес. Успех конфликтующих сил капризен, а реальная сила, обеспечивающая достижение власти, может ослабнуть или вовсе исчезнуть, и поэтому необходимо успеть легализовать ее и придать ей черты легитимности: если суверен защищал законность, то подданные сопротивлялись ее нарушению.

Возрождение старого права на сопротивление (в соответствии с мнением Пуфендорфа) допускало законную «смуту» только в случае, если правитель показал себя по отношению к государству не монархом, а настоящим врагом: монарх при такой трактовке, как лицо физическое, был отделен от государства. «Государственное преступление» имело место, только когда война была направлена «против основ государственного строя нации и ее главы»; «сборище» же характеризовалось как нарушение полицейских законов: «возмущением» или «восстанием» оно становилось только тогда, когда участники отказывались подчиняться законным приказам. И лишь когда оно направлялось против самой территориальной власти, уже можно было говорить о настоящей «смуте», а при использовании восставшими оружия — и о «бунте», который потенциально готов вызвать «внутреннюю войну». Конечной же целью и результатом настоящего государственного преступления в этом случае и становилась революция (Т. Шайдемантель)⁵⁶.

Ц. Безольд, автор XVI в., довольно двусмысленно определял «смуту» как эффективное «лекарство, которое оказывается даже хуже самой болезни», ведь из нее всегда в итоге возникает тирания, «побеждает ли при этом правитель, народ или сословие». Поэтому следует взять за правило, что всегда нужно поддерживать в этой борьбе именно старое сословие, хранящее традицию, а «не привыкать к новаторам». «Свободой всегда оправдывается заговор, но чаще она есть только маска худшего рабства». И. Цедлер вводит ряд юридических синонимов для понятия «смута»: «преступление, которое в наиболее широком понимании включает в себя «отступничество», «смуту»,

«неповиновение», «мятеж», «беспорядки», «противодействие властям», «сопротивление подданных», «сборища», «восстания», «волнения», «возмущения», «собрание в отряды», «бунт», «создание заговора», «раздор» и т.п. Суверен и подданные здесь категорически противопоставлены друг другу как оппоненты: ведь это — уже «своего рода настоящая война, когда подданные разжигают восстание против правителя»⁵⁷.

Фома Аквинский учил: тираническое правление несправедливо, поэтому свержение этого правления не имеет характера незаконного восстания. Напротив, преступно мятежным является сам тиран, который подпитывает разногласия и восстания в подвластном ему народе, чтобы ему было безопаснее править. (Чезаре Ломброзо поставит свой диагноз: революционные акты суть явления физиологические, а бунты — патологические. Поэтому первые никогда и не могут считаться настоящими преступлениями, так как освящаются и поддерживаются общественным мнением, а последние, наоборот, почти всегда бывают если и не преступлением, то чем-то эквивалентным ему. Даже «справедливые, но преждевременные бунты», вышедшие из низших слоев, «пока не приспособятся к среде, должны рассматриваться как преступления, конечно, только временные (?), так как в ближайшем будущем они будут с достаточной вероятностью признаны за героизм». Только один успех и делает «законным» революционером того, кого еще вчера следовало бы считать за бунтовщика, когда же революционное насилие будет оценено как справедливое, тогда можно будет определенно говорить и о его законности⁵⁸.)

«Революционный герой» является настоящим виновником насилия и беспорядка, пока остается среди людей, но предстает своего рода искупителем, как только оказывается устранен — причем всегда посредством насилия. «Жертвоприношения — это насилие без риска мести». Функция жертвоприношения и состоит как раз в том, чтобы успокоить внутреннее насилие, не дать разразиться конфликту, зародышам насилия. Оно помогает людям удерживать месть на безопасной дистанции.

Утрата различий порождает насилие хаоса. Конец различий — это сила, торжеству-

⁵⁶ См.: СОИП. Т. 2. С. 607.

⁵⁷ Цит. по: СОИП. Т. 2. С. 606.

⁵⁸ Ломброзо Ч. Политическая преступность и революция. М., 1998. С. 74—75.

ющая над слабостью, конец человеческого правосудия, которое описывается в категориях различия: «Если, как в греческой трагедии, равновесие — это насилие, то относительное насилие, обеспеченное правосудием, описывается как неравновесие, как различие между добром и злом. Человеческое правосудие укоренено в самой иерархии различий»⁵⁹.

Продолжение см. в следующем номере.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. Адорно Т. Негативная диалектика. — М., 2000.
2. Бертрам Э. Ницше. Опыт мифологии. — СПб., 2013.
3. Буркхардт Я. Размышления о всемирной империи. — М., 2004.
4. Вагнер Р. Искусство и революция // Кольцо нибелунгов. — М., 2001.
5. Вебер М. Протестантская этика и дух каннибализма. — М., 2006.
6. Видаль-Накэ П. Черный всадник. — М., 2001.
7. Голосковер Я. Э. Логика мифа. — М., 1987.
8. Жирар Р. Насилие и священное. — М., 2000.
9. Кайуа Р. Власть // Коллеж социологии. — СПб., 2004.
10. Кайуа Р. Двойственность сакрального // Коллеж социологии. — М., 2000.
11. Кайуа Р. Дух сект // Игры и люди. — М., 2007.
12. Канетти Э. Масса и власть. — М., 1997.
13. Каччари М. Геофилософия Европы. — М., 2004.
14. Кожев А. Введение в чтение Гегеля. — СПб., 2003.
15. Кошен О. Малый народ и революция. — М., 2004.
16. Лебон Г. Вчера и завтра. — М., 2016.
17. Ломброзо Ч. Политическая преступность и революция. — М., 1998.
18. Маркузе Г. Разум и революция. — СПб., 2000.
19. Маркузе Г. Эрос и цивилизация. — Киев, 1995.
20. Ницше Ф. Воля к власти. — М., 2005.
21. Ницше Ф. К генеалогии морали // Сочинения. — М., 1990. — Т. 2.
22. Петражицкий Л. И. Кризисы культуры // Теория и политика права. — СПб., 2015.
23. Словарь основных исторических понятий. Избранные статьи : в 2 т. — М., 2014. — Т. 2.
24. Сорель Ж. Размышления о насилии. — М., 2013.
25. Спекторский Е. Проблема социальной физики в XVII столетии. — СПб., 2006.
26. Уайт Х. Метаистория. — Екатеринбург, 2002.
27. Фуко М. Безопасность, территория, население. — СПб., 2011.
28. Хилл К. Английская Библия и революция XVII века. — М., 1998.
29. Хюбнер К. Истина мифа. — М., 1996.
30. Шек Г. Зависть. — М., 2008.
31. Шелер М. Ресентимет в структуре моралей. — М. : Наука, 1999 ; — СПб., 1999.
32. Шмитт К. Легальность и легитимность // Государство. — М., 2013.
33. Шпенглер О. Закат Европы. — М., 1998. — Т. 2.
34. Штирнер М. Единственный и его собственность. — Харьков, 1994.
35. Эвола Ю. Лук и булава. — СПб., 2009.
36. Эвола Ю. Люди и руины. — М., 2002.
37. Эвола Ю. Смех богов // Лук и булава. — СПб., 2009.
38. Эдингер Э. Душа в Античности. — М., 2015.
39. Юнгер Ф. Греческие мифы. — СПб., 2006.

Материал поступил в редакцию 12 октября 2017 г.

⁵⁹ Жирар Р. Указ. соч. С. 67—68.

"A REBELLION CANNOT END IN GOOD FORTUNE..." (Legal Foundations of a Revolutionary Myth). Part 1

ISAEV Igor Andreevich — Doctor of Law, Head of the Department of History of the State and Law at the Kutafin Moscow State Law University (MSAL)
kafedra-igp@mail.ru
125993, Russia, Moscow, ul. Sadovaya-Kudrinskaya, d. 9

Abstract. *The paper attempts to determine and analyze the impact of a revolutionary idea taken at an extremely deep ontological level of its existence on the processes of state and law development. "The Revolutionary World" or the ideology of the revolution is implemented in the existing legal rules and legal policy. A preliminary analysis reveals an algorithm and regularities common to all historical revolutions. While clarifying legal differences in the assessments of such phenomena as "rebellion", "riot", "insurrection", etc. one can, to some extent, denigrate even a legitimate framework of the phenomenon of the revolution.*

An evaluation of revolutionary actions and transformations brought to prominence political aspects of this phenomenon; depending on the results of revolutionary struggle, its legitimacy was determined. As for the legal grounds of the revolution, their relative nature was evident. Changing legal terminology through which real revolutionary acts and events were described, to a decisive degree, depended on the actual balance of the forces and standing taken by the legislature.

The struggle between powers indicated the beginning of a revolutionary phase of development, during which the principles of public administration, forms of government and the legal system of the state considerably changed. The desire for renewal was combined with the use of constituting and legitimizing violence. The struggle expectedly results in a civil war and onset of a dictatorship that can also, to some extent, be described in the language of law and jurisprudence. The Revolution, that claimed its global importance and permanence, turned into a powerful historical force influencing the development of all modern world state and legal systems.

Keywords: *legality, legitimacy, lawfulness, justice, violence, dictatorship, tyranny, insurrection, slave, rebellion, resentment, anger, slave, master, war, estate, class, balance, peace.*

REFERENCES

1. Adorno T. Negative dialectics. M., 2000. P. 283—284.
2. Burchhardt J. Reflections on the World Empire. M., 2004. P. 339—348.
3. Wagner, R. The Art and the Revolution // The Ring of the Nibelung. M., 2001. P. 688.
4. Weber, M. The Protestant Ethic and the spirit of cannibalism. M., 2006. P. 251.
5. Vidal-Naquet P. Le chasseur noir. M., 2001. P. 87—88.
6. Holoskover Ya. E. The logic of the myth. M., 1987, P. 110—111.
7. Girard R. The violence and the sacred. M., 2000. P. 101—106.
8. Caillois R. The Power // The College of Sociology. St.Petersburg, 2004 , P. 127.
9. Caillois R. The duality of the sacred // the College of Sociology. M., 2000. P.257.
10. Cillois R. The Spirit of Sects // Games and people. M., 2007. P.275.
11. Canetti E. The Mass and the Power. M., 1997. P. 20—22.
12. Cacciari M. Geophilosophy of Europe. M., 2004. P. 51—52.
13. Kozhev A. Introduction to the Reading of Hegel. St.Petersburg, 2003. P. 227—240.
14. Cochon O. A Small People and the Revolution. M., 2004. P. 123.
15. Lebon G. Yesterday and tomorrow. M., 2016. P. 99—100.
16. Dictionary of Basic Historical Concepts. Selected articles : in 2 vol. — M., 2014. — Vol. 2. P. 532.
17. Marcuse G. Reason and Revolution. St.Petersburg, 2000. P. 160—163.
18. Marcuse G. Eros and Civilization. Kiev, 1995. P. 59—60.
19. Nietzsche, F. Will to power. M., 2005. P. 70.
20. Nietzsche, F. To genealogy of morality // Works. M., 1990. Vol.2. P. 422.
21. Petrazhitsky L. I. The crises of culture // The Theory and Policy of Law. St.Petersburg, 2015. P. 881—882.
22. Sorel J. Reflections on violence. M., 2013. P. 128.
23. Spektorsky E. The problem of social physics in the 17th century. St.Petersburg, 2006. P. 443—444.



24. *Foucault M.* Security, territory, population. St.Petersburg, 2011. P. 183—185.
25. *Hill K.* The English Bible and the Revolution of the 17th century. М., 1998. P. 401.
26. *Hübner K.* The truth of the myth. М., 1996. P. 361—370.
27. *Lombroso H.* Political Crime and the Revolution. М., 1998. P. 186.
28. *Bertram E.* Nietzsche. An Experience of Mythology. St. Petersburg, 2013, С. 130—132.
29. *White H.* Metahistory. Ekaterinburg, 2002. P. 289.
30. *Shek G.* Envy. М., 2008. P. 184.
31. *Stirner M.* The Only one and his property. Kharkov, 1994. P. 367.
32. *Scheler M.* Ressentiment in the structure of morals. М.: Nauka Publishing House, 1999.
33. *Schmitt K.* Legality and legitimacy // The State. М., 2013. P. 251—252, 248.
34. *Spengler O.* The Decline of Europe. М., 1998. Vol.2. P. 423—424.
35. *Evola G.* The Bow and the Club. P. 157.
36. *Evola J.* The People and the Ruins. М., 2002, P. 30—31.
37. *Evola G.* The Laughter of the Gods // The Bow and the Club. St.Petersburg, 2009. P. 155.
38. *Edinger E.* The Soul in Antiquity. М., 2015. P. 64.
39. *Yunger F.* Greek Myths. St.Petersburg, 2006. P. 106—110.

КОНФЛИКТЫ ПРАВОВЫХ ИДЕЙ И КОНЦЕПЦИЙ: КОНСТРУКТИВНЫЕ И ДЕСТРУКТИВНЫЕ АСПЕКТЫ¹

Аннотация. В юридической сфере конфликт нередко начинается с конфликта правовых идей и концепций, которые можно определить как противоречие в правовой системе, выражающееся в противопоставлении одних правовых идей и концепций другим. Влияние конфликтов правовых идей и концепций особенно сильно в обществах, которые можно отнести к «идеократическим». В статье рассматриваются основные характеристики конфликтов правовых идей и концепций, уровни подобных конфликтов, возможные причины, их конструктивные и деструктивные аспекты. Отмечается, что если некоторые идеи и концепции могут более или менее удачно сосуществовать, то другие по своей природе вынуждены конкурировать за право стать доминирующими. В качестве характерного примера в статье рассматривается конфликт правовых идей о том, к какой правовой системе относятся страны постсоветского пространства. Рассматривается конкуренция на постсоветском пространстве идей о следующих правовых семьях: романо-германской правовой семье, англосаксонской правовой семье, славянской правовой семье, постсоветской правовой семье, правовой семье мусульманского права, византийской правовой семье, евразийской правовой семье. Как пример конфликта правовых идей и концепций на фундаментальном научном уровне рассматривается конкуренция правовых парадигм. Предлагается авторская классификация правовых парадигм на нормативизм и метанормативизм, обосновывается наличие парадигмального вопроса, в зависимости от ответа на который определяется принадлежность той или иной правовой идеи или концепции к правовой парадигме. В свете развиваемой автором концепции правовых парадигм и их конкуренции рассматривается проблематика интегративной концепции правопонимания. В статье предлагаются два основных способа разрешения конфликтов правовых идей и концепций — либо из конкурирующих концепций выбирается та, которая имеет наибольший конструктивный потенциал, либо на базе конкурирующих концепций вырабатывается новая концепция, соединяющая в себе наиболее позитивные черты всех конкурирующих концепций. Обосновывается, в частности, что концепцией, способной консолидировать современное российское общество, примирить либеральные и консервативные векторы его развития, может стать концепция «прогрессивного консерватизма», или своего рода «ретрофутуризм» на новый лад. Эта идеология подразумевает всестороннее инновационное развитие экономики и современных технологий («формы» социальной жизни) при сохранении традиционного, консервативного подхода к социальным и духовным ценностям («сути» социальной жизни).

Ключевые слова: юридический конфликт, конфликты правовых идей и концепций, правовые системы постсоветского пространства, проблемы правопонимания, правовые парадиг-

¹ Статья основана на докладе автора, подготовленном для выступления на Третьем проблемном семинаре на тему «Юридические конфликты: механизмы анализа и усмотрения» для преподавателей, аспирантов и студентов, который был проведен под руководством доктора юридических наук, профессора Ю. А. Тихомирова в Московском государственном юридическом университете имени О.Е. Кутафина (МГЮА) 26 апреля 2016 г.

© Головина А. А., 2018

* Головина Анна Александровна, кандидат юридических наук, научный сотрудник отдела теории законодательства Института законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве РФ
aagolovina@mail.ru
117218, Россия, г. Москва, ул. Б. Черемушкинская, д. 34

мы, конкуренция правовых парадигм, интегративная концепция правопонимания, нормативизм, метанормативизм, правовая идеология, прогрессивный консерватизм.

DOI: 10.17803/1729-5920.2018.135.2.030-044

«Идеи правят миром», «конфликт зарождается в головах» — это аксиомы, не требующие доказательств. И в юридической сфере конфликт нередко начинается с конфликта правовых идей и концепций. Этот тезис нередко подтверждался историей, но противостояния идей в современную информационную эпоху приобрели особую остроту и многовекторность.

Высокие технологии меняют реальность у нас на глазах. Эти изменения охватывают уже не только сферу коммуникаций, человеческого комфорта или производства товаров, но и сферу сознания, организации мысли, продуцирования и передачи идей внутри человеческого социума. По мнению экспертов, «высокие технологии изменяют саму ткань социальных отношений. Это верно как для их традиционной части — high-ec'a, направленного на восстановление и развитие мира природы, био- и геосферы, а также high-tech'a, направленного на изменение и развитие «второй природы», мира вещей и услуг, созданных и организованных человеком, так и для проявившегося в 90-е годы в полной мере high-hum'a, направленного уже не на природу, а на самого человека»², и прежде всего на его сознание. В рамках активной экспансии технологий high-hume человек становится уже не «инструментом зарабатывания прибыли, как в индустриальную эпоху, а полем, из которого извлекается результат»³.

Таким образом, человеческое сознание сегодня по-прежнему остается ареной столкновения различных идей и концепций, как конструктивных, так и деструктивных. Через диалектическую взаимосвязь сознания и мате-

рии этот конфликт, а точнее, его результат, воплощается в действиях и поведении индивида, а посредством его участия в жизни социума — и отражается на общественном бытии в целом.

Влияние конфликтов правовых идей и концепций особенно сильно в обществах, которые можно отнести к **«идеократическим»**. Нередко такую характеристику адресуют и российскому обществу. Несмотря на то, что некоторые исследователи термин «идеократия» воспринимают в несколько ограниченном контексте⁴ (а то и с негативным оттенком), представляется более взвешенным подход к идеократическому обществу как обществу, в котором сильна власть идей, стремление к идеалам, «к дальним целям», в котором духовный аспект человеческого бытия ставится нередко выше материального в шкале общественных ценностей.

Конфликт правовых идей и концепций, на наш взгляд, можно определить как противоречие в правовой системе, выражающееся в противопоставлении одних правовых идей и концепций другим.

Подобные конфликты являются социальными по своей природе. Например, А. В. Дмитриев отмечал, что социальный конфликт — это «процесс, в котором два (или более) индивида или группы активно ищут возможность помешать друг другу достичь определенной цели, предотвратить удовлетворение интересов соперника или изменить его взгляды и социальные позиции (выделено нами. — А. Г.)»⁵, под социальным конфликтом обычно понимается тот вид противостояния, при котором стороны стремятся захватить территорию либо ресур-

² Делягин М. Это русское слово «High-Hume» // Изборский клуб. Русские стратегии. 2015. № 5. С. 79.

³ Делягин М. Указ. соч. С. 80.

⁴ Например, как государство, в котором властные элиты подбираются по принципу верности определенной идее. В частности, А. В. Тупаев отмечает, что «под идеократией понимается такой общественный строй, при котором правящая элита отбирается по признаку преданности общей идее. Общегосударственная идея представляет собой систему убеждений, которую воспроизводит объединенный в единственную государственно-идеологическую организацию правящий строй. Рекрутирование правящей элиты происходит по принципу преданности и общности мирозерцания, объединяющей государственной идеологии и организации» (Тупаев А. В. Идеологическое государство в концепциях Э. Нольте и Н. Н. Алексеева как предмет социально-политического исследования // Теория и практика общественного развития. 2012. № 5. С. 230—231).

⁵ Юридическая конфликтология / под ред. В. Н. Кудрявцева. М.: Институт государства и права РАН, 1995. С. 6.

сы, угрожать оппозиционным индивидам или группам, их собственности или культуре таким образом, что борьба принимает формы атаки или обороны»⁶.

Еще одной ключевой чертой такого конфликта является его когнитивный характер. Юридические конфликты в целом, по мнению исследователей, носят такой характер⁷, однако именно в конфликтах правовых идей и концепций когнитивность выходит на первый план.

Конфликты правовых идей и концепций могут протекать как на локальном или региональном уровне, так и на общегосударственном или международном. Нередко столкновение правовых идей проходит по линии разлома цивилизаций, правовых культур различных правовых семей. Следование той или иной правовой идее может выдвигаться в качестве флагамена правовой и цивилизационной идентичности (например, идеи демократии и прав человека в их фетишизированном понимании для западной цивилизации). В связи с этим конфликт правовых идей может служить предпосылкой (или поводом) для перерастания конфликта из идеологической в социальную или даже военную сферы (например, насаждение «правильных» демократических ценностей военным путем в результате отрицания самой возможности существования каких-либо национальных концепций политического режима).

Необходимо вовремя выявлять **причины конфликтов правовых идей**. Таких причин может быть множество, в том числе следующие:

1. *Неумелое использование общепризнанных правовых концепций или их произвольная интерпретация.* Например — произвольное толкование концепции критериев образования самостоятельных отраслей в праве привело сегодня к формированию крайне противоречивой, мозаичной концепции системы права. В итоге современная научная картина системы российского права пред-

ставляет собой поле столкновения десятков конфликтующих между собой концепций (только «новых» отраслей права предлагается уже около 90⁸), которые трудно согласуются между собой, поскольку нередко являются взаимоисключающими.

2. *Объективные несовпадения идей и концепций, в том числе антиномии.* Например, в качестве наиболее глобального уровня конфликта правовых идей и концепций можно рассматривать конфликт правовых парадигм (более подробно этот фундаментальный уровень конфликтов будет рассматриваться нами ниже).

3. *Попытки сознательного воздействия на правовую реальность путем внедрения правовой идеи или концепции, конкурирующей с общепринятой.* Как правило, такие попытки преследуют не «чисто научные», а сугубо практические цели. Идея используется как «таран», или «спусковой крючок» для влияния на ситуацию — например, идея разделенного государственного суверенитета в федерации или идея дерегулирования со стороны государства, внедренная в противовес концепции сильного государства. Эти примеры показывают, какие негативные, деструктивные последствия, прежде всего для общества и реальной жизни граждан, могут нести некоторые правовые идеи, особенно если они навязываются тогда, когда массовое сознание к этому не готово (как с идеей рыночной экономики или отказа от государственного патернализма в 90-е годы XX в.). Конфликты правовых идей и концепций могут происходить на следующих **уровнях**:

- 1) общеправовом уровне (например, конфликты правовых парадигм);
- 2) межотраслевом уровне (конфликт между административным и гражданским правом в отношении к проблеме сильного регулирования/снятия административных барьеров);

⁶ Юридическая конфликтология. С. 6.

⁷ Например, подчеркивается, что юридический конфликт «в значительной мере носит ...когнитивный характер, поскольку спор идет о понимании права, но за этим спором часто просматриваются и другие, вполне практические интересы сторон», «взгляды, знания, точки зрения или, говоря психологическим языком, «когнитивные структуры» субъектов, во время взаимодействия могут находиться в полном или частичном согласовании, но могут быть и в абсолютном противоречии. Противоборство когнитивных структур может быть вовсе не связано с нарушением отношений между субъектами» (Юридическая конфликтология. С. 14, 28).

⁸ См. более подробно: *Радько Т. Н., Головина А. А.* Современная системно-правовая теория: новый этап развития или методологический кризис? // Государство и право. 2017. № 2. С. 34—40.

- 3) отраслевом уровне (в конституционном праве: приоритет конституции государства или «примат международного права»);
- 4) институциональном (в избирательном праве: конфликт между свободой СМИ и принципом свободных выборов, т.е. свободного волеизъявления граждан без воздействия агитации со стороны журналистов).

Конфликты правовых идей и концепций могут приобретать мягко выраженный или даже латентный характер в периоды общественной стабильности и обостряться в периоды общественных кризисов, слома общественных структур и коренных реформ, в переходные периоды развития общества и государства.

В связи с изложенным неудивительно, что борьба правовых идей и концепций приобрела особенно острый характер в странах постсоветского пространства, в которых после отказа от господствовавшей многие десятилетия правовой и политической идеологии образовался своего рода «идеологический вакуум», который бросились заполнять многочисленные «новые» идеи и концепции. Причем некоторые из них были «вынуты с антресолей истории», некоторые — импортированы из-за рубежа. Как бы то ни было, борьба за идейное поле постсоветского пространства развернулась достаточно напряженная.

И если некоторые идеи и концепции могут более или менее удачно сосуществовать (как, например, концепции разделения властей и приоритета прав человека с концепцией социального государства и даже — для широких масс населения — государственного патернализма), то другие по своей природе вынужде-

ны конкурировать за право стать доминирующими.

В качестве характерного примера назовем идеи о том, к какой правовой системе относятся страны постсоветского пространства.

В советский период отечественной истории доминировала идея, согласно которой республики СССР (а также страны «соцлагеря») относятся к социалистической правовой семье (системе советского права), хотя с этим и не соглашались многие «буржуазные» исследователи, относившие эти страны (нередко по идейным соображениям, чтобы подчеркнуть несамостоятельность их правовой традиции) к романо-германской правовой семье.

Проблема обострилась после распада СССР. Показательно, например, что в изданиях книг Рене Давида, вышедших в советский период, были рассуждения о социалистических правовых системах, советском праве⁹. В современном же переиздании книги (оригинал на французском — в 2002 г.) Камилла Жоффре-Спинози, на которую была возложена ответственная задача актуализации книги после смерти ее знаменитого автора Рене Давида в 1990 году, по сути, уклонилась от решения трудного вопроса о том, к какой правовой семье относить современную Россию. В результате соответствующая глава была озаглавлена нейтрально: «Российское право», в ней характеризуется история и современное состояние законодательства, но доктринальные вопросы места российского права на правовой карте мира обойдены молчанием¹⁰.

В целом же можно сделать вывод о том, что на сегодняшний момент в этом идейном поле

⁹ Хотя и отмечалось: «Должно ли советское право рассматриваться как оригинальная система в сравнении с романо-германской правовой семьей? Очевидно, что будущее коммунистическое общество, когда оно будет создано, представит новый тип общества, принципиально отличный от существующих ныне обществ. Но в настоящее время оно еще не создано, и действующее советское право, несомненно, обнаруживает известное сходство с романской системой. Оно достаточно широко сохранило ее терминологию, а также — хотя бы по внешнему виду — ее структуру. Для советского права характерна концепция правовой нормы, которая мало чем отличается от французской или немецкой концепции. Исходя из сказанного, многие западные авторы, особенно английские и американские, отказываются видеть в советском праве оригинальную систему и помещают его в романские правовые системы» (См.: Давид Р. Основные правовые системы современности / пер. с фр. В. А. Туманова. М.: Прогресс, 1988).

¹⁰ В. А. Туманов в предисловии к этой книге справедливо замечает: «к сожалению, этот текст носит описательный характер и в большей своей части не выходит за рамки изложения законов. Он не содержит аналитических выводов и сравнительно-правовых характеристик, какими отличаются стиль и уровень текста самого Р. Давида. Авторы уклонились даже от ответа на вопрос, который в контексте книги Р. Давида представляется обязательным, а именно: какое место в типологии и классификации современных правовых систем занимает сегодня российское право?» (Давид Р., Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы современности / пер. с фр. В. А. Туманова. М.: Междунар. отношения, 2009. С. 8).

конкурируют как минимум следующие «центры притяжения» и правовые идеи (причем противостояние осуществляется не без воздействия зарубежных образовательных, научных и консультативных центров, финансовых и иных институтов).

1. *Романо-германская правовая семья.* Многие современные ученые в странах постсоветского пространства считают наиболее соответствующим новой реальности отнесение этих стран к романо-германской правовой семье¹¹. Это обосновывается исторически, а также путем проведения параллелей в основных чертах юридической доктрины (например, сходное понимание источников права, нормы права, роли законодателя и судьи и т.д.). При этом со стороны традиционных стран романо-германской правовой семьи (например, Германии, Франции) делается многое, чтобы «притянуть» страны постсоветского пространства в свое поле правового притяжения.

Например, М. К. Сулейменов (доктор юридических наук, профессор, директор НИИ частного права, академик Национальной академии наук Республики Казахстан) пишет: «В силу тесной связи правовой системы Казахстана с германским правом следует особенно подчеркнуть эффективность помощи в становлении правовой системы Республики Казахстан, оказываемой германскими специалистами. Прежде всего я имею в виду немецкое Общество

по техническому сотрудничеству (GTZ, ныне GIZ), и в первую очередь профессора Рольфа Книпера, бывшего руководителя проекта GTZ «Правовая реформа в странах с переходной экономикой», Почетного профессора Казахского гуманитарно-юридического университета. Этот проект реализуется во всех странах Центральной Азии (Узбекистане, Кыргызстане, Таджикистане, Туркменистане), но наиболее успешным является, на мой взгляд, в Казахстане. Проект GTZ реализуется по трем важным направлениям: совершенствование национального гражданского законодательства, практическое обучение юристов и научные контакты. В сфере гражданского законодательства немецкие ученые, и прежде всего Рольф Книпер, оказали большую помощь в подготовке Гражданского и Гражданско-процессуального кодексов, а также проектов законов о третейских судах и о международном арбитраже»¹².

2. *Англосаксонская правовая семья.* Попытки внедрить в страны постсоветского пространства идеи, понятия и категории англосаксонской правовой семьи также имели место. Причем, в отличие от романо-германской правовой семьи, далеко не всегда удачные. М. К. Сулейменов приводит и такой пример: «в 1998 г. по инициативе Национальной комиссии по ценным бумагам РК был принят разработанный американскими юристами Закон об

¹¹ Например, современная украинская исследовательница М. Г. Хаустова (канд. юрид. наук, доцент, Национальный университет «Юридическая академия Украины имени Ярослава Мудрого, г. Харьков) пишет: «раскрывая вопрос определения национальной правовой системы Украины на правовой карте мира, отметим, что в юридической литературе не существует единодушия мнений ученых по поводу характеристики современных правовых систем постсоциалистических стран Восточной Европы. Каким же путем трансформироваться: присоединиться к одной из функционирующих правовых семей современности или пойти своим путем, создавая евразийскую правовую семью? Большинство ученых убеждены, что тенденции развития правовых систем этих государств позволяют считать, что они движутся в направлении присоединения к германской подгруппе в семье романо-германского права. Следует при этом признать факт, что они уже постепенно отошли от своего социалистического прошлого» (Хаустова М. Г. Правовая система Украины среди правовых систем современности // Проблемы законности. 2013. № 1230 (журнал издается Национальным университетом «Юридическая академия Украины имени Ярослава Мудрого»).

К. А. Нурлыбай (Институт права и экономики КазНПУ имени Абая) пишет без колебаний: «в теории современную правовую систему Казахстана характеризует прежде всего ее принадлежность к романо-германской правовой семье» (Нурлыбай К. А. Место правовой системы Республики Казахстан в общей типологии правовых систем современности // URL: http://www.rusnauka.com/12_KPSN_2013/Pravo/1_135727.doc.htm (дата обращения: 01.04.2016)).

¹² Сулейменов М. К. Система права и система законодательства Казахстана: выбор пути «Юрист» // (казахстанский юридический журнал). 2004. № 4. При этом, по мнению ученого, «Казахстан, безусловно, принадлежит к романо-германской правовой семье, где в основе гражданского законодательства лежит гражданский кодекс».

акционерных обществах. Закон был наштампован американскими понятиями и инструментами, направленными на построение акционерного общества не как производственного предприятия, а как спекулятивного образования, участника рынка ценных бумаг. Этот закон сразу забуксовал, практически не работал, и те же люди, теперь уже в Национальном банке, инициировали разработку нового закона, соответствующего принципам континентальной системы права, который и был принят в 2003 г. и действует до сих пор»¹³.

В то же время, например, в Казахстане создается Международный финансовый центр «Астана» (МФЦА), одним из конкурентных преимуществ которого провозглашается то, что в нем «для обеспечения доверия к МФЦА со стороны мирового сообщества, защиты интересов инвесторов и клиентов финансовых услуг планируется установить понятный правовой режим, основанный на принципах английского общего права»¹⁴.

В России, особенно в 90-е гг. XX в., также проводились попытки внедрения отдельных институтов англосаксонского права, причем навязываемые концепции нередко вступали в конфликт с имеющимся правовым контекстом, что приводило к нежизнеспособности принимаемых норм. Например, Ю. А. Тихомиров в 1996 году отмечал, что «нередко не учитываются объективные условия и факторы, которые порождают те или иные институты в зарубежном праве и у нас. Например, закон о товарных биржах был подготовлен и принят поспешно, хотя в нашей экономике отсутствовали те институты инфраструктуры, которые в зарубежной экономике обеспечивают их деятельность. В результате биржи у нас почти исчезли через три года»¹⁵, «нередко стремление законодателей и разработчиков закона быстрее заимствовать и даже скопировать

аналогичный иностранный закон ведет к его трудному вращению в свою правовую систему. Зарубежные эксперты, консультанты охотно делятся своим опытом законотворчества и способствуют перенесению принципов, институтов и групп норм из законов своих стран в законопроекты других стран. Опыт России последних лет показал, сколь настойчивы были подобные попытки при разработке Закона об акционерных обществах (в частности, введен институт «аффилированных лиц»), о местном самоуправлении, а также при регулировании траста как доверительного управления, а не доверительной собственности, как в английском праве. Иногда сильнее ощущалось влияние семьи общего, а не континентального права. Нередко исчезала мера допустимой аналогии права и закона и правовая идентификация приобретала смысл откровенного и открытого «внешнего источника» национального правотворчества»¹⁶.

3. Правовая семья мусульманского права. Ряд стран постсоветского пространства обладает значительным количеством жителей, исповедующих ислам (например, Азербайджан, Казахстан, Узбекистан, Таджикистан, Киргизия). В связи с этим сильное влияние в постсоветский период в них приобретает современное исламское право, которое, будучи в XX веке серьезно модернизированным, сегодня воздействует даже на неисламские страны. Так, начинает пользоваться популярностью так называемый «исламский банкинг» — банковская деятельность, основанная на принципах мусульманского права (запрет ростовщической деятельности, сделок с неопределенными условиями, запрет вложения денег в недопустимые для мусульманина сферы деятельности и т.д.)¹⁷.

4. Постсоциалистическая правовая семья. Некоторые исследователи считают современ-

¹³ Сулейменов М. К. Система права и система законодательства Казахстана: выбор пути // Юрист. 2004. № 4. Журнал издается в Республике Казахстан.

¹⁴ См.: интервью Управляющего МФЦА Кайрата Келимбаева российскому журналу «Эксперт»: Международный финансовый центр принесет Казахстану дополнительно до 1 % ВВП в год // Эксперт. 2016. № 28—29. 18—24 июля 2016 г. С. 66.

¹⁵ Тихомиров Ю. А. Курс сравнительного правоведения. М.: Норма, 1996. С. 53.

¹⁶ Указ. соч. С. 71.

¹⁷ Например, на постсоветском пространстве появляется законодательство, регулирующее банковскую деятельность в соответствии с принципами ислама. В 2005 г. были внесены изменения в Закон Республики Казахстан от 31 августа 1995 г. № 2444 «О банках и банковской деятельности в Республике Казахстан». В 2009 году были внесены поправки в Закон Кыргызской Республики от 29 июля 1997 г. № 60 «О банках и банковской деятельности в Кыргызской Республике». В 2014 г. был принят Закон Респуб-

ные страны постсоветского пространства относящимися к государствам переходного типа и используют в отношении них термин «постсоциалистическая правовая семья» или «постсоветские системы»¹⁸. Однако, как видится, далеко не во всех странах постсоветского пространства такая идентификация сегодня может встретить понимание и стать самоидентификацией.

5. *Славянская правовая семья*. Ряд авторитетных исследователей считает, что сегодня можно вести речь о становлении славянской правовой семьи. Например, В. Н. Синюков полагает, что славянская правовая семья включает группу российского права, группу западно- и восточнославянского права и, возможно, как пишет автор, группу евразийского (Казахстан, Узбекистан, Таджикистан, Туркменистан) и закавказского права (Грузия, Армения, Азербайджан, Южная Осетия, Абхазия)¹⁹.

Эта концепция довольно обоснована прежде всего с позиций правовых традиций и правового менталитета, однако, на наш взгляд, у нее есть существенный недостаток — далеко не во всех бывших республиках СССР доминирует сегодня славянское население, в связи с чем такие республики вряд ли согласятся самоидентифицировать себя в рамках такой правовой семьи. А для того, чтобы вести речь о правовой семье, на наш взгляд, недостаточно, чтобы себя к ней причислял только один

член такой семьи — необходимо и «семейное согласие».

В концепции же В. И. Лафитского, например, критерии славянской правовой семьи основаны в значительной степени на православной идентичности²⁰, что также «отсекает» от этой общности многие страны постсоветского пространства с доминированием исламского вероисповедания. Между тем объективно сохраняется в этих странах ряд общих черт (как наследие общей правовой истории на протяжении веков, а также в силу сходности правового менталитета населения, общих до сих пор основ правовой науки).

В связи с этим, как видится, более перспективными являются правовые идеи, которые могли бы объединить страны постсоветского пространства, не допуская возникновения в них новых «линий раскола».

б. *Византийская правовая семья*. В частности, С. С. Алексеев считал, что национальные правовые системы стран постсоветского пространства относятся к правовой системе, которую он именовал «система традиционного неотдифференцированного типа» или «право Востока», оперируя для обозначения этих правовых систем термином «византийское право»²¹.

Как видится, недостатком этой концепции является то, что она в большей степени ориентирована на ранние исторические кор-

ки Таджикистан № 1108 «Об исламской банковской деятельности». В Казани 24 марта 2016 г. впервые в России начал работу «Центр партнерского банкинга», оказывающий финансовые услуги в соответствии с основополагающими принципами ислама (см.: Новикова Р. Г. Теоретические основы правового регулирования финансовых отношений в исламском праве : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2006. С. 27—28).

¹⁸ В частности, М. Н. Марченко отмечает, что государства, переходные от социалистического государства к капиталистическому, нередко именуют «постсоветскими» системами, «подчеркивая тем самым, что в центре прежней социалистической, или псевдосоциалистической, правовой семьи стояло советское государство и право» (Марченко М. Н. Сравнительное правоведение. 2-е изд., перераб. и доп. М. : Проспект, 2011. С. 605).

¹⁹ См.: Синюков В. Н. Российская правовая система : Введение в общую теорию. 2-е изд. М. : Норма, 2010. С. 201.

²⁰ См.: Лафитский В. И. Сравнительное правоведение в образах права. М. : Статут, 2010. Т. 1. С. 200 и далее. Автор пишет, что рассмотрение им христианской традиции права с обзором славянского права обусловлено рядом причин: «во-первых, тем, что в славянском праве христианские ценности находят наиболее полное воплощение; во-вторых, тем, что славяне — самый крупный и, судя по всему, самый древний этнос Европы. Даже сейчас, несмотря на все войны и социальные беды XX в., примерно каждый третий житель Европы относится к славянской расе; в-третьих, тем, что в последние десятилетия именно славянское право развивается наиболее бурными темпами, оказывая все большее влияние на право других христианских правовых семей (Указ. соч. С. 200).

²¹ См. более подробно: Алексеев С. С. Право на пороге нового тысячелетия: некоторые тенденции мирового правового развития — надежда и драма современной эпохи. М. : Статут, 2000. С. 73.

ни становления общей правовой идеологии в Древнерусском государстве, на анализ исторических особенностей правового менталитета, и ей трудно предложить актуальную повестку современным динамично развивающимся государствам этого цивилизационного пространства, которое со времен Византийской империи значительно расширилось. Кроме того, на наш взгляд, современные страны постсоветского пространства в гораздо большей степени являются наследницами советской правовой традиции, накопленного на протяжении XX века оригинального, самостоятельного опыта правового развития, и византийские корни имеют крайне отдаленное отношение к современному правовому стилю этих стран.

7. *Евразийская правовая семья.* Учитывая формирующуюся евразийскую интеграцию, которая объединяет сегодня ряд стран постсоветского пространства, сохранивших наибольшее цивилизационное единство²², на глобальную историческую перспективу представляется небеспочвенным вести речь о формировании евразийской правовой семьи. Как видится, эта концепция могла бы стать консолидирующей для стран постсоветского пространства. Она не несет в себе исторического негативного «шлейфа» для этих стран (как концепция постсоветского права для некоторых бывших республик СССР), не ограничивается узкими рамками национальной или религиозной идентичности (как концепция славянской правовой семьи), что теоретически делает ее приемлемой для всех стран постсоветского пространства. При этом она позволяет учесть то особенное, что до сих пор отличает эти страны от других правовых семей²³, позволяя сформировать идеологическое обоснование для отказа от безусловного подчинения тому или иному «центру притяжения». Эта концепция не создает препятствий для восприятия от этих центров отдельных положительных моментов (и даже подчеркивает, что к тому есть все предпосылки, поскольку Евразия цивилизационно находится на «культурном перекрестке»), но позволяет сохранить собственную индивидуальность странам постсоветского пространства, можно даже сказать,

позволяет защитить свой идеологический суверенитет от экспансии глобализма.

Имеется также точка зрения, согласно которой одним из возможных вариантов развития является фрагментация постсоветского правового пространства. Например, Ю. А. Тихомиров в качестве одного из трех прогнозируемых вариантов называет такой, при котором на этом пространстве возможно возникновение двух-трех правовых семей: прибалтийской с тяготением к северной (скандинавской) правовой семье, славянской правовой семьи в сочетании с азиатско-мусульманской правовой семьей, центрально-европейской с тяготением к романо-германской семье²⁴.

Необходимо также учитывать, что конфликты правовых идей и концепций имеют далеко не только доктринальное значение. Нередко они подходят очень близко к вопросам политики, идеологии, цивилизационной и культурной идентичности и т.д. Последствия же конфликтов в этих сферах на постсоветском пространстве мы видим регулярно. Таким образом, примирение различных правовых концепций в рамках объединяющей концепции евразийской правовой семьи могло бы сыграть, как видится, позитивную роль.

В целом же конфликты правовых идей и концепций, на наш взгляд, могут иметь как конструктивное, так и деструктивное значение, что показывает и опыт такого рода конфликтов на постсоветском пространстве.

Конструктивный аспект:

- а) гносеологическое значение («в споре рождается истина»);
- б) эвристическое значение (при столкновении идей, если ни одна не одерживает убедительную победу и не способна предложить привлекательный образ желаемого будущего, велика вероятность появления новой идеи или концепции);
- в) парадигмальное значение (смена парадигм в юридической науке и государственной практике, общество получает новый импульс развития);
- г) интеграционное значение (сближение государств в рамках формирующегося общего

²² См. также: Головина А. А. Перспективы формирования евразийских антикоррупционных стандартов // Евразийский юридический журнал. 2016. № 12. С. 25—29.

²³ См., например: Головина А. А. Современные воззрения на систему права в странах постсоветского пространства // Служение праву: сборник статей / под ред. Д. А. Туманова, М. В. Захаровой. М.: Проспект, 2017. С. 488—506.

²⁴ См.: Тихомиров Ю. А. Курс сравнительного правоведения. С. 129.

правового стиля в силу общности правовых идей и концепций, «выигравших» конфликт — в перспективе с формированием общей правовой системы или даже интеграционного объединения государств, например — евразийская правовая идея);

- д) социально-мобилизирующее значение (сплочение социальной группы вокруг идеи или восстановление единства по итогам успешного преодоления конфликта, в рамках которого находят разрешение накопившиеся противоречия)²⁵.

Деструктивный аспект:

- а) разрушение устаревших концепций и идей, либо концепций и идей, вступивших в непримиримое противоречие с новым вектором развития государства и общества — например, советская концепция единства государственной власти, на смену которой пришла концепция разделения властей (при этом крушение правовых идей нередко сопряжено и с опровержением иных связанных с ними идей в сфере государственного и общественного развития, а это уже угроза стабильности государства и общества);
- б) конфликты правовые могут перерастать в иные типы конфликтов — межнациональные, территориальные, социальные;
- в) возникновение риска непонимания или даже раскола в отношениях между государствами, выбравшими различные, не совпадающие по своему вектору правовые идеи и концепции.

Отсюда вывод — в случае конфликта правовых идей и концепций необходимо стремиться к тому, чтобы максимально использовать их конструктивный потенциал и нивелировать деструктивный, в особенности же не допускать перерастания конфликта правовых идей в иные, более опасные типы конфликтов (со-

циальные, межгосударственные), а значит, стремиться разрешать их (или хотя бы смягчать, лишая жесткой риторики) еще на стадии академической дискуссии.

При этом необходимо принимать во внимание, что правовые идеи и концепции через механизмы обратной связи науки и практики нередко оказывают самое непосредственное воздействие на общественное сознание и общественное бытие. В связи с этим конфликты правовых идей и концепций, линия разлома которых проходит через научное общественное сознание, нередко «выплескиваются» за его пределы или, наоборот, могут служить отражением конфликта, уже протекающего в общественном сознании в текущий исторический момент.

Соответственно, одной из задач юридической науки видится недопущение переноса конфликтов правовых идей и концепций за пределы научной дискуссии, своевременное прогнозирование и выявление деструктивного потенциала тех или иных идей, построение системы научной аргументации, позволяющей в конфликте правовых идей и концепций усилить позиции тех из них, которые имеют наиболее конструктивный, позитивный потенциал.

С этой точки зрения, по нашему мнению, в современной юридической науке не вполне востребованной остается категория «парадигма»²⁶. Между тем она обладает значительным гносеологическим потенциалом в правоведеии, в том числе в области понимания. Как известно, если естественные науки характеризуются сменяемостью парадигм (так, гелио-центрическая парадигма сменила геоцентрическую), то социальные — конкуренцией. Соответственно, выявление конкурирующих правовых парадигм позволя-

²⁵ Так, по мнению Л. Козера, конфликт внутри группы может способствовать ее сплочению или восстановлению единства. Поэтому внутренние социальные конфликты, затрагивающие только такие цели, ценности и интересы, которые не противоречат принятым основам внутригрупповых отношений, как правило, носят функционально-позитивный характер (цит. по: Юридическая конфликтология. С. 13).

²⁶ Введена в научный оборот американским историком и философом науки Т. Куном в его фундаментальном труде «Структура научных революций» (1962). Под парадигмой ученый понимал «признанные всеми научные достижения, которые в течение определенного времени дают научному сообществу модель постановки проблем и их решений» (например, «астрономия Птолемея (или Коперника)», «аристотелевская (или ньютоновская) динамика», «корпускулярная (или волновая) оптика» и т.д.). Или, более кратко, «парадигма — это то, что объединяет членов научного сообщества и, наоборот, научное сообщество состоит из людей, признающих парадигму» (Кун Т. Структура научных революций. М., 2009. С. 11—12, 67).

ет лучше понять механизмы формирования правовых идей и концепций, их взаимосвязь и взаимовлияние, механизмы конкуренции и конфликтов²⁷.

На наш взгляд, правовыми парадигмами, конкуренция между которыми длится уже на протяжении веков (и принимает в некоторые исторические периоды весьма ожесточенный характер — от напряженной словесной полемики до вытеснения конкурентов из научного поля), являются две — **нормативизм** и **метанормативизм**²⁸. Эти два термина предлагаются нами для обозначения парадигм, которые друг от друга четко отграничиваются, в зависимости от ответа на главный, **«парадигмальный» вопрос**: как соотносятся право и закон (в широком смысле)? Если нормативистская парадигма ответит на него «как содержание и форма», то метанормативизм допускает существование бессодержательной формы (неправовой закон) или бесформенного содержания. Парадигмальный вопрос не допускает промежуточного ответа, следовательно «золотой середины» в конкуренции правовых парадигм быть не может. Все основные концепции правовопонимания довольно определенно попадают в поле притяжения либо нормативистской, либо метанормативистской правовых парадигм.

Исходя из изложенного, может быть определено и отношение к такому популярному сегодня вопросу, как «быть или не быть интегративной концепции правовопонимания»²⁹. Иными словами: может ли конкуренция правовых парадигм привести к «снятию противоречий»

в конфликте за счет интеграции различных идей и концепций, лежащих в их основе?

Сторонниками интегративного правовопонимания высказывается идея о том, что понимания истинной сущности права можно добиться, только объединив положительные стороны каждой из существующих концепций правовопонимания: и нормативизма (легизма), и социологической, и коммуникативной, и либертарно-юридической, и естественно-правовой, и т.д. Близкая к ней концепция вообще предлагает нам согласиться с тем, что право, подобно бриллианту, который тем красивее, чем богаче огранка. Соответственно, чем больше граней (концепций правовопонимания) мы объединим, тем якобы более «красивым» («полным», «истинным») будет наше понимание права.

Однако основываясь на высказанных выше идеях о конкуренции в правовой науке только двух парадигм, позволим себе высказать мысль о том, что вопрос о правовопонимании не есть вопрос о количестве граней у бриллианта. Скорее, это вопрос о том, в каком агрегатном состоянии находится бриллиант: твердом (право воплощено в четкой системе формально закрепленных норм) или газообразном (правовые нормы могут содержаться и в законе, и в судебном решении, и в абстрактных принципах свободы, равенства, справедливости и т.д.). Как видится, промежуточного ответа («газообразнотвердый бриллиант») быть не может. Следование постклассическому принципу «все концепции верны» есть с этой точки зрения, по сути, отказ от поиска научной истины (как если бы астрономы взялись утверждать, что верна

²⁷ Не случайно В. В. Смирнов выделял в качестве первого элемента юридического конфликта «различия в правовопонимании как базовые для формирования массового правового сознания» и отмечал, что «обострившийся спор по поводу понимания права как выражения общечеловеческих ценностей или как «писаного права», норм законов и иных актов приобрел очевидную практическую направленность. Сторонники гуманитарной трактовки сеют недоверие к любой нормативной системе, законам и законности, давая повод каждому определять меру отношения к нормам» (см.: Юридическая конфликтология. С. 99).

²⁸ От греч. приставки «мета-» — «сверх-», подобно физике и метафизике.

²⁹ См., например, более подробно: Valery Lazarev. Integrative perception of Law // Kazan University Law Review. Volume 1, Fall 2016, Number 1, p. 19—32; Власенко Н. А. Правовопонимание в свете категорий определенности и неопределенности // Журнал российского права. 2014. № 2. С. 37—44; Графский В. Г. Интегральная (синтезированная) юриспруденция: актуальный и все еще не заверченный проект // Правоведение. 2000. № 3; Ершов В. В. Международное и внутригосударственное право с позиций легизма и интегративного понимания права // Российское правосудие. 2011. № 8. С. 5—26; Черданцев А. Ф. Интегративное недопонимание права // Журнал российского права. 2016. № 10. С. 5—15; Залоило М. В., Черкашина-Шmidt О. В. Интегративное правовопонимание: новый подход // Журнал российского права. 2014. № 4. С. 143—147; Теоретические и практические проблемы правовопонимания: Матер. III Междунар. конф., состоявшейся 22—24 апреля 2008 г. в РАП / под ред. В. М. Сырых, М. А. Заниной. М., 2009.

и геоцентрическая, и гелиоцентрическая парадигмы), что представляется не вполне продуктивным подходом в науке, в том числе юридической³⁰.

Выбор юристом той или иной правовой парадигмы (который может, на самом деле, даже не осознаваться, например, юристы-практики в значительной мере следуют нормативистской правовой парадигме) оказывает самое непосредственное влияние на целый комплекс связанных проблем, на примере чего отчетливо видны социальные последствия конфликтов правовых идей и концепций.

Прежде всего выбор правовой парадигмы влияет на понимание ученым или юристом-практиком взаимосвязи государства и права. Если нормативизм считает эту взаимосвязь неоспоримой, а государство — единственным источником правовых норм, то для метанормативизма эта связь далеко не очевидна, а нередко и оспаривается. Одним из довольно популярных тезисов метанормативизма является тезис о так называемом «неправовом законе», т.е. законе, который не содержит норм права. Однако от такого утверждения всего один шаг до признания того, что неправовой закон можно не исполнять. Тем более, что критерии правового или неправового закона метанормативистскими концепциями предлагаются довольно расплывчатые. Например, либертарно-юридическая концепция (которую мы однозначно относим к метанормативизму) считает, что только тот закон может считаться правовым, в котором воплощены принципы свободы, равенства и справедливости³¹. Все остальное объявляется этой концепцией не правом, а «произволом»³².

На наш взгляд, такой подход открывает широкий простор для усмотрения индивида в том, исполнять или не исполнять принимаемые государством нормативные правовые

акты под тем или иным субъективным предлогом. Как видится, эта идея есть не что иное, как «бомба замедленного действия» для любого правопорядка, а в более широком смысле — и покушение на правовой суверенитет государства, его суверенные права на принятие, изменение и отмену норм права.

Не случайно академик О. Е. Кутафин еще в 2002 г. в одном из интервью заметил: «Вот недавно я обратил внимание на парадоксальный момент... неудовлетворенность действующим законодательством привела к тому, что на бытовом уровне люди начали делать разницу между законом, который часто кажется несправедливым, и правом, которое справедливо по определению. Абсурд, согласитесь? Но это же все идет от действия властей, на которых и ориентируется народ. Вспомните расстрел Белого дома — он ведь произошел из-за того, что Ельцин сказал: “Эта конституция неконституционна”. Большой алогизм, да еще сказанный первым лицом государства, трудно себе представить. Это очень опасно, поскольку самый плохой закон должен соблюдаться — пока не будет изменен опять же законодательным путем»³³.

Бездействие в разрешении конфликта правовых идей и концепций может быть крайне опасным. Здесь видятся два основных *способа разрешения конфликтов правовых идей и концепций* — либо из конкурирующих концепций выбирается та, которая имеет наибольший конструктивный потенциал, либо на базе конкурирующих концепций вырабатывается новая концепция, соединяющая в себе наиболее позитивные черты всех конкурирующих концепций.

Позитивные примеры результативности второго подхода у всех перед глазами — Китай, которому удалось синтезировать концепции плановой и рыночной экономики наиболее благоприятным для себя образом, а также

³⁰ Согласимся с Н. А. Власенко, который подчеркивает: «Познание, тем более научное, должно стремиться к истине и оценкам, отвечающим реальности. Когда же речь идет о прагматической стороне нерешенной проблемы, то необходимо учитывать, что понимание права — ключевой вопрос в профессиональном воспитании молодого поколения, особенно будущих юристов, которые должны четко представлять, что такое право, как оно связано с законностью, какова роль этих феноменов в обществе, в том числе в деле обеспечения прав и свобод граждан» (Власенко Н. А. Правопонимание в свете категорий определенности и неопределенности // Журнал российского права. 2014. № 2. С. 37—44).

³¹ См., например: Нерсесянц В. С. Философия права. М., 2008.

³² Заметим попутно, что, исходя из такой посылки, практически вся история человечества оказывается исключенной из истории права, начиная с рабовладельческой Античности (т.е. «римское право» следовало бы, исходя из такой логики, переименовать в «римский произвол»).

³³ См.: Кутафин О. Е. Первый по праву / сост. И. В. Кравченко, Д. Ю. Мартынкина. М., 2011. С. 390.

успех ряда западных стран, которые к идее рыночной экономики добавили некоторые идеи, заимствованные у социалистического государства на волне его несомненных успехов в социальной сфере, и сконструировали концепцию социального рыночного государства (или социально ориентированного рыночного государства).

Еще один пример возможного пути решения конфликта правовых идей и концепций, на наш взгляд, можно предложить в сфере правовой идеологии. Понятие это, если смотреть на него непредвзято, очистить от налета официозности, которое оно приобрело в силу определенных исторических причин, по-прежнему, на наш взгляд, остается востребованным и в современных условиях. Идеология может быть не только навязанной, но и осознанно выбранной индивидом, и в качестве таковой выступает «компасом», ориентиром, с которым сверяются жизненные установки и выстраивается иерархия принципов и целей. На наш взгляд, любой человеческий социум самоорганизуется, так или иначе вокруг определенной идеологии, будь то либеральная идеология или провозглашенное отсутствие идеологии, что само по себе уже есть идея.

Выработка общего информационного поля, общего отношения к жизни, к внешней среде является, на наш взгляд, одним из мощных социальных инстинктов, формировавшихся на протяжении всей социальной истории. При этом происходит формирование некоего круга идей, идейного социокода, который разделяет и признает все общество или такое его подавляющее большинство, которого достаточно для поступательного развития и нормального функционирования общества. Как видится, этот инстинкт присущ всем здоровым обществам, которым удавалось сохранить свою идентичность на протяжении продолжительных исторических промежутков, поскольку общество, разделенное, находящееся в конфронтации не только не могло двигаться вперед и развиваться, но и попадало под угрозу уничтожения

(вспомним — «дом, разделенный враждой, не устоит»).

В истории российского общества также известны периоды мощной конфронтации, в том числе на идейном фронте (начиная от феодальной раздробленности и заканчивая гражданской войной XX века, распадом СССР, центробежные тенденции которого чуть было не перекинулись и на территорию Российской Федерации). Однако российское государство каждый раз возрождалось как феникс из пепла не в последнюю очередь потому, что вновь находило некую идеологическую платформу, консолидирующую общество (будь то идея «Москва — третий Рим», «православие — самодержавие — народность», социалистическая идеология).

Как видится, сегодня российское государство и общество в целом вновь продолжает поиск такого «компаса», который позволял бы находить ориентиры в выстраивании долгосрочных стратегий развития, проектировать желаемый образ общего будущего.

Как справедливо отмечает Ю. А. Тихомиров, «исторический опыт и современность свидетельствуют, что право по-прежнему служит важнейшим способом обеспечения публичных и частных интересов и устойчивого уклада жизни. Однако оно постоянно подвергается атакам со стороны таких явлений, как правовой нигилизм, отчуждение граждан и прямое и косвенное насилие. Для их преодоления приходится искать новые векторы развития»³⁴, при этом право представляет собой «способ опережающего отражения социальной действительности, способствующий формированию новых государственно-правовых состояний в процессе управления государственными делами»³⁵.

Представляется, что таким вектором, проявляющимся в самых разных сферах взаимодействия государства и общества, может стать идея «**прогрессивного консерватизма**», или своего рода «**ретрофутуризм**»³⁶ на новый лад. Эта идеология подразумевает всестороннее инновационное развитие экономики и совре-

³⁴ Тихомиров Ю. А. Новые векторы регулирования — «другое право»? // Журнал российского права. 2016. № 4.

³⁵ Тихомиров Ю. А. Как обеспечить законность? Новый подход // Российское правосудие. 2016. № 8. С. 6.

³⁶ Этим термином обозначают то, как люди прошлого (примерно до 1960-х годов) представляли себе будущее. Согласно журналу *Retrofuturism*, который выходил с 1988 года по 1993 год, впервые слово «ретрофутуризм» было произнесено в 1983 году журнальным редактором Ллойдом Данном (Lloyd Dunn). На наш взгляд, многие идеи ретрофутуризма достойны того, чтобы воплотить их в жизнь сегодня, особенно идеи советского ретрофутуризма, в котором вера в неминуемые достижения научно-технического прогресса сочеталась с высокими идеалами братства народов (распространявшимися даже на

менных технологий («формы» социальной жизни) при сохранении традиционного, консервативного подхода к социальным и духовным ценностям («сути» социальной жизни).

В результате, как уже предполагают некоторые исследователи, «у России есть возможность стать своеобразной «футурозоной» — зоной будущего принципиально нового социального и технологического порядка. Россия будет страной, с одной стороны, консервативно защищающей институт семьи, с другой стороны — создающей новый тип энергетических, транспортных, биофотонических, инструментально-лазерных систем

в интересах сбережения народа и создания условий для роста численности семей и детей, воспитываемых в полных семьях. Замыкание динамичного авангардистского общества индустриально-технологического прорыва на социальный консерватизм общества традиции дает, собственно, абрис идентичности будущего»³⁷.

Представляется, что подобная идея способна «снять» конфликт консервативных и либеральных концепций развития, который сегодня продолжается в российском правосознании и общественном сознании в целом, и создать прочный фундамент для нового созидательного этапа развития российской государственности.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. Алексеев С. С. Право на пороге нового тысячелетия: некоторые тенденции мирового правового развития — надежда и драма современной эпохи. — М.: Статут, 2000.
2. Власенко Н. А. Правопонимание в свете категорий определенности и неопределенности // Журнал российского права. — 2014. — № 2.
3. Графский В. Г. Интегральная (синтезированная) юриспруденция: актуальный и все еще не завершённый проект // Правоведение. — 2000. — № 3.
4. Громыко Ю. О захвате культурной гегемонии. Кто победит в борьбе за класс молодых профессионалов // Изборский клуб. Русские стратегии. — 2015. — № 9.
5. Давид Р. Основные правовые системы современности / пер. с фр. В. А. Туманова. — М.: Прогресс, 1988.
6. Давид Р., Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы современности / пер. с фр. В. А. Туманова. — М.: Междунар. отношения, 2009.
7. Делягин М. Это русское слово «High-Hume» // Изборский клуб. Русские стратегии. — 2015. — № 5.
8. Ершов В. В. Международное и внутригосударственное право с позиций легизма и интегративного понимания права // Российское правосудие. — 2011. — № 8.
9. Залоило М. В., Черкашина-Шмидт О. В. Интегративное правопонимание: новый подход // Журнал российского права. — 2014. — № 4.
10. Кун Т. Структура научных революций. — М., 2009.
11. Кутафин О. Е. Первый по праву / сост. И. В. Кравченко, Д. Ю. Мартынкина. — М., 2011.
12. Лафитский В. И. Сравнительное правоведение в образах права. — М.: Статут, 2010. — Т. 1.
13. Марченко М. Н. Сравнительное правоведение. 2-е изд., перераб. и доп. — М.: Проспект, 2011.
14. Международный финансовый центр принесет Казахстану дополнительно до 1 % ВВП в год // Эксперт. — 2016. — № 28—29.
15. Нерсесянц В. С. Философия права. — М., 2008.
16. Новикова Р. Г. Теоретические основы правового регулирования финансовых отношений в исламском праве: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — М., 2006.
17. Нурлыбай К. А. Место правовой системы Республики Казахстан в общей типологии правовых систем современности // URL: http://www.rusnauka.com/12_KPSN_2013/Pravo/1_135727.doc.htm.
18. Синюков В. Н. Российская правовая система: Введение в общую теорию. — 2-е изд. — М.: Норма, 2010.

инопланетные цивилизации, которые, как считалось, неизбежно будут открыты, ведь освоение новых планет — следующий шаг после выхода первого советского человека в космос), социальной справедливости, духовности человека будущего, господства активного, созидательного разума.

³⁷ Громыко Ю. О захвате культурной гегемонии. Кто победит в борьбе за класс молодых профессионалов // Изборский клуб. Русские стратегии. 2015. № 9. С. 124.

19. Сулейменов М. К. Система права и система законодательства Казахстана: выбор пути // Юрист (казахстанский юридический журнал). — 2004. — № 4.
20. Теоретические и практические проблемы правопонимания : материалы III Междунар. конф., состоявшейся 22—24 апреля 2008 г. в РАП / под ред. В. М. Сырых, М. А. Заниной. — М., 2009.
21. Тихомиров Ю. А. Как обеспечить законность? Новый подход // Российское правосудие. — 2016. — № 8.
22. Тихомиров Ю. А. Курс сравнительного правоведения. — М. : Норма, 1996.
23. Тихомиров Ю. А. Новые векторы регулирования — «другое право»? // Журнал российского права. — 2016. — № 4.
24. Тупаев А. В. Идеологическое государство в концепциях Э. Нольте и Н. Н.Алексеева как предмет социально-политического исследования // Теория и практика общественного развития. — 2012. — № 5.
25. Хаустова М. Г. Правовая система Украины среди правовых систем современности // Проблемы законности. — 2013. — № 1230.
26. Черданцев А. Ф. Интегративное недопонимание права // Журнал российского права. — 2016. — № 10.
27. Юридическая конфликтология / под ред. В. Н. Кудрявцева. — М. : Институт государства и права РАН, 1995.
28. Lazarev V. Integrative perception of law // Kazan University Law Review. — Vol. 1. — 2016. — No. 1.

Материал поступил в редакцию 27 февраля 2017 г.

CONFLICTS OF LEGAL IDEAS AND CONCEPTS: CONSTRUCTIVE AND DESTRUCTIVE ASPECTS³⁸

GOLOVINA Anna Aleksandrovna — PhD in Law, Researcher of the Department of the Theory of Legislation at the Institute of Legislation and Comparative Law under the Government of the Russian Federation
aagolovina@mail.ru
117218, Russia, Moscow, ul. B. Chermushkinskaya , d. 34

Abstract. *In the legal sphere, the conflict often begins with a conflict of legal ideas and concepts that can be defined as a contradiction within the legal system reflected in the opposition of one legal ideas and concepts to others. The influence of conflicts of legal ideas and concepts is particularly strong in societies that can be attributed to “ideocratic.” The paper highlights the main characteristics of conflicts of legal ideas and concepts, the levels of such conflicts, their possible causes, and their constructive and destructive aspects. It is noted that some of the ideas and concepts can more or less successfully coexist, while others by their nature have to compete for the right to become dominant. As a typical example, the article discusses the conflict of legal ideas concerning the issue of which legal system should the post-Soviet countries be allocated to. The paper focuses on the competition between the following legal families in the post-Soviet space: the Romano-Germanic legal family, the Anglo-Saxon legal family, the Slavic legal family, the post-Soviet legal family, the legal family of Muslim Law, the Byzantine Legal Family, the Eurasian legal family. The author considers the competition between the legal paradigms as an example of the conflict of legal ideas and concepts at a fundamental scientific level. The paper provides the author’s classification of legal paradigms into normativism and metanormativism, justifies the existence of a paradigmatic question, the answer to which determines the allocation of a certain legal idea or concept to a certain legal paradigm. In the light of the author’s concept of legal paradigms and their competition, the paper elucidates the integrative concept of law. The paper provides two main ways of resolving conflicts between legal ideas and concepts, namely: either a concept that possesses the highest constructive potential may be chosen out of competing concepts or a new concept that combines the most positive features of all competing concepts may be developed. It is justified, in particular, that the concept of «progressive conservatism» or «retrofuturism» in a new way may consolidate the Russian society, reconcile the liberal and conservative vectors of its development. This ideology implies a comprehensive innovative development of the economy and modern technologies (as*

³⁸ The article is based on a report the author elaborated and made at the Third Problem Seminar on “Legal Conflicts: Mechanisms of Analysis and Discretion” for professors, postgraduate students and students that was held under the auspices of Doctor of Law, Prof. Yu. A. Tikhomirov at the Kutafin Moscow State Law University on April 26, 2016.

a “form” of social life), while maintaining a traditional, conservative approach to social and spiritual values (as an “essence” of social life).

Keywords: legal conflict, conflict between legal ideas and concepts, legal systems in the post-Soviet space, problems of law understanding, legal paradigms, competition of legal paradigms, integrative concept of law, normativism, metanormativism, legal ideology, progressive conservatism.

REFERENCES

1. Valery Lazarev. Integrative perception of law // Kazan University Law Review. Volume 1, Fall 2016, Number 1.
2. Alekseev S. S. Law at the turn of a new millennium: Some trends of the international legal development — the hope and drama of the modern era. Monograph. M.: Statut, 2000.
3. Vlasenko N.A. Legal Consciousness in light of the categories of certainty and uncertainty // Journal of Russian Law. 2014. No. 2.
4. Grafsky V. G. Integrated (synthesised) jurisprudence: current and not yet completed project // Jurisprudence. 2000. No. 3.
5. Gromyko Yu. On the capture of cultural hegemony. Who will win in the struggle for the class of young professionals // Izborsky club. Russian strategies. 2015. No. 9.
6. David R. Major legal systems of the modernity / Trans. from Fr. by Doctor of Law, Prof. V. A. Tumanov. M.: Progress, 1988.
7. David R., Joffre-Spinozi K. The main legal systems of modernity / Trans. from Fr. V. A. Tumanov. — M.: International Relations, 2009.
8. Delyagin M. It is the Russian word “High-Hume” // Izborsky club. Russian strategies. 2015. No. 5.
9. Ershov V.V. International and domestic law from the standpoint of legalism and integrative understanding of law // Russian Justice. 2011. No. 8.
10. Zaloilo M. V., Cherkashina-Shmidt O. V. Integrative understanding of law: a new approach // Journal of Russian Law. 2014. No. 4.
11. Kuhn T. The structure of scientific revolutions. M., 2009.
12. Kutafin O. E. The Justly First / comp. I. V. Kravchenko, D. Y. Martynkin. M., 2011.
13. Lafitskiy V.I. Comparative Law in the Images of Law. Vol.1. M.: Statut, 2010.
14. Marchenko M. N. Comparative law. 2nd issue, revised and supplemented. M.: Prospekt, 2011.
15. An International financial center will bring Kazakhstan extra up to 1% of GDP per year // Expert. 2016. No. 28-29. July 18-24, 2016.
16. Nersesyants V. S. Philosophy of law. M., 2008.
17. Novikova R. G. Theoretical foundations of the legal regulation of financial relations in Islamic Law: Abstract of the PhD Thesis. M., 2006.
18. Nurlybay K. A. The place of the legal system of the Republic of Kazakhstan in the general typology of legal systems of modernity // The electronic version article URL: http://www.rusnauka.com/12_KPSN_2013/Pravo/1_135727.doc.htm.
19. Sinyukov V. N. The Russian legal system: Introduction to the General Theory. 2nd Edition. M.: Norma, 2010.
20. Suleimenov M. K. The system of law and the law-making system of Kazakhstan: the choice of the way // Lawyer (Kazakhstan Law Journal). 2004. No. 4.
21. Theoretical and practical problems of legal consciousness: Proceedings of the III International Conference held on April 22-24, 2008, in the RAJ / Ed. by V.M.Syrikh, M.A. Zanina. M., 2009.
22. Tikhomirov Yu. A. How to enforce justice? A new approach // Russian Justice. 2016. No. 8.
23. Tikhomirov Yu. A. The course of Comparative Law. M.: NORMA, 1996.
24. Tikhomirov Yu. A. New vectors of regulation — “different law”? // Journal of Russian Law. 2016. No. 4.
25. Tupaev A. V. The ideological state in the concepts developed by E. Nolte and N. N. Alekseev as the subject of socio-political studies // Theory and Practice of Social Development. 2012. No. 5.
26. Khaustova M. G. The legal system of Ukraine among the legal systems of modernity // Problems of Justice. 2013. No. 1230.
27. Cherdantsev A. F. Integrative misunderstanding of law // Journal of Russian Law. 2016. No. 10.
28. Legal conflictology / Ed. by V. N. Kudryavtsev. M., Institute of the State and Law of RAS, 1995.

ПЛАТЕЖНАЯ СИСТЕМА БАНКА РОССИИ

Аннотация. Настоящая статья посвящена рассмотрению вопросов правового регулирования платежной системы Банка России. В работе определяется, что платежная система Банка России является центральным элементом национальной платежной системы, что обуславливается общим объемом переводимых через данную систему денежных средств, ее ролью в поддержании стабильности национальной платежной системы и организации безналичных расчетов. На основе проведенного исследования выделены элементы (подсистемы), которые в своей совокупности составляют платежную систему Банка России. В статье проанализированы особенности организации и функционирования платежной системы Банка России, заключающиеся в нормативном закреплении правил данной платежной системы, совмещении Центральным банком РФ функций оператора платежной системы, оператора по переводу денежных средств и оператора платежной инфраструктуры, использовании целого комплекса сервисов по переводу денежных средств и т.д. В работе уделено особое внимание грядущим изменениям в механизме правового регулирования платежной системы Банка России, которые связаны с принятием Положения Банка России от 06.07.2017 № 595-П «О платежной системе Банка России». Определено, что новое положение направлено на модернизацию механизма перевода денежных средств посредством внедрения новой технологической платформы, совершенствование категориального аппарата, расширение круга участников данной платежной системы, а также внесение иных изменений в порядок организации и функционирования платежной системы Банка России, которые будут способствовать повышению стабильности как самой платежной системы Банка России, так и национальной платежной системы в целом. Кроме того, в статье исследуются система управления и полномочия структурных подразделений Центрального банка РФ по управлению платежной системой Банка России, состав ее участников, анализируется специфика проведения расчетов, изучаются виды расчетных документов, применяемых при осуществлении перевода денежных средств в различных сервисах платежной системы Банка России, приводятся статистические данные, позволяющие оценить место платежной системы Банка России в национальной платежной системе.

Ключевые слова: платежная система Банка России, национальная платежная система, Центральный банк РФ, БЭСП, ППС, ВЭР, МЭР, перевод денежных средств, денежное обращение, оператор платежной системы, платежная инфраструктура.

DOI: 10.17803/1729-5920.2018.135.2.045-056

Платежная система Банка России в национальной платежной системе. Платежная система Банка России (далее также — ПС

БР) — центральный элемент национальной платежной системы, что обуславливает ее системную значимость¹. Справедливость по-

¹ Признается на основании ч. 11 ст. 22 Федерального закона от 27.06.2011 № 161-ФЗ «О национальной платежной системе» // СЗ РФ. 2011. № 27. Ст. 3872 (далее — Закон о национальной платежной системе).

© Ситник А. А., 2018

* Ситник Александр Александрович, кандидат юридических наук, доцент, доцент кафедры финансового права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА) aasitnik@gmail.com 125993, Россия, г. Москва, ул. Садовая-Кудринская, д. 9

добной оценки подтверждается и реальными цифрами. Так, в 2016 г. кредитными организациями — операторами по переводу денежных средств было переведено 513 173,2 млрд руб., а в рамках платежной системы Банка России — 1 340 034,2 млрд руб.² Таким образом, Банк России в рамках своей платежной системы обеспечивает перевод денежных средств, объем которых более чем в 2,5 раза превышает объем денежных средств, переводимых через кредитные организации, выступающие в качестве операторов по переводу денежных средств³.

Платежная система Банка России — это инструмент, обеспечивающий реализацию возложенных на Банк России целей, задач и функций. Согласно ст. 3 Федерального закона от 10.07.2002 № 86-ФЗ «О Центральном банке Российской Федерации (Банке России)»⁴ целями деятельности данного органа являются: защита и обеспечение устойчивости рубля; развитие и укрепление банковской системы РФ; обеспечение стабильности и развитие национальной платежной системы; развитие финансового рынка РФ; обеспечение стабильности финансового рынка РФ. Статьей 82.2 данного Закона на Банк России возложена обязанность по организации и обеспечению эффективного и бесперебойного функционирования платежной системы Банка России и осуществлению наблюдения за ней.

В отношении своей платежной системы Банк России одновременно выступает как оператор платежной системы, оператор по переводу денежных средств и оператор платежной инфраструктуры. При этом допускается привлечение в качестве операторов услуг платежной инфраструктуры в платежной системе Банка России сторонних организаций.

Банк России осуществляет самостоятельное управление рисками в платежной системе Банка России.

Перевод денежных средств в рамках платежной системы Банка России осуществляется по банковским счетам участников платежной системы Банка России, являющихся клиентами Банка России, и иных клиентов Банка России, не являющихся участниками платежной системы Банка России. В рамках своей платежной системы Банк России предоставляет клиентам следующие виды услуг:

- операционные услуги;
- услуги платежного клиринга;
- расчетные услуги.

Платежная система Банка России — сложноструктурированное образование, состоящее из нескольких подсистем:

- нормативная подсистема — совокупность нормативных правовых актов, на основе которых функционирует платежная система Банка России;
- институциональная подсистема — совокупность организаций, обеспечивающих бесперебойное функционирование платежной системы Банка России. В данную подсистему включаются Банк России и его территориальные органы;
- технологическая подсистема — применяемые технологии, обеспечивающие перевод денежных средств (например, механизмы передачи финансовых сообщений);
- сервисная подсистема — совокупность систем расчетов (платежей), обеспечивающих дифференциацию платежных услуг, предоставляемых Банком России своим клиентам, по срокам, объемам платежей, территории и ряду иных показателей⁵.

Правовые основы функционирования платежной системы Банка России. Среди источников правового регулирования платежной системы Банка России в первую очередь следует назвать Закон о Банке России и Закон о нацио-

² Основные показатели развития национальной платежной системы // URL: http://www.cbr.ru/statistics/p_sys/print.aspx?file=sheet001.htm (дата обращения: 30.06.2017).

³ Как подчеркивает Е. Г. Хоменко, «платежная система центрального банка любой страны является ключевым механизмом в национальной платежной системе. Россия не исключение. Через платежную систему Банка России проводится весьма существенная часть межбанковских платежей, а также большой объем расчетов, осуществляемых посредством других системно значимых платежных систем» (Хоменко Е. Г. Финансово-правовое регулирование создания и функционирования национальной платежной системы России : монография. М., 2017. С. 154).

⁴ СЗ РФ. 2002. № 28. Ст. 2790.

⁵ Следует отметить, что А. Г. Гузнов, говоря о национальной платежной системе, выделяет следующие ее структурные элементы (подсистемы): институциональную, продуктовую, нормативно-правовую и регулятивно-надзорную. См. подробнее: Регулирование, контроль и надзор на финансовом рынке в Российской Федерации. М., 2017. С. 33—34.

нальной платежной системе, определяющие цели, задачи и полномочия Банка России по организации и управлению своей платежной системой, особенности функционирования данной системы, ее значимость в национальной платежной системе и т.д.

В соответствии с Законом о национальной платежной системе операторы платежной системы обязаны разработать и утвердить правила платежной системы, регулирующие основные вопросы организации и функционирования платежных систем⁶. При этом, в отличие от иных платежных систем, правила которых являются договором, правила платежной системы Банка России определяются нормативными актами Банка России.

На сегодняшний день указанные правила закрепляются в положении Банка России от 29.06.2012 № 384-П «О платежной системе Банка России»⁷ (далее — Положение № 384-П), в котором определяются критерии участия, приостановления и прекращения участия в платежной системе Банка России, порядок осуществления перевода денежных средств в рамках платежной системы Банка России и применяемые формы безналичных расчетов, порядок осуществления платежного клиринга и т.д. Важную роль в регулировании ПС БР также играют положение Банка России от 25.04.2007 № 303-П «О системе валовых расчетов в режиме реального времени Банка России»⁸ и указание Банка России от 25.04.2007 № 1822-У «О порядке проведения платежей и осуществления расчетов в системе валовых расчетов в режиме реального времени Банка России»⁹, закрепляющие порядок проведения платежей и осуществления расчетов в системе банковских электронных срочных платежей ПС БР.

Между тем со 2 июля 2018 года перечисленные подзаконные акты утрачивают юридическую силу в связи с изданием положения Банка России от 06.07.2017 № 595-П «О платежной системе Банка России»¹⁰ (далее — Положение № 595-П)¹¹. Новое Положение о платежной системе Банка России направлено на

модернизацию механизма перевода денежных средств посредством внедрения новой технологической платформы, совершенствование категориального аппарата, расширение круга участников данной платежной системы, а также внесение иных изменений в порядок организации и функционирования платежной системы Банка России, которые будут способствовать повышению стабильности как самой платежной системы Банка России, так и национальной платежной системы в целом.

В нормативную подсистему платежной системы Банка России также входит приказ Банка России от 31.07.2017 № ОД-2161 «О введении в действие Политики управления платежной системой Банка России»¹², разграничивающий полномочия структурных подразделений Банка России по управлению платежной системой Банка России, раскрывающий их взаимосвязи и подотчетность, определяющий роль участников ПС БР в ее управлении.

Сервисы перевода денежных средств платежной системы Банка России. В рамках платежной системы Банка России перевод денежных средств осуществляется через:

а) *сервисы срочного перевода.* Действующее Положение № 384-П не раскрывает понятие и назначение сервисов срочного перевода, в то время как п. 1.3 Положения № 595-П определяет, что сервис срочного перевода предусматривает выполнение процедур приема к исполнению распоряжений о переводе денежных средств, в том числе проверку достаточности денежных средств, незамедлительно по мере поступления распоряжений в Банк России и процедур исполнения распоряжений незамедлительно после успешного завершения процедур приема к исполнению.

В настоящее время функционирует лишь один сервис срочного перевода — система банковских электронных срочных платежей (БЭСП). Между тем Банк России ведет работу по внедрению еще одного сервиса — системы перспективных платежных сервисов (ППС), порядок функционирования которого закрепляется в Положении № 595-П. Предполагается,

⁶ См. подробнее: ч. 1 ст. 20 Закона о национальной платежной системе.

⁷ Вестник Банка России. 2012. № 36.

⁸ Вестник Банка России. 2017. № 31.

⁹ Вестник Банка России. 2017. № 31.

¹⁰ Вестник Банка России. 2017. № 90—91.

¹¹ В связи с этим далее будут сопоставлены нормы Положения № 384-П и Положения № 595-П.

¹² Вестник Банка России. 2017. № 64.

что ППС будет одновременно функционировать как сервис срочного и несрочного перевода;

б) *сервисы несрочного перевода*. В соответствии с абз. 3 п. 1.3 Положения № 595-П сервис несрочного перевода предусматривает выполнение процедур приема к исполнению распоряжений, в том числе проверку достаточности денежных средств, а также процедур исполнения распоряжений не ранее наступления периодов времени, определенных регламентом функционирования платежной системы Банка России. Среди сервисов несрочного перевода можно выделить:

- системы внутрирегиональных электронных расчетов (ВЭР);
- систему межрегиональных электронных расчетов (МЭР);
- систему перевода с применением почтовой и телеграфной технологии.

На сегодняшний день платежная система Банка России включает следующие системы перевода денежных средств, различающиеся по территориальному охвату, объему проводимых платежей, правилам и регламенту функционирования, составу участников, платежным инструментам, скорости проведения платежей и используемых технологий:

- систему банковских электронных срочных платежей (система БЭСП), предназначенную для централизованного осуществления расчетов в режиме реального времени. БЭСП обеспечивает срочный перевод денежных средств в режиме реального времени на территории всей Российской Федерации. БЭСП в первую очередь предназначена для проведения крупных и срочных платежей для реализации мероприятий денежно-кредитной политики, осуществления расчетов на межбанковском рынке, расчетов с инфраструктурными организациями финансовых рынков, платежей Федерального казначейства и его территориальных органов¹³;
- более семидесяти отдельных систем внутрирегиональных электронных расчетов (системы ВЭР), работающих в непрерывном режиме;
- систему ВЭР Московского региона, функционирующую как в режиме рейсов, так и в непрерывном режиме;
- систему межрегиональных электронных расчетов (система МЭР), позволяющую осуществ-

- системы расчетов с применением авизо (почтовых и телеграфных), основанные на использовании бумажных технологий, позволяющие осуществлять перевод денежных средств вне зависимости от территориальной привязки в течение одного—пяти дней. Данная система является резервной и используется в случаях, когда распоряжения клиентов Банка России не могут быть исполнены через системы ВЭР или МЭР. При этом в такой ситуации приоритет отдается телеграфной технологии. Если же возможность ее применения отсутствует, то для исполнения распоряжений о переводе денежных средств применяются почтовые технологии;
- ряд специализированных расчетных механизмов для отдельных регионов России и подразделений Банка России (расчеты между учреждениями Банка России, обслуживаемыми одним вычислительным центром, расчеты в пределах одного учреждения Банка России, межрегиональные расчеты по сделкам на рынке государственных ценных бумаг, межрегиональные расчеты по сделкам на единой торговой сессии межбанковских валютных бирж).

Указанные системы обеспечивают проведение различных по объему и количеству платежных операций (табл. 1).

Доминирующее положение как по количеству, так и по объему переводов занимает ВЭР — 58,49 % и 48,14 % соответственно. В рамках БЭСП проводится сравнительно небольшое количество платежей, которые, однако, являются наиболее значительными по объему денежных средств, переводимых в рамках одного платежа. В свою очередь, платежи с применением почтовой и телеграфной технологий представляют собой запасной метод проведения расчетов.

Таким образом, каждая из вышеперечисленных систем выполняет свою роль в платежной системе Банка России, а их совокупность обеспечивает ее эффективное и бесперебойное функционирование.

Система банковских электронных срочных платежей (БЭСП) и система перспективных платежных сервисов (ППС). Как уже было отмечено, в настоящее время в рамках ПС БР функционирует один сервис срочного перево-

¹³ Национальная платежная система в 2014 году // Платежные и расчетные системы. 2016. № 50. С. 22.

Таблица 1

Показатели платежной системы Банка России в 2016 г.

СИСТЕМА РАСЧЕТОВ	КОЛИЧЕСТВО ПЕРЕВОДОВ		ОБЪЕМ ПЕРЕВОДОВ	
	млн единиц	%	млрд руб.	%
Платежная система Банка России (в целом)	1 435,9	100	1 340 034,2	100
БЭСП	3,4	0,23	560 123,2	41,79
ВЭР	839,9	58,49	645 179,4	48,14
МЭР	592,6	41,27	134 728,6	10,05
Расчеты с применением почтовой и телеграфной технологии	0,0021	0,000146	2,95	0,0000022

да — БЭСП. Порядок осуществления расчетов через данную систему регулируется уже упомянутыми Положением № 384-П, Положением № 303-П и Указанием № 1822-У. Вместе с тем начиная со 2 июля 2018 года правила предоставления операционных услуг, услуг платежного клиринга и расчетных услуг Банком России при осуществлении срочных переводов через систему БЭСП и участия в системе БЭСП будут определяться приложением 1 к Положению № 595-П.

БЭСП отличается следующими специфическими чертами:

- функционирует в рамках платежной системы Банка России;
- обеспечивает исключительно срочный перевод денежных средств;
- осуществляет перевод денежных средств только на основании распоряжений в электронном виде;
- обеспечивает прием электронных денежных средств в режиме реального времени, при котором процедуры приема к исполнению распоряжений, в том числе проверка достаточности денежных средств, выполняются незамедлительно по мере поступления распоряжений в Банк России, а процедуры исполнения распоряжений выполняются незамедлительно после успешного завершения процедур приема к исполнению распоряжений.

На основании п. 2.1 Положения № 303-П Банк России применяет в системе БЭСП две формы участия — прямое и ассоциированное. Прямое участие обеспечивает прямой доступ к рассматриваемой системе, ассоциированное — через региональную компоненту. При прямом участии идентификация проводится по

банковскому идентификационному коду (БИК) участника, при ассоциированном — по уникальному идентификатору составителя электронных сообщений в региональной компоненте и по БИК подразделения Банка России, определенного в качестве обслуживающего особого участника расчетов — в БЭСП.

В соответствии с п. 2.4 Положения № 303-П участники системы БЭСП подразделяются на особых, прямых и ассоциированных участников расчетов (далее — ОУР, ПУР, АУР). Аналогичные группы участников БЭСП закрепляются и в п. 2.2 приложения 1 к Положению № 595-П. Вместе с тем указанным актом вносятся определенные изменения в правила определения и состав рассматриваемых групп участников.

Так, в настоящее время, согласно п. 2.4.1 Положения № 303-П ОУР, является подразделение Банка России, включенное в Справочник участников системы БЭСП, которое имеет возможность использовать услуги системы БЭСП, предусмотренные для ОУР правилами функционирования системы БЭСП. В свою очередь, Положение № 595-П конкретизирует, что в качестве ОУР могут выступать в том числе структурные подразделения центрального аппарата и исключает из состава таких участников полевые подразделения Банка России.

ПУР и АУР определяются действующим Положением № 303-П практически одинаково — ими могут быть кредитные организации (их филиалы), включенные в Справочник БЭСП, которые имеют возможность использовать услуги БЭСП, предусмотренные соответственно для ПУР или АУР правилами функционирования БЭСП. Таким образом, из данных определений фактически невозможно определить состав ПУР и АУР.

Следует отметить, что в соответствии с п. 2.4.2 Положения № 303-П в состав ПУР могут включаться клиенты Банка России, не являющиеся кредитными организациями (их филиалами), имеющие БИК, а в состав АУР, согласно п. 2.4.3 названного Положения, также могут включаться структурные подразделения центрального аппарата Банка России, клиенты, не являющиеся кредитными организациями.

Положение № 595-П выделяет: две группы ПУР — кредитные организации (их филиалы) и клиенты Банка России, не являющиеся кредитными организациями, *имеющие корреспондентский счет*, а также три группы АУР — кредитные организации (их филиалы) с ассоциированным участием в системе БЭСП, клиенты Банка России, не являющиеся кредитными организациями *и не имеющие корреспондентского счета*, структурные подразделения центрального аппарата Банка России.

Расчеты в системе БЭСП осуществляются за счет денежных средств, находящихся на банковских счетах ее участников с учетом установленного лимита внутрисдневного кредита и кредита овернайт, открытых в учреждениях Банка России.

Сумма каждого платежа, проводимого участником системы БЭСП, в режиме реального времени отражается на банковском счете участника системы БЭСП, открытом в учреждении Банка России.

Проведение платежа в системе БЭСП включает следующие обязательные этапы:

- составление электронного платежного сообщения участником системы БЭСП и передача ЭПС в систему БЭСП;
- прием, обработка ЭПС в системе БЭСП и осуществление расчета;
- прием участниками электронных сообщений об осуществлении расчетов в системе БЭСП и отражение суммы проведенного платежа на банковских счетах участников в обслуживающих учреждениях Банка России, являющихся особыми участниками расчетов датой осуществления расчета в системе БЭСП.

Следует отметить, что с принятием Положения № 595-П БЭСП продолжит функционирование, однако, как предполагается, основной объем расчетов будет производиться через новую сервисную систему — ППС. Ее внедрение

позволит качественно улучшить работу платежной системы Банка России — ППС объединяет системы срочного и несрочного перевода в рамках одной платформы.

Положение № 595-П ограничивает возможность применения иных сервисов перевода косвенными участниками — они имеют доступ к услугам по переводу денежных средств *только с использованием сервиса срочного перевода через систему ППС*.

В свою очередь, прямые участники также будут ограничены в праве выбора систем перевода. Применение прямым участником ПС БР системы ППС, как правило, будет вести к невозможности использования БЭСП, ВЭР и МЭР. Исключение сделано для участников платежной системы, являющихся:

- подразделениями Банка России, которые смогут осуществлять срочный перевод денежных средств как через ППС, так и БЭСП, а также несрочный перевод с применением системы ППС, с использованием ВЭР, МЭР, применением почтовой и телеграфной технологии;
- полевыми учреждениями Банка России, которые смогут осуществлять срочный и несрочный перевод через систему ППС¹⁴, несрочный перевод с использованием ВЭР, МЭР, с применением почтовой и телеграфной технологий.

Аналогичным образом и предоставление доступа к БЭСП, ВЭР и МЭР будет вести к запрету использования ППС.

Условия предоставления доступа к соответствующим системам будут определяться договором счета, заключенного с Банком России.

Управление платежной системой Банка России. До недавнего времени понятие и порядок управления платежной системой Банка России не раскрывались ни в федеральных законах, ни в подзаконных нормативных правовых актах Банка России. Вместе с тем с принятием приказа Банка России от 31.07.2017 № ОД-2161 «О введении в действие политики управления платежной системой Банка России» (далее — Политика управления ПС БР) была четко определена система управления ПС БР, полномочия различных структурных подразделений Банка России в данной сфере, цели, задачи и принципы управления ПС БР.

¹⁴ Осуществление срочного перевода через систему ППС возможно в случае применения платежных поручений, по которым плательщиком или банком плательщика является полевое учреждение Банка России.

Так, согласно п. 1.3 Политики управления ПС БР управление ПС БР — скоординированная деятельность субъектов системы управления ПС БР, направленная на обеспечение эффективного и бесперебойного функционирования ПС БР. В свою очередь, система управления ПС БР определяется как система, включающая субъекты системы управления ПС БР, взаимосвязи между ними, правила и процедуры, направленные на эффективное и бесперебойное функционирование ПС БР.

Наличие региональной компоненты платежной системы Банка России предопределило построение двухуровневой системы управления — данные функции распределяются между федеральным уровнем (центральный аппарат Банка России) и региональным уровнем (территориальные управления Банка России).

В частности, на федеральном уровне структурные подразделения центрального аппарата Банка России:

- выполняют функции оператора платежной системы;
- осуществляется управление функционированием БЭСП;
- принимаются нормативные правовые акты, регулирующие в том числе функционирование региональной компоненты;
- разрабатываются унифицированные программные комплексы.

На региональном уровне Территориальные управления Банка России в рамках делегированных им полномочий:

- осуществляют управление функционированием ВЭР и МЭР;
- участвуют в управлении БЭСП.

В зависимости от предоставленных полномочий субъекты, управляющие платежной системой Банка России, могут быть классифицированы на три основные группы:

- а) *субъекты, обладающие общими полномочиями по управлению платежной системой Банка России.* К таким субъектам могут быть отнесены перечисленные в п. 3.2.1 Политики управления ПС БР Национальный финансовый совет, Совет директоров Банка России, Председатель Банка России, первые заместители Председателя Банка России, заместители Председателя Банка России. В рамках предоставленных им полномочий указанные органы и должностные лица Банка России утверждают нормативные акты,

определяющие правила ПС БР, тарифы на услуги Банка России в ПС БР, одобряют документы концептуального характера, определяющие цели развития ПС БР и способы их достижения, принимают решения о выделении ресурсов (трудовых, финансовых, технологических) для обеспечения бесперебойного функционирования ПС БР и т.д.;

б) *субъекты, обеспечивающие функционирование платежной системы Банка России.* Среди таких субъектов можно выделить подразделения, осуществляющие:

- функции оператора платежной системы — Департамент национальной платежной системы и Главное управление безопасности и защиты информации;
- оказание услуг платежной инфраструктуры — территориальные учреждения Банка России и Межрегиональный центр обработки информации Банка России;
- управление рисками в ПС БР — Комитет по управлению рисками в ПС БР;
- функции по предотвращению и управлению конфликтами интересов — Комиссия по предотвращению, выявлению и управлению конфликтами интересов;
- иные органы, обеспечивающие функционирование ПС БР;

в) *субъекты, осуществляющие контрольные полномочия в платежной системе Банка России.* К данным органам, в частности, относятся Департамент национальной платежной системы и Главное управление безопасности и защиты информации в части осуществления контроля за соблюдением правил ПС БР и надлежащим оказанием услуг платежной инфраструктуры территориальными учреждениями Банка России и Межрегиональным центром обработки информации Банка России, Департамент внутреннего аудита — осуществляет независимую оценку системы управления рисками в ПС БР, а также иные структурные подразделения.

Участники и клиенты платежной системы Банка России. Участники платежной системы Банка России — это организации, присоединившиеся к правилам данной платежной системы в целях оказания услуг по переводу денежных средств. Положение № 384-П фактически не раскрывает состав участников ПС БР, делая отсылку к ст. 21 Закона о национальной платежной системе¹⁵. Вместе с тем п. 2.1

¹⁵ См. п. 1.2 Положения № 384-П.

Положения № 384-П определяет, что в платежной системе Банка России предусматривается только прямое участие. Таким образом, в настоящее время участниками платежной системы Банка России являются организации, которые могут выступать в качестве прямых участников в соответствии с Законом о национальной платежной системе. Таким образом, участниками платежной системы Банка России являются: Банк России (в лице соответствующих подразделения Банка России); кредитные организации и их филиалы; Федеральное казначейство и его территориальные органы; иные организации, не являющиеся кредитными, для которых предусмотрено прямое участие.

В качестве критерия участия в платежной системе Банка России Положение № 384-П называет наличие банковского (корреспондентского) счета (субсчета) участника в Банке России¹⁶.

В Положении № 595-П в целом закрепляются те же требования, предъявляемые к прямым участникам (хотя они и выражены более четко)¹⁷. В то же время данный нормативный правовой акт существенно расширяет состав участников ПС БР, предусматривая, помимо прямого, также и *косвенное участие*.

В соответствии с п. 2.3 Положения № 595-П косвенные участники платежной системы (далее — косвенный участник) — это организации, соответствующие следующим критериям:

- организация может являться участником платежной системы в соответствии с ч. 1 ст. 21 Закона о национальной платежной системе;
- организация является клиентом кредитной организации (ее филиала) — прямого участника;
- организации предоставлен доступ к услугам по переводу денежных средств с использованием распоряжений в электронном виде в соответствии с условиями договора корреспондентского счета (субсчета), заклю-

ченного между Банком России и кредитной организацией (ее филиалом) — прямым участником;

- организация не является клиентом Банка России.

Таким образом, косвенный характер участия в ПС БР выражается в том, что соответствующие организации не могут самостоятельно заключать договор с Банком России — они участвуют через прямого участника:

- они становятся участниками, только если кредитные организации (филиалы), клиентами которых они являются, заключают договор корреспондентского счета (субсчета) с Банком России и таким договором предусмотрено право предоставления клиентам доступа к услугам по переводу денежных средств с использованием распоряжений в электронном виде;
- они прекращают участие в ПС БР с прекращением участия в ПС БР соответствующего прямого участника либо прекращения условий договора счета, заключенного между Банком России и прямым участником, в части, относящейся к косвенному участнику;
- поскольку у косвенного участника отсутствует счет, открытый в Банке России, перевод денежных средств с использованием системы ППС для *косвенного участника* осуществляется *за счет денежных средств*, находящихся на открытом в Банке России корреспондентском счете (субсчете) *прямого участника*, клиентом которого является данный косвенный участник, либо на корреспондентских счетах (субсчетах) такого прямого участника, открытых в Банке России, если денежные средства на счетах прямого участника объединены в пул ликвидности.

Еще одним субъектом платежной системы Банка России являются *клиенты* — лица, которым оказываются платежные услуги в рамках платежной системы Банка России. На ко-

¹⁶ См. п. 2.2 Положения № 384-П.

¹⁷ На основании п. 2.2 Положения № 595-П прямыми участниками платежной системы Банка России могут быть организации, соответствующие следующим критериям: организация является кредитной организацией (ее филиалом), Федеральным казначейством или его территориальным органом, иной организацией, которая может являться прямым участником в соответствии с ч. 7 ст. 21 Закона о национальной платежной системе; организация имеет банковский (корреспондентский) счет (субсчет) в Банке России в соответствии с договором банковского (корреспондентского) счета (субсчета). Прямым участником является Банк России в лице подразделений Банка России, информация о которых содержится в Справочнике банковских идентификационных кодов в платежной системе Банка России.

нец 2016 г. платежной системой Банка России обслуживалось 3 036 клиентов, из которых 1 579 — кредитные организации и их филиалы, 1 457 — клиенты, не являющиеся кредитными организациями. Следует отметить, что в долгосрочной перспективе прослеживается тенденция к уменьшению количества обслуживаемых платежной системой Банка России клиентов. Так, в 2010 г. обслуживалось 15 252 клиента, в 2011 г. — 12 643, в 2012 г. — 8 887, в 2013 г. — 6 495, в 2014 г. — 4 422 клиента, в 2015 г. — 3 562¹⁸. Обусловливается это в первую очередь проводимой политикой по оздоровлению банковского сектора, а также проведением кредитными организациями мероприятий по оптимизации их филиальной сети¹⁹.

Порядок осуществления перевода денежных средств в рамках платежной системы Банка России. Перевод денежных средств в рамках платежной системы Банка России осуществляется по общим правилам, предусмотренным положением Банка России от 19.06.2012 № 383-П «О правилах осуществления перевода денежных средств»²⁰ с учетом особенностей, установленных Положением о платежной системе Банка России.

В настоящее время перевод денежных средств в рамках платежной системы Банка России возможен только при условии открытия клиентом счета в Банке России. Положение № 384-П не предусматривает возможности осуществления перевода денежных средств без открытия счета. Между тем с учетом того, что вводимые Положением № 595-П косвенные участники осуществляют перевод денежных средств через ПС БР только при посредничестве прямых участников, банковские (корреспондентские) счета для них не открываются — операции, как уже было отмечено, проводятся по соответствующим счетам прямых участников.

В свою очередь, прямые участники осуществляют перевод денежных средств:

- кредитные организации (филиалы) — за счет денежных средств, открытых на корреспондентских счетах (субсчетах);
- Федеральное казначейство (его территориальные органы) — за счет средств, находя-

щихся на банковских счетах Федерального казначейства или его территориального органа соответственно;

- иные прямые участники, не являющиеся подразделением Банка России, — за счет денежных средств, находящихся на его банковском счете, открытом в Банке России.

Кроме того, п. 4.2 Положения № 595-П предусматривает особенности осуществления перевода денежных средств в случае объединения денежных средств, находящихся на банковских (корреспондентских) счетах данных участников, в пул ликвидности.

Перевод денежных средств осуществляется на основании распоряжений участников платежной системы, взыскателей средств, поступивших в Банк России или составленных Банком России в электронном виде либо на бумажном носителе. Следует заметить, что подавляющее большинство распоряжений поступают в Банк России в электронном виде.

В платежной системе Банка России перевод денежных средств осуществляется посредством использования следующих форм безналичных расчетов:

- расчеты платежными поручениями;
- расчеты инкассовыми поручениями;
- расчеты в форме перевода денежных средств по требованию получателя средств (прямое дебетование).

Таким образом, в платежной системе Банка России не применяются такие формы безналичных расчетов, как расчеты с использованием аккредитивов, чеков и т.д.

При осуществлении перевода денежных средств применяются платежные поручения (в том числе платежные поручения на общую сумму с реестром), инкассовые поручения, платежные требования, платежные ордера в соответствии с Положением Банка России № 383-П.

В соответствии с действующими актами Банка России перевод денежных средств может быть осуществлен с использованием:

- сервиса срочного перевода — перевод осуществляется в рамках БЭСП на основании расчетного документа, составленного и оформленного в виде электронного платежного сообщения по формам расчетов

¹⁸ Основные показатели развития национальной платежной системы // URL: http://www.cbr.ru/statistics/p_sys/print.aspx?file=sheet001.htm (дата обращения: 30.06.2017).

¹⁹ Национальная платежная система в 2014 году // Платежные и расчетные системы. 2016. № 50. С. 18.

²⁰ Вестник Банка России. 2012. № 34.

платежными поручениями, платежными требованиями и инкассовыми поручениями. Положением № 384-П определяется, что перевод денежных средств с использованием сервиса срочного перевода осуществляется на основании распоряжений, поступивших от клиента Банка России в электронном виде по каналам связи, составленных подразделением Банка России в электронном виде, в которых реквизит «Вид платежа» (соответствующий ему код в распоряжениях в электронном виде) имеет значение «срочно»;

- сервисов несрочного перевода — перевод денежных средств с использованием сервиса несрочного перевода осуществляется в рамках ВЭР, МЭР или системы расчетов

с использованием почтовой или телеграфной технологии на основании платежных поручений, инкассовых поручений, платежных требований и платежных ордеров. Распоряжения могут быть составлены как в электронном виде, так и на бумажном носителе, в которых реквизит «Вид платежа» не заполняется. Для исполнения распоряжений, поступивших в подразделение Банка России, на бумажном носителе через системы ВЭР или МЭР, данное подразделение составляет распоряжение в электронном виде.

Положение № 595-П предусматривает осуществление расчетов в рамках вышеперечисленных форм с применением следующих расчетных документов (табл. 2).

Таблица 2

Расчетные документы, применяемые при переводе денежных средств в рамках платежной системы Банка России

РАСЧЕТНЫЕ ДОКУМЕНТЫ	СРОЧНЫЙ ПЕРЕВОД		НЕСРОЧНЫЙ ПЕРЕВОД			
	ППС	БЭСП	ППС	ВЭР	МЭР	Почтовая и телеграфная технологии
Платежное поручение	+	+	+	+	+	+
Инкассовое поручение	+	+	+	+	+	+
Платежное требование	+	+	+	+	+	+
Платежный ордер	+	—	+	+	+	+
Банковский ордер	+	—	+	+	+	+
Платежное поручение на общую сумму с реестром	—	—	+	+	+	—
Поручение банка	+	+	+	—	—	—

ВЫВОДЫ

Подводя итог настоящей статьи, еще раз остановимся на основных выводах, сделанных в ходе проведенного исследования:

1. Платежная система Банка России является ключевым элементом национальной платежной системы. Значительные объемы денежных средств, переводимые через данную систему, специфика ее субъектного состава, роль, которую она играет в про-

ведении денежно-кредитной политики, обеспечении стабильности национальной платежной системы, организации безналичного денежного обращения, в конечном итоге обуславливают системную значимость платежной системы Банка России.

2. В силу специфики своего правового положения Банк России не преследует извлечение прибыли в качестве основной цели своей деятельности. В связи с этим платежную систему Банка России следует рассматри-

- вать в качестве инструмента денежно-кредитной политики, посредством которого обеспечивается стабильность национальной платежной системы и всей денежной системы Российской Федерации в целом.
3. Платежная система Банка России представляет собой сложноструктурированное образование, включающее нормативную, институциональную, технологическую и сервисную подсистемы²¹. Совокупность указанных элементов определяет модель организации платежной системы Банка России, позволяя ей функционировать в качестве единого целого.
 4. В национальной платежной системе Банк России совмещает правовые статусы регулятора (органа, наделенного властными полномочиями), а также хозяйствующего субъекта (оператора платежной системы). Кроме того, Банк России одновременно выполняет функции оператора платежной системы, оператора по переводу денежных средств и оператора платежной инфраструктуры. При этом функции по управлению платежной системой выполняют разные структурные подразделения Центрального банка Российской Федерации. В теории все это влечет за собой высокий риск возникновения конфликта интересов. Между тем, подобный подход к управлению платежной системой Банка России нивелирует некоторые другие риски, в частности, коммерческий риск.
 5. Платежная система Банка России не является статичным образованием — она постоянно развивается и совершенствуется посредством внедрения лучших мировых практик и передовых технологий. Подтверждением данному выводу служит принятие Банком России нового положения от 06.07.2017 № 595-П «О платежной системе Банка России», направленного на модернизацию механизма перевода денежных средств посредством внедрения новой технологической платформы, совершенствование категориального аппарата, расширение круга участников данной платежной системы, а также внесение иных изменений в порядок организации и функционирования платежной системы Банка России, которые будут способствовать повышению стабильности как самой платежной системы Банка России, так и национальной платежной системы в целом.
 6. В настоящее время перевод денежных средств в рамках платежной системы Банка России может осуществляться с применением сервисов срочного или несрочного перевода. К сервисам срочного перевода относится система банковских электронных срочных платежей (БЭСП), несрочного — системы внутрирегиональных электронных расчетов (ВЭР), система межрегиональных электронных расчетов (МЭР) и система перевода с применением почтовой и телеграфной технологии. При этом системы перевода денежных средств, действующие в рамках платежной системы Банка России, различающиеся по территориальному охвату, объему проводимых платежей, правилам и регламенту функционирования, составу участников, платежным инструментам, скорости проведения платежей и используемых технологий.
 7. Со второй половины 2018 г. планируется ввести новую систему перевода денежных средств — систему перспективных платежных сервисов, которая будет параллельно работать как сервис срочного и несрочного перевода. Это значительно ускорит процесс перевода денежных средств, а также упростит порядок доступа к платежным услугам Банка России. Внедрение новой технологической платформы позволит обеспечить не только прямое, но и косвенное участие в рассматриваемой платежной системе. В целом следует ожидать, что за счет введения в действие системы перспективных платежных сервисов и увеличения количества участников, вырастет и объем денежных средств, переводимых через платежную систему Банка России.

²¹ По справедливому замечанию Т. Э. Рождественской и А. Г. Гузнова, «архитектура ПС Банк России учитывает особенности статуса участников платежной системы, масштабы страны и, в частности, наличие большого количества поясов, а также региональные аспекты» (Рождественская Т. Э., Гузнов А. Г. Публичное банковское право : учебник для магистров. М., 2016. С. 404).

БИБЛИОГРАФИЯ

1. Регулирование, контроль и надзор на финансовом рынке в Российской Федерации : учебное пособие для бакалавриата и магистратуры. — М. : Юрайт, 2017. — 438 с.
2. Рождественская Т. Э., Гузнов А. Г. Публичное банковское право : учебник для магистров. — М. : Проспект, 2016. — 448 с.
3. Хоменко Е. Г. Финансово-правовое регулирование создания и функционирования национальной платежной системы России : монография. — М. : Проспект, 2017. — 256 с.

Материал поступил в редакцию 6 декабря 2017 г.

THE PAYMENT SYSTEM OF THE CENTRAL BANK OF RUSSIA

SITNIK Aleksandr Aleksandrovich — PhD in Law, Associate Professor of the Department of Financial Law at the Kutafin Moscow State Law University (MSAL)
aasitnik@gmail.com
125993, Russia, Moscow, ul. Sadovaya-Kudrinskaya, d. 9

Abstract. *The paper is devoted to the issues of the legal regulation of the payment system of the Bank of Russia. The paper highlights that the payment system of the Bank of Russia is the central element of the national payment system, which is predetermined by the total amount of funds transferred through this system, its role in maintaining the stability of the national payment system and provision of cashless payments. On the basis of the study, the author determines the elements (subsystems) that together constitute the payment system of the Bank of Russia. The paper analyzes peculiarities of the payment system organization and functioning that cover the regulatory consolidation of the rules of the payment system, the combination of the functions of the payment system operator, money transfer operator and operator of the payment infrastructure implemented by the Central Bank of the Russian Federation, the use of a whole range of services to transfer funds, etc. Special attention is given to the upcoming changes in the mechanism of the legal regulation of the payment system of the Bank of Russia that are associated with the adoption of the Provision of the Bank of Russia of July 06, 2017 No. 595-P "On the Payment System of the Central Bank of Russia." It is determined that the new Provision is aimed at modernization of the mechanism of funds transfer by means of introducing a new technology platform, improving the categorical apparatus, expanding the circle of participants of the payment system in question, as well as amending the organization and functioning of the payment system of the Central Bank of Russia that will contribute to the stability of both the payment system of the Central Bank of Russia and the national payment system as a whole. In addition, the paper scrutinizes the system of management and powers of structural subdivisions of the Central Bank of the Russian Federation with regard to the management of the payment system of the Central Bank of Russia and the composition of its participants, analyzes the specifics of transfers, examines the types of payment documents used in fund transfers via various services of the payment system of the Central Bank of Russia, provides statistical data that allow to estimate the role of the payment system of the Central Bank of Russia in the national payment system.*

Keywords: *payment system of the Bank of Russia, national payment system, Central Bank of the Russian Federation, BESP, PPP, SER, MED, transfer of funds, currency circulation, payment system operator, payment infrastructure.*

REFERENCES

1. Regulation, control and supervision in the financial market in the Russian Federation: Textbook for Bachelor's and Master's Degree Programs. M.: Jurayt, 2017. 438 p.
2. *Rozhdestvenskaya T. E., Guznov A. G.* Public Banking Law: A Textbook for Masters Students. M.: Prospekt, 2016. 448 p.
3. *Khomenko E. G.* Financial Law Regulation of Creation and Functioning of the National Payment System of Russia: Monograph. M.: Prospekt, 2017. 256 p.

ПОНЯТИЕ И СОДЕРЖАНИЕ ПРАВА КРЕДИТОРА НА ЗАЩИТУ

Аннотация. В представленной статье автор обосновывает вывод, что внедрение принципа добросовестности в гражданское законодательство обуславливает то, что право на защиту субъективного гражданского права должно конструироваться не в качестве его элемента, а как самостоятельное гражданское право. При недобросовестном осуществлении права на защиту неблагоприятные последствия предусматриваются только для данного права, вследствие чего лицу отказывают в защите субъективного гражданского права. В отношении защищаемого субъективного гражданского права неблагоприятные последствия не наступают. При включении права на защиту в само субъективное гражданское право в качестве элемента неблагоприятные последствия должны были бы наступать в отношении всего субъективного права, что не будет способствовать стабильности гражданского оборота.

Ключевые слова: право на защиту, субъективное гражданское право, осуществление права, принцип добросовестности, способ защиты права, самозащита права, натуральное обязательство, исковая защита, гражданско-правовая санкция.

DOI: 10.17803/1729-5920.2018.135.2.057-064

Субъекты гражданских правоотношений, осуществляя свои субъективные права, должны обладать возможностью защиты данных прав: возможностью пресечения нарушения своих прав, возмещения убытков и т.д. Как отмечал В. П. Грибанов, «субъективное право, предоставленное лицу, но не обеспеченное от его нарушения необходимыми средствами защиты, является лишь “декларативным правом”. Хотя оно и провозглашено в законе, но, не будучи обеспечено государственными правоохранительными мерами, оно может быть рассчитано лишь на добровольное уважение его со стороны неуправомоченных членов общества и приобретает в силу этого характер лишь морально обеспеченного права, покоящегося лишь на сознательности членов общества и авторитете государственной власти»¹.

Еще бóльшая необходимость в обеспечении субъективных прав способами защиты обусловлена изменениями в общественном устройстве страны. Развитие рыночных отношений, обострение конкурентной борьбы между участниками гражданского оборота требуют более эффективной защиты их субъективных прав.

Однако в науке гражданского права достаточно длительное время остается дискуссионным вопрос о характере и содержании права на защиту. Является ли оно самостоятельным субъективным правом или же право на защиту представляет собой элемент (составную часть) субъективного гражданского права. Широкое распространение получила позиция В. П. Грибанова, обосновавшего самостоятельный характер права на защиту. По его мне-

¹ Грибанов В. П. Пределы осуществления и защиты гражданских прав. М. : Статут, 2000. С. 153.

© Богданова Е. Е., 2018

* Богданова Елена Евгеньевна, доктор юридических наук, и. о. заведующего кафедрой гражданского права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА)
civil_law_msu@mail.ru
125993, Россия, г. Москва, ул. Садовая Кудринская, д. 9

нию, «право на защиту является субъективным гражданским правом, представляющим собою юридически закрепленную возможность управомоченного лица использовать специальные меры правоохранительного характера»².

В то же время есть другие мнения в отношении природы права на защиту. Многие исследователи указанное право считают одним из обязательных элементов или составных частей самого субъективного права, в чем проявляется гарантированность этого права. В частности, такой позиции придерживались М. И. Бару, А. А. Пушкин³.

С. Н. Братусь, О. С. Иоффе, М. Д. Шаргородский высказались в пользу того, чтобы не конструировать право на защиту в качестве элемента субъективного права. Возможность защиты, по мнению указанных авторов, должна быть присуща тем возможностям, которые составляют содержание самого субъективного права. Так, С. Н. Братусь отмечал, что обеспеченность субъективного права возможностью государственного принуждения является его неотъемлемым качеством⁴. О. С. Иоффе и М. Д. Шаргородский еще более определенно высказались на этот счет: «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 возможностями»⁵.

На первый взгляд представляется более обоснованной и соответствующей истинному поло-

жению дел позиция ученых, характеризующих право на защиту в качестве элемента субъективного гражданского права⁶. Отрыв права на защиту от самого субъективного права, казалось бы, обесценивает данное право. Именно В. П. Грибанов утверждал ранее, что субъективное право, предоставленное лицу, но не обеспеченное от его нарушения необходимыми средствами защиты, является лишь «декларативным правом»⁷. Поэтому в качестве элемента в содержание субъективного права должны входить и правомочия на его защиту. Каждое субъективное право должно обладать возможностью его защиты, причем возможностью, присущей (имманентной) именно данному праву.

Можно предположить, что конструирование некоего всеобщего права на защиту всех субъективных гражданских прав лишь ослабляет конкретное субъективное право, так как складывается впечатление, что само субъективное право и право на защиту существуют каждое само по себе и поэтому отдельное субъективное право не обеспечивается возможностями государственного принуждения в случае необходимости.

В связи с вышеизложенным можно утверждать, что позиция ученых, отстаивающих идею включения права на защиту в качестве элемента субъективного гражданского права, весьма обоснованна, но тем не менее представляется спорной и, на наш взгляд, не вполне соответствует требованиям настоящего времени.

В Концепции развития гражданского законодательства⁸ указывалось на важность

² Грибанов В. П. Право на защиту как субъективное гражданское право // Гражданское право : в 2 т. : учебник / под ред. Е. А. Суханова. М. : Бек, 1993. Т. 1. С. 160.

Данное мнение также разделяют О. А. Минеев, М. В. Мурашко (см.: Минеев О. А. Способы защиты вещных прав : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Волгоград, 2003. С. 7 ; Мурашко М. В. Судебная защита субъективных гражданских прав : дис. ... канд. юрид. наук. СПб., 2000. С. 5).

³ Бару М. И., Пушкин А. А. Осуществление и защита гражданских прав // Советское гражданское право. Часть первая : учебник / под ред. В. Ф. Маслова, А. А. Пушкина. Киев : Высшая школа, 1977. С. 241.

⁴ Братусь С. Н. Юридическая ответственность и законность. М. : Юрид. лит., 1976. С. 73.

⁵ Иоффе О. С., Шаргородский М. Д. Вопросы теории права. М. : Юрид. лит., 1961. С. 225.

⁶ Разделяет данную точку зрения В. В. Витрянский (см.: Витрянский В. В. Проблемы арбитражно-судебной защиты гражданских прав участников имущественного оборота : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. М., 1996. С. 8, 45). Солидарна с данным мнением и В. В. Долинская, которая полагает: «Право на защиту — одно из правомочий субъективного гражданского права, элемент его содержания...» (см.: Долинская В. В. Защита гражданских прав: состояние, тенденции и проблемы правового регулирования // Актуальные проблемы гражданского права, гражданского и арбитражного процесса : мат-лы науч. конф. : в 2 ч. Воронеж, 2002. Ч. 1 : Гражданское право. С. 146).

⁷ Грибанов В. П. Пределы осуществления и защиты гражданских прав. С. 153.

⁸ Была одобрена решением Совета при Президенте РФ по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства, утверждена Президентом РФ 07.10.2009.

укрепления нравственных начал гражданско-правового регулирования. В качестве меры, направленной на решение проблемы, предусматривается введение в гражданское законодательство принципа добросовестности в качестве одного из наиболее общих и важных принципов гражданского права. В действующем законодательстве данное положение содержится в ст. 1 ГК РФ. При этом принцип добросовестности распространяется, в том числе, и на право на защиту. Таким образом, право на защиту по своему содержанию должно оцениваться с позиции добросовестности управомоченного лица. С учетом данного принципа должна оцениваться и реализация права на защиту.

Применительно к проблеме учета добросовестности лица, защищающего свое право, на наш взгляд, наиболее приемлемой является позиция, согласно которой право на защиту представляет собой самостоятельное субъективное право. Вопрос о добросовестности или недобросовестности субъекта, защищающего свое право, должен быть рассмотрен с учетом того, как он осуществляет свое право на защиту, какими способами он это делает. Пример — предъявление требования юридическим лицом о взыскании неустойки, явно несопоставимой по размеру убытков. Потерпевшая сторона уверена в том, что понесла убытки и хочет их компенсировать посредством неустойки. В принципе это — понимаемое поведение стороны, реализуемое ею в конкурентной среде. Как утверждают Дж. Адамс и Р. Браунсворд (J. Adams, R. Brownsword), рынок — это место для конкурентного обмена, а функция договора заключается не только в том, чтобы содействовать обмену, но и в том, чтобы помогать конкурентному обмену⁹.

Таким образом, поведение потерпевшей стороны в данном случае можно понять, но, несмотря на это, оно все равно является упречным. Добросовестному участнику гражданского оборота следовало бы прежде всего рассчитать размер убытков и, основываясь на этом размере, выдвигать требования о взыскании неустойки, пропорциональной убыткам. Сторона, нарушившая обязательство, должна быть привлечена к ответственности. Но общество не

может допустить, чтобы меры ответственности становились для другой стороны средством внеэкономического обогащения¹⁰. Предъявление требования о взыскании неустойки без доказательств наличия убытков можно допустить лишь для требований граждан. Подобное поведение физических лиц не следует квалифицировать как недобросовестное в связи с отсутствием возможности рассчитать размер убытков.

Предъявлением требования о взыскании завышенной неустойки потерпевшая сторона недобросовестно осуществляет само право на защиту, а не элемент какого-либо другого субъективного гражданского права. В связи с изложенным право на защиту субъективного гражданского права следует считать самостоятельным субъективным гражданским правом.

При недобросовестном осуществлении права на защиту неблагоприятные последствия предусмотрены только для данного права, вследствие чего лицу отказывают в защите права. Для защищаемого субъективного права неблагоприятные последствия не предусмотрены. Если право на защиту включить в качестве элемента в само субъективное право, тогда пришлось бы конструировать неблагоприятные последствия в отношении всего субъективного гражданского права, что является неоправданным, так как это будет подрывать стабильность гражданского оборота.

Учитывая то, что право на защиту является самостоятельным субъективным правом, следует определить содержание данного права. Принято считать, что субъективное право — это мера дозволенного (возможного) поведения, обеспеченного защитой. Так, С. Н. Братусь полагал, что «содержание субъективного права заключается не только в том, что запрещено делать обязанному лицу, но и в поведении, дозволенном субъекту»¹¹.

Учитывая, что субъективное право — это обеспеченная защитой мера поведения, управомоченный субъект, осуществляя свое право, ориентируется на то, что в случае каких-либо препятствий он будет обеспечен защитой.

Поскольку право на защиту является самостоятельным субъективным правом, то ему должны быть присущи те же характеристи-

⁹ Adams J., Brownsword R. The ideologies of Contract Law // McKendrick E. Contract Law: text, cases and materials. Oxford, 2005. 7 Legal Studies 205 (1987). P. 206—213.

¹⁰ Богданов Е. В. Предпринимательские договоры. М. : Книга сервис, 2003. С. 74—75.

¹¹ Братусь С. Н. Юридическая ответственность и законность. С. 33.

ки, что и субъективному гражданскому праву в целом. Если под субъективным гражданским правом принято понимать «возможность и обеспеченность известного поведения, меру поведения»¹², то и право на защиту также представляет собой возможность и обеспеченность известного поведения, меру поведения. Что же это за поведение и какое у него содержание? В соответствии с п. 1 ст. 1 ГК РФ гражданское законодательство основывается на необходимости беспрепятственного осуществления гражданских прав, обеспечения восстановления нарушенных прав, их судебной защите. В статье 11 ГК РФ закреплено право на защиту нарушенных прав прежде всего посредством суда, а в ст. 12 ГК РФ перечислены способы защиты гражданских прав, т.е. определено содержание поведения по защите. В статье 12 ГК РФ указано на возможность самозащиты гражданских прав, а в ст. 14 ГК РФ отмечено, что самозащита может осуществляться различными способами. Данные способы в названной норме не перечислены, но есть общие указания, что способы самозащиты должны быть соразмерны нарушению субъективного права и не выходить за пределы действий, необходимых для его пресечения.

Исходя из изложенного, можно сделать вывод, что в содержание права на защиту входит прежде всего возможность обладателя субъективного права (потерпевшего, кредитора) своими действиями восстановить его, в определенных случаях пресечь действия лица, посягающие на его субъективное право, и т.д. Иначе говоря, в содержание права на защиту входит право управомоченного лица на собственные действия в отношении участника, посягающего на его права. Однако субъективное право представляет собой не только возможность определенного поведения, но и его обеспеченность. Последнее проявляется в том, что осуществление (реализация) данного права поддерживается возможностью соответствующей реакции со стороны государства, т.е. государственным принуждением. Обладатель субъективного права в случае посягательства на него может обратиться в суд, который вклю-

чает механизм государственного принуждения в отношении соответствующего лица.

Следовательно, в содержание права на защиту должно быть включено в качестве элемента право кредитора на обращение с требованием к компетентному органу, например, о восстановлении нарушенного права, пресечении действий, его нарушающих, признании права и т.д. Таким образом, право на защиту является сложным правом, состоящим из двух элементов: права на собственные действия по защите субъективного права и право на обращение с требованием к компетентному органу о применении мер по защите субъективного права. Выбор возможности своего поведения: защищать свое право самостоятельно или посредством компетентного органа является прерогативой субъекта права.

В связи с изложенным можно отметить, что под правом на защиту следует понимать возможность и обеспеченность совершения правообладателем собственных действий, направленных на защиту права, а также на обращение к компетентным органам с требованием о его защите.

Содержание права на защиту в конкретных правоотношениях в науке объясняется различными факторами. Так, отмечается, что объем правомочий обладателя субъективного права может зависеть от вида правоотношения (абсолютное или относительное; вещное или обязательственное); от степени нарушения субъективного права; правового статуса нарушителя и т.д.¹³ В. В. Витрянский полагает, что необходимость защиты права собственника от всех иных лиц предполагает наделение его соответствующими правомочиями и, в частности, возможностью использовать дополнительно к имеющимся способам защиты его субъективного гражданского права особые вещно-правовые способы защиты (виндикационный и негаторный иски)¹⁴.

Объем правомочий по защите субъективного права в отдельных случаях может быть обусловлен спецификой объекта правоотношения. Так, по договору купли-продажи при отказе продавца передать покупателю проданный товар покупатель не вправе по общему правилу тре-

¹² Братусь С. Н. Юридические лица в советском гражданском праве. М. : Госюриздат, 1947. С. 33—34 ; Он же. Субъекты гражданского права. М. : Госюриздат, 1950. С. 11.

¹³ Брагинский М. И., Витрянский В. В. Договорное право. Общие положения. М. : Статут, 1997. С. 626—628.

¹⁴ Брагинский М. И., Витрянский В. В. Указ. соч. С. 626.

бовать присуждения к исполнению обязанности в натуре. Однако если объектом купли-продажи является индивидуально-определенная вещь, то в случаях, предусмотренных ст. 398 ГК РФ, покупатель вправе требовать присуждения исполнения обязанности в натуре (ст. 463 ГК РФ). В отдельных случаях защита права обусловлена соблюдением приоритета публичного интереса или интересов третьих лиц. Например, к договору купли-продажи предприятия правила ГК РФ о последствиях недействительности сделок и об изменении или о расторжении договора купли-продажи, предусматривающие возврат или взыскание в натуре полученного по договору с одной или с обеих сторон, применяются, если такие последствия существенно не нарушают права и охраняемые законом интересы кредиторов продавца и покупателя, других лиц и не противоречат общественным интересам (ст. 566 ГК РФ). Такое же решение предусмотрено в ст. 663 ГК РФ в отношении договора аренды предприятия. О необходимости учета общественных интересов говорится также в п. 4 ст. 451 ГК РФ. В данных примерах весьма наглядно проявляется такой принцип защиты права, как принцип оптимального сочетания общественных, коллективных и частных интересов¹⁵. Однако, на наш взгляд, объем права на защиту прежде всего зависит от поведения лица — как управомоченного, так и посягающего на субъективное право.

При добросовестном осуществлении права на защиту управомоченный субъект может рассчитывать на реализацию своего права посредством одного или нескольких способов защиты, предусмотренных законом. Недобросовестное поведение управомоченного лица аннулирует право на защиту субъективного права. Здесь следует подчеркнуть: аннулируется не защищаемое право, а право на защиту.

Варианты поведения управомоченного лица при защите субъективного права указаны в ст. 12 ГК РФ и называются способами защиты. В результате право на защиту представляет собой возможность осуществить один или несколько вариантов поведения, предусмотренных указанной нормой. Вряд ли возможно, чтобы в каких-то случаях право на защиту включало все варианты поведения, предусмотренные ст. 12 ГК РФ. Как правило, одни из указанных вариантов исключают возможность

одновременного осуществления других вариантов.

В ряде случаев законодатель дополнительно регулирует подобные ситуации. Так, если обязательство было не исполнено, то возмещение убытков и уплата неустойки по общему правилу освобождает должника от исполнения обязательства в натуре. Поэтому в данной ситуации невозможно еще и присуждение к исполнению обязанности в натуре.

Если же обязательство было исполнено ненадлежащим образом, то уплата неустойки и возмещение убытков по общему правилу не освобождают должника от исполнения обязанности в натуре (ст. 396 ГК РФ). Следовательно, в этом случае, помимо взыскания убытков и неустойки, возможно и присуждение к исполнению обязанности в натуре. Таким образом, объем права на защиту в конкретном правоотношении включает в себя возможность осуществления той или иной комбинации способов защиты гражданских прав, предусмотренных ст. 12 ГК РФ.

Есть некоторые особенности защиты субъективных гражданских прав в «натуральных» обязательствах. Следует отметить, что в российском гражданском законодательстве категория «натуральные» обязательства не применяется.

Представляется, что в исследовании этого вопроса можно сослаться на опыт других стран, где натуральные обязательства применяются длительное время.

Так, согласно ст. 1235 Французского гражданского кодекса любой платеж предполагает долг; то, что было уплачено без наличия долга, подлежит обратному истребованию. Однако в ч. 2 указанной нормы закреплено следующее правило: «Обратное истребование не допускается в отношении натуральных обязательств, которые были исполнены добровольно». Подобное по тексту и смыслу правило содержится в ст. 1554 Гражданского кодекса Квебека: «Любой платеж предполагает наличие обязательства; уплаченное в отсутствие обязательства может быть истребовано обратно. Нельзя, однако, требовать возврата платежа по добровольно исполненному натуральному обязательству».

В ГК РФ, как уже отмечалось, пока не используется категория «натуральные» обязатель-

¹⁵ Свердлык Г. А., Страунинг Э. Л. Защита и самозащита гражданских прав : учебное пособие. М. : Лексикна, 2002. С. 23.

ства, однако это не означает, что отсутствуют сами отношения, относящиеся к натуральным обязательствам. Так, согласно ст. 206 ГК РФ должник или иное обязанное лицо, исполнившее обязанность по истечении срока исковой давности, не вправе требовать исполненное обратно, хотя бы в момент исполнения указанное лицо не знало об истечении давности. В литературе данные отношения называют натуральным обязательством¹⁶. К натуральным обязательствам относится также обязательство, предусмотренное ст. 1062 ГК РФ, согласно которой требования граждан и юридических лиц, связанные с организацией игр и пари или с участием в них, не подлежат судебной защите, за исключением требований лиц, принявших участие в играх или пари под влиянием обмана, насилия, угрозы и др. В качестве натуральных обязательств рассматривают отношения об оплате аренды игрового места или требования об оплате купленных знаков («фишек»), а также заем в связи с участием в игре у другого игрока или третьего лица, присутствующего на игре, для продолжения игры или немедленной уплаты проигрыша¹⁷.

В свое время природа натуральных обязательств представляла серьезную проблему для исследователей. Обзор существующих в прошлом суждений по данному вопросу произвел М. М. Агарков¹⁸. И. Б. Новицкий также предпринял попытку установить специфику натуральных обязательств¹⁹. Вместе с тем исследователи отмечали небольшую теоретическую и практическую значимость института натуральных обязательств в современном, а не в римском праве²⁰.

Представляет интерес вопрос об особенностях защиты прав кредитора по данным обязательствам в настоящее время, по которым, как отмечалось выше, у управомоченного лица

нет права на иск. Как утверждает И. В. Елисеев, данное обстоятельство не означает, что субъективное гражданское право прекратило существование и его вообще нельзя защитить. Изменились лишь способы его правовой защиты — права кредиторов защищаются не собственным иском, а отказом в удовлетворении иска должника²¹. Впрочем, следует указать, что к подобному выводу значительно раньше пришел И. Б. Новицкий: «...Исковая защита — важнейшая форма санкции, но не единственная; возможны и такие обязательства, санкция которых выражается лишь в том, что исполнение по такому обязательству имеет юридическую силу (исполнение не может быть истребовано обратно)»²². Таким образом, право на защиту применительно к натуральному обязательству может быть реализовано не в форме иска, а в форме отказа должнику в истребовании имущества, переданного кредитору в исполнение долга.

Следует признать, что внедрение принципа добросовестности в гражданское законодательство позволяет утверждать, что право на защиту субъективного гражданского права должно конструироваться не в качестве его элемента, а как самостоятельное субъективное гражданское право. При недобросовестном осуществлении права на защиту неблагоприятные последствия предусмотрены только для данного права, вследствие чего лицу отказывают в защите субъективного гражданского права. В отношении защищаемого субъективного гражданского права неблагоприятные последствия не наступают. При включении права на защиту в само субъективное гражданское право в качестве элемента неблагоприятные последствия должны были бы наступать в отношении всего субъективного права, что не будет способствовать стабильности гражданского оборота.

¹⁶ Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации : в 3 т. 3-е изд. / под ред. Т. Е. Абовой и А. Ю. Кабалкина. М., 2006. Т. 2. С. 1052.

¹⁷ Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации. Т. 2. С. 1053.

¹⁸ Агарков М. М. Избранные труды по гражданскому праву : в 2 т. М., 2002. Т. 1. С. 247—265.

¹⁹ Новицкий И. Б. Избранные труды по гражданскому праву : в 2 т. М., 2006. Т. 2. С. 78—83.

²⁰ Савинь Ф. К. Обязательственное право. СПб., 2004. С. 125—128.

²¹ Гражданское право : учебник : в 3 т. 4-е изд. / под ред. А. П. Сергеева, Ю. К. Толстого. М., 2003. Т. 2. С. 826.

²² Новицкий И. Б. Избранные труды по гражданскому праву : в 2 т. М., 2006. Т. 2. С. 83.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. Агарков М. М. Избранные труды по гражданскому праву : в 2 т. — М., 2002. — Т. 1.
2. Бару М. И., Пушкин А. А. Осуществление и защита гражданских прав // Советское гражданское право. Часть первая : учебник / под ред. В. Ф. Маслова, А. А. Пушкина. — Киев : Высшая школа, 1977.
3. Богданов Е. В. Предпринимательские договоры. — М. : Книга Сервис, 2003.
4. Братусь С. Н. Субъекты гражданского права. — М. : Госюриздат, 1950.
5. Братусь С. Н. Юридическая ответственность и законность. — М. : Юрид. лит., 1976.
6. Братусь С. Н. Юридические лица в советском гражданском праве. — М. : Госюриздат, 1947.
7. Брагинский М. И., Витрянский В. В. Договорное право. Общие положения. — М. : Статут, 1997.
8. Витрянский В. В. Проблемы арбитражно-судебной защиты гражданских прав участников имущественного оборота : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. — М., 1996.
9. Грибанов В. П. Пределы осуществления и защиты гражданских прав. — М. : Статут, 2000.
10. Долинская В. В. Защита гражданских прав: состояние, тенденции и проблемы правового регулирования // Актуальные проблемы гражданского права, гражданского и арбитражного процесса : мат-лы науч. конф. : в 2 ч. — Воронеж, 2002. — Ч. 1 : Гражданское право.
11. Иоффе О. С., Шаргородский М. Д. Вопросы теории права. — М. : Юрид. лит., 1961.
12. Минеев О. А. Способы защиты вещных прав : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — Волгоград, 2003.
13. Мурашко М. В. Судебная защита субъективных гражданских прав : дис. ... канд. юрид. наук. — СПб., 2000.
14. Новицкий И. Б. Избранные труды по гражданскому праву : в 2 т.— М., 2006. — Т. 2.
15. Савиньи Ф. К. Обязательственное право. — СПб., 2004.
16. Свердлык Г. А., Страунинг Э. Л. Защита и самозащита гражданских прав : учеб. пособие. — М. : Лекс-книга, 2002.
17. Adams J., Brownsword R. The ideologies of Contract Law // McKendrick E. Contract Law : text, cases and materials. — Oxford, 2005. — 7 Legal Studies 205 (1987). — P. 206— 213.

Материал поступил в редакцию 3 октября 2017 г.

THE CONCEPT AND ESSENCE OF THE CREDITOR'S RIGHTS TO PROTECTION

BOGDANOVA Elena Evgenievna — Doctor of Law, Acting Head of the Department of Civil Law at the Kutafin Moscow State Law University (MSAL)
civil_law_msal@mail.ru
125993, Russia, Moscow, ul. Sadovaya-Kudrinskaya, d. 9

Abstract. *In the paper the author substantiates the conclusion that the implementation of the principle of good faith in the civil law legislation determines that the right to protection of a subjective civil right should be constructed not as its element, but as an independent civil right. When the right to protection is unfairly exercised, adverse consequences are envisaged only for the right in question. Thus, a person is denied protection of her subjective civil right. With regard to the protected subjective civil right adverse effects do not occur. When the civil right to protection is included as an element into the subjective civil right, adverse effects would occur with respect to the subjective right itself, which will not facilitate the stability of civil relations.*

Keywords: *right to protection, subjective civil right, implementation of the right, principle of good faith, the method of protection of the right, self-defense of the right, natural obligation, claim protection, civil penalty.*

REFERENCES

1. *Agarkov M. M.* Selected Works on Civil Law: in 2 vol. Vol.1. M., 2002.
2. *Baruh M. I., Pushkin A. A.* Implementation and protection of civil rights // Soviet Civil Law. Part one: A Textbook / Ed. by V. F. Maslov, A. A. Pushkin. Kiev: "Vysshaya Shkola" Publishing House, 1977.
3. *Bogdanov E. V.* Business contracts. M.: "Kniga servis" Publishing House, 2003.
4. *Bratus S. N.* Legal liability and legality. M.: Legal Literature. 1976.
5. *Bratus S. N.* Legal entities in Soviet Civil Law. M.: Gosjurizdat, 1947.
6. *Bratus S. N.* Subjects of Civil Law. M.: Gosjurizdat, 1950.
7. *Braginsky M. I., Vitryansky V. V.* Contract Law. General Provisions. M.: Statut, 1997.
8. *Vitryansky V. V.* The problems of arbitration and court protection civil rights of participants of property relations: Abstract of the Doctor's Dissertation. M. 1996.
9. *Gribanov V. P.* The Limits of the exercise and protection of civil rights. M.: Statut, 2000.
10. *Dolinskaya V. V.* Protection of civil rights: The status, trends and problems of the legal regulation // Actual Problems of Civil Law, Civil and Arbitration Procedure. In 2 parts. Part 1 Civil Law: Proceedings of the Scientific Conference. Voronezh, 2002.
11. *Ioffe O. S., Shargorodskiy M. D.* Issues of the Theory of Law. M.: Jurid. lit., 1961.
12. *Mineev O. A.* Methods of Property Rights Protection: Abstract of the PhD Thesis. Volgograd, 2003.
13. *Murashko M. V.* Judicial protection of subjective civil rights: The PhD Thesis. St.Petersburg, 2000.
14. *Novitsky I. B.* Selected Works on Civil Law in 2 volumes Vol.2. M., 2006.
15. *Savigny F.K.* Law of obligations. St. Petersburg. 2004.
16. *Sverdlyk G. A., Strauning E.L.* Protection and self-protection of civil rights: A Textbook. M.: Leks-kniga. 2002.
17. *Adams J, Brownsword R.* The ideologies of Contract Law // 7 Legal Studies 205 (1987). P. 206-213 // McKendrick E.. Contract Law: text, cases and materials. Oxford. 2005.

Е. Н. Воронов*

СИСТЕМА И ПРИНЦИПЫ СУДЕБНОГО ПРАВА

Аннотация. Статья посвящена одной из актуальных и наиболее дискуссионных проблем современной российской юридической науки — исследованию проблем построения судебного права. Осуществленный автором анализ судебных реформ последних лет показал, что они проводятся весьма хаотично и несогласованно, часто в интересах сложившейся политико-правовой ситуации. Причина этого видится в отсутствии, во-первых, системности в их подготовке и осуществлении; во-вторых, восприятия судебной власти как единой организации, состоящей из тесно взаимосвязанных между собой элементов; в-третьих, комплексного подхода в реализации реформы судебного законодательства. Помочь в преодолении такого положения дел могло бы развитие концепции судебного права, дающего целостную картину правового регулирования деятельности судебной власти в ее организационных, правоприменительных и правотворческих аспектах.

Автором изучены основные подходы к пониманию судебного права, на основе которых осуществляется попытка определить его систему. Проанализированы работы таких специалистов в области судебного права, как И. Я. Фойницкий, Н. Н. Полянский, М. С. Строгович, В. М. Савицкий, А. А. Мельников, Э. М. Мурадян, А. П. Гуськова, Н. Г. Муратова, М. Н. Марченко.

В работе делается вывод о том, что систему судебного права могут составить три группы норм, объединенные в общую (включающую в себя в основном положения о судостроительстве), особенную (состоящую из судопроизводственных норм) и специальную (регулирующую исполнение судебных актов) части. В статье также дается анализ некоторых проблем реформирования правовых положений, составляющих отдельные части системы судебного права.

В основу построения системы судебного права, по мнению автора, должны быть положены принципы, определяющие организацию и функционирование судебной власти, среди которых: приоритет прав и свобод человека и гражданина, принцип разделения власти, принцип независимости судебной ветви власти, принцип единства судебной власти, принцип законности, принцип гласности. Проводится анализ этих принципов.

Ключевые слова: судебное право, система права, принципы, судебная власть, судостроительство, судебная система, правосудие, исполнение судебных актов, судебная реформа, судебное законодательство.

DOI: 10.17803/1729-5920.2018.135.2.065-077

Современное развитие государственных институтов в Российской Федерации показывает, что в стране продолжается поиск оптимальной организации государственного аппарата. Периодическому реформированию подвергаются все ветви государственной власти, причем сначала могут происходить изменения в тех или иных структурах механизма государства, а затем может осуществляться возврат к старой

модели организации тех или иных органов государственной власти. Такая тенденция характерна и для судебной власти, хотя, казалось бы, данная ветвь власти ввиду специфичности ее функций должна быть наиболее стабильной.

В ряде итоговых постановлений Всероссийского съезда судей констатировалось, что в Российской Федерации судебная система окончательно сформирована, за исключением

© Воронов Е. Н., 2018

* Воронов Евгений Николаевич, кандидат юридических наук, доцент кафедры финансового права, конституционного, гражданского и административного судопроизводства юридического факультета Юго-Западного государственного университета
envoronov@yandex.ru
305018, Россия, г. Курск, ул. 1-я Ламоновская, д. 1, кв. 56

административной юстиции, к созданию которой призывало судебное сообщество¹. Однако внутрисистемные изменения, в том числе и организационного характера, продолжают до сих пор. Изменился порядок назначения председателей высших судов и предельный срок их пребывания в должности, постоянно реформируется правовой статус судей судов всех уровней. В 2014 г. были внесены поправки в Конституцию РФ и в ряд федеральных конституционных и федеральных законов, предусматривающие упразднение Высшего Арбитражного Суда РФ². Постоянно модернизируется процессуальное законодательство: с момента принятия более 70 поправок внесено в Гражданский процессуальный кодекс РФ (ГПК РФ), более 40 — в Арбитражный процессуальный кодекс РФ (АПК РФ) и более 120 — в Уголовно-процессуальный кодекс РФ (УПК РФ)³.

В феврале 2015 г. был принят Кодекс административного судопроизводства РФ (КАС РФ)⁴. Согласно ст. 1 указанного нормативного правового акта «настоящий Кодекс регулирует порядок осуществления административного судопроизводства при рассмотрении и разрешении Верховным Судом Российской Федерации, судами общей юрисдикции, мировыми судьями административных дел о защите нарушенных или оспариваемых прав, свобод и законных интересов граждан, прав и законных интересов организаций, а также других административных дел, возникающих из административных и иных публичных правоотношений и связанных с осуществлением судебного контроля за законностью и обоснованностью осуществления государственных или иных публичных пол-

номочий». При этом КАС РФ не только не стал единым нормативным документом для судов общей юрисдикции и арбитражных судов, но в него и не вошли нормы Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях (КоАП РФ)⁵, регулирующие судопроизводство по делам об административных правонарушениях.

Несомненно, неся в себе положительные изменения, связанные, например, с введением в 2011 г. апелляционной инстанции во всех вышестоящих судах общей юрисдикции, реформа судебной власти в России из-за некоторой хаотичности и неспланированности приводит к определенной дестабилизации судебной системы, вызванной неопределенностью ее отдельных институтов. Из-за постоянных изменений судебного законодательства возникают проблемы у граждан и организаций, а также у профессионального сообщества, связанные с перспективами защиты прав и законных интересов в суде.

Анализ поведения законодателя при реформировании судебной власти показывает отсутствие целостного восприятия данного института. Это может быть связано с отсутствием в российской системе права единой группы норм, институтов, регулирующих судебную власть в целом, как это, например, происходит с исполнительной властью. Одной из основополагающих отраслей российского права является административное право, регулирующее организацию и деятельность исполнительной ветви власти. Однако судебная ветвь власти является ничуть не менее значимой, чем исполнительная. В связи с этим нами предлагается

¹ См.: постановление VI Всероссийского съезда судей от 2 декабря 2004 г. «О состоянии правосудия в Российской Федерации и перспективах его совершенствования» // Вестник Высшего Арбитражного Суда РФ. 2005. № 2 ; постановление VII Всероссийского съезда судей от 4 декабря 2008 г. «О состоянии судебной системы Российской Федерации и приоритетных направлениях ее развития и совершенствования» // Вестник Высшей квалификационной коллегии судей РФ. 2009. № 1 (19).

² См.: Закон РФ о поправке к Конституции РФ от 5 февраля 2014 г. № 2-ФКЗ «О Верховном Суде Российской Федерации и прокуратуре Российской Федерации» // СЗ РФ. 2014. № 6. Ст. 548.

³ Гражданский процессуальный кодекс Российской Федерации от 14 ноября 2002 г. № 138-ФЗ (ред. от 29 июля 2017 г.) // СЗ РФ. 2002. № 46. Ст. 4532 ; 2016. № 10. Ст. 1319 ; Арбитражный процессуальный кодекс Российской Федерации от 24 июля 2002 г. № 95-ФЗ (ред. от 29 июля 2017 г.) // СЗ РФ. 2002. № 30. Ст. 3012 ; 2016. № 26 (ч. 1). Ст. 3889 ; Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации от 18 декабря 2001 г. № 174-ФЗ (ред. от 29 июля 2017 г.) // СЗ РФ. 2001. № 52 (ч. 1). Ст. 4921 ; Российская газета. 2016. № 149.

⁴ Кодекс административного судопроизводства Российской Федерации от 8 марта 2015 г. № 21-ФЗ (ред. от 29 июля 2017 г.) // СЗ РФ. 2015. № 10. Ст. 1391 ; 2016. № 27 (ч. 1). Ст. 4236.

⁵ Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях от 30 декабря 2001 г. № 195-ФЗ (ред. от 29 июля 2017 г.) // СЗ РФ. 2002. № 1 (ч. 1). Ст. 1 ; Российская газета. 2016. № 151.

вновь обратиться к концепции судебного права в Российской Федерации, которая требует более серьезного исследования и разработки.

Как известно, дефиниция судебного права находила отражение еще в работах дореволюционных исследователей. Так, И. Я. Фойницкий отмечал тесную связь уголовного судопроизводства с гражданским и административным⁶. Активным исследованием проблем судебного права занимались такие советские ученые, как Н. Н. Полянский, М. С. Строгович, В. М. Савицкий, А. А. Мельников⁷. На современном этапе концепция судебного права нашла отражение в работах Э. М. Мурадян, А. П. Гуськовой, Н. Г. Муратовой, М. Н. Марченко и др.⁸ «Сегодня концепция судебного права, — пишут А. П. Гуськова и Н. Г. Муратова, — предполагает создание не только науки судебного права, но и создание комплексной отрасли права на основе унификации положений, объединяющих вопросы судебной защиты конституционных прав и свобод человека и гражданина. Судебное право не должно поглощать или заменять процессуальные отрасли, оно должно функционировать при полном развитии всех действующих отраслевых процессуальных отраслей права»⁹.

В современной отечественной юридической науке сложилось три основных направления в понимании судебного права. Представители первого направления считают, что судебное право призвано интегрировать в себе все виды судопроизводства: гражданское, уголовное, административное и конституционное. Так, А. П. Гуськова и Н. Г. Муратова понимают судебное право как основанный на праве судебный процесс. Авторы включают в судебное право все процессуальные отрасли права, оставляя в стороне судоустройство, которое в определенной мере оказывает свое организационно-правовое влияние, но, по их мнению, составной частью этого права оно быть не может¹⁰.

С последним тезисом мы согласиться не можем, так как судебная власть представляет собой единую систему, в которой судоустройственные нормы оказывают непосредственное воздействие на ее деятельность, обуславливая, например, полномочия судов по рассмотрению дел в определенной инстанции. Более того, у многих исследователей вызывает вопросы и сама возможность создания единого судебного процесса. Так, по мнению В. В. Скитовича, «именно в процессуальном компоненте системной организации судебной власти существующие ныне юрисдикции разошлись между собой дальше всего. Это отнюдь не случайно. Оригинальность каждой процедуры находит свое выражение прежде всего в ее институтах, адекватных тем задачам, которые суду приходится решать в рамках той или иной юрисдикции. Каждому из указанных институтов соответствуют свои нормы и дефиниции; в совокупности они образуют строго формализованную систему, все части которой находятся в состоянии жесткой взаимозависимости»¹¹. И все же определенное сходство в принципах, организации и осуществлении судопроизводства по гражданским, административным и уголовным делам существует, что дает возможность интеграции отдельных институтов и норм процессуальных отраслей, но не для создания единого судебного процесса.

Второе направление в понимании судебного права можно назвать интегративным. Его представители считают, что помимо судопроизводства составляющей судебного права являются и судоустройственные нормы, включающие организацию судебной системы, внутрисудебный контроль, правовой статус судей и т.д.¹² С такой точкой зрения по указанным выше причинам склонны согласиться и мы.

⁶ Фойницкий И. Я. Курс уголовного судопроизводства. СПб., 1996. С. 7—8.

⁷ См.: Полянский Н. Н., Строгович М. С., Савицкий В. М., Мельников А. А. Проблемы судебного права. М., 1983.

⁸ См.: Мурадян Э. М. Истина как проблема судебного права. М., 2002; Гуськова А. П., Муратова Н. Г. Судебное право: история и современность судебной власти в сфере уголовного судопроизводства: монография. М., 2005; Марченко М. Н. Судебное правосудие и судебское право. М., 2011.

⁹ Гуськова А. П., Муратова Н. Г. Указ. соч. С. 5.

¹⁰ Указ. соч. С. 18.

¹¹ Скитович В. В. Концепция судебного права: опыт критического переосмысления // Проблемные вопросы гражданского и арбитражного процессов / под ред. Л. Ф. Лесницкой, М. А. Рожковой. М., 2008. С. 18.

¹² См.: Полянский Н. Н., Строгович М. С., Савицкий В. М., Мельников А. А. Указ. соч. С. 3—4; Мурадян Э. М. Указ. соч. С. 13—14.

Сторонники третьего направления в понимании судебного права сводят судебное право к так называемому «судебному правотворчеству». Так, М. Н. Марченко определяет судебское право как неотъемлемую составную часть национального, а за пределами государства — международного права, которое в реальной действительности проявляется не иначе как система общеобязательных принципов и норм, содержащихся в судебных решениях¹³. Вопрос о судебной практике как источнике российского права до сих пор является дискуссионным. Однако несмотря на непрекращающиеся споры по указанному вопросу, все больше исследователей приходят к выводу о том, что судебная практика в виде постановлений Конституционного Суда РФ и Пленума Верховного Суда РФ, во-первых, носит прецедентный характер, во-вторых, является источником российского права¹⁴. Более того, ввиду затрудненности доступа к Верховному Суду РФ, в особенности по гражданским делам, все большее значение приобретает региональная судебная практика, а в рамках системы арбитражных судов — судебная практика, складывающаяся в арбитражных округах.

Считаем, что все три указанных направления в понимании судебного права можно интегрировать с целью получения целостной картины его системы.

На современном этапе в большинстве отраслей российского права складывается деление их системы на общую и особенную части. Причем это касается как материальных, так и процессуальных отраслей. Например, общую часть административного права составляют общие для государственной администрации регулятивные и охранительные нормы и нормы, регулирующие административное судопроизводство. Особенная часть состоит из специальных регулятивных и охранительных норм права, которые действуют в отдельных сферах

функционирования публичной исполнительной власти¹⁵. Как видим, систему административного права составляют не только материальные, но и процессуальные нормы.

Систему гражданского процессуального права традиционно составляют нормы общей и особенной частей. Общая часть включает нормы, регламентирующие общие положения судопроизводства, по содержанию относящиеся ко всему процессу: принципы гражданского процесса, состав участников процесса, подведомственность и подсудность, сроки, расходы, а также доказательства и доказывание. Особенная часть гражданского процессуального права регулирует соответствующие стадии процесса: возбуждение дела в суде первой инстанции, подготовку дела к судебному разбирательству, судебное заседание, апелляционное, кассационное и надзорное производство, пересмотр по вновь открывшимся обстоятельствам, исполнительное производство. К особенной части относятся нормы, регулирующие гражданские процессуальные права, иностранцев, лиц без гражданства, а также иски к иностранным государствам, судебным поручениям¹⁶. Однако ряд исследователей выделяет еще и специальную часть гражданского процессуального права, в которую включаются нормы, регулирующие отдельные виды гражданского судопроизводства, например, нормы, регулирующие судопроизводство с участием иностранных лиц, оспаривание решений третейских судов, а также производство, связанное с исполнением судебных постановлений и постановлений иных органов¹⁷.

В системе судебного права также с большой долей вероятности можно выделить две части: общую и особенную. В общую часть должны войти прежде всего нормы, устанавливающие основные принципы организации и осуществления судебной власти в Российской Федерации. Также общая часть судебного права

¹³ Марченко М. Н. Указ. соч. С. 5.

¹⁴ См., например: Дегтярев С. Л. Судебная деятельность как источник гражданского процессуального и арбитражного процессуального права // Российский юридический журнал. 2012. № 3. С. 173—179; Кузьмин А. Г. Правовые позиции высших судов Российской Федерации как источник российского права // Российская юстиция. 2013. № 6. С. 47—50; Таланина И. А., Румянцева В. Г. К вопросу о судебной практике как источнике российского права // Юридический мир. 2007. № 3. С. 23—28.

¹⁵ Бахрах Д. Н., Россинский Б. В., Стариков Ю. Н. Административное право: учебник для вузов. М., 2007. С. 71.

¹⁶ Мусин В. А., Чечина Н. А., Чечот Д. М. Гражданский процесс: учебник. М., 2005. С. 10.

¹⁷ См.: Нехороших А. М., Воронов Е. Н., Кардашова М. В. Гражданское процессуальное право (Общая часть): учебное пособие. Курск, 2013. С. 26; Смушкин А. Б., Суркова Т. В., Черникова О. С. Гражданский процесс: учебное пособие. М., 2007. С. 18.

должна формироваться за счет нормативных положений, устанавливающих судебную систему, звенья судебной системы, структуру судов, их организацию, полномочия и др.

Напомним, что российская судебная система является довольно сложной. Несмотря на единство, ее составляют три вида судов: конституционная юстиция, суды общей юрисдикции (гражданские и военные), арбитражные суды. Однако, как нами уже отмечалось, судебную систему в современной России нельзя назвать окончательно оформившейся. Еще не закрыт вопрос о создании административных судов. Довольно давно обсуждаются предложения о формировании ювенальной юстиции¹⁸. В связи с объединением Высшего Арбитражного Суда РФ и Верховного Суда РФ вновь приобрела силу обсуждаемая ранее идея слияния арбитражных судов и судов общей юрисдикции¹⁹. Против такой идеи сегодня выступает целый ряд ученых и практиков²⁰, однако окончательно этот вопрос пока не закрыт.

В общую часть судебного права должны войти нормы о статусе судей, а также присяжных и арбитражных заседателей. С 2003 г. было отменено общественное представительство в гражданском процессе, был упразднен институт народных заседателей, что серьезно ограничило, по нашему мнению, общественное воздействие на осуществление данного вида правосудия. Соглашаясь с точкой зрения Ю. В. Романовой, отметим, что упразднение института народных заседателей стало преждевременным шагом²¹. К тому же в рамках арбитражной юстиции успешно действуют арбитражные заседатели, участвующие в рассмотрении гражданских дел.

Следующую группу положений общей части должны составить формы и методы осуществ-

ления судебной власти: акты судебной власти, судебное правотворчество, внутрисудебный контроль. Говоря о последнем, стоит заметить, что судебная власть отличается особой самостоятельностью и независимостью. Контролируя исполнительную и законодательную ветви государственной власти, судебная власть практически не допускает внешнего вмешательства и контроля. В связи с этим самой этой властью вырабатывается внутренняя система контроля, которая носит административный и процессуальный характер. Административный контроль включает в себя управленческую деятельность руководящих лиц судебной системы, работу квалификационных коллегий судей, финансовый, дисциплинарный контроль и др. Процессуальный контроль лежит в сфере осуществления правосудия, а именно такой его составной части, как апелляционное, кассационное, надзорное разбирательство и пересмотр дела по новым или вновь открывшимся обстоятельствам.

Еще одну группу норм рассматриваемой части системы судебного права составят нормативные установления, регламентирующие деятельность органов судейского сообщества и организационное обеспечение деятельности судов. До объединения высших судов в 2014 г. организационным обеспечением деятельности арбитражных судов занимался Высший Арбитражный Суд РФ, теперь эти полномочия возлагаются на Судебный департамент при Верховном Суде РФ²². Постепенно отделяются от федеральных органов структуры по обеспечению деятельности мировых судей. Так, в 2016 г. в Курской области было образовано самостоятельное Управление по обеспечению деятельности мировых судей Курской области²³. Ранее данная структура находилась под юрисдикцией Управления Судебного де-

¹⁸ См.: Кистринова О. В. Специализированные суды: опыт России и зарубежных стран // Российский судья. 2015. № 2. С. 10; Козьявин А. А., Белоусова В. М. Понятие и система органов ювенальной юстиции // Известия Юго-Западного государственного университета. Серия «История и право». 2015. № 2. С. 65.

¹⁹ См.: Жуйков В. М. Теоретические и практические проблемы конституционного права на судебную защиту: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. М., 1997. С. 4.

²⁰ См., например: Шерстюк В. М. Объединение высших судов // Закон. 2013. № 10. С. 26—38; Ярко В. В. Объединение высших судов: ожидания и последствия // Закон. 2014. № 3. С. 98—106.

²¹ Романова Ю. В. Конституционное право граждан Российской Федерации на участие в отправлении правосудия: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Челябинск, 2005. С. 9.

²² Федеральный конституционный закон от 28 апреля 1995 г. № 1-ФКЗ (ред. от 15 февраля 2016 г.) «Об арбитражных судах в Российской Федерации». Ст. 44 // СЗ РФ. 1995. № 18. Ст. 1589; 2016. № 7. Ст. 896.

²³ Постановление губернатора Курской области от 15 декабря 2015 г. № 575-пг «Об утверждении положения об управлении по обеспечению деятельности мировых судей Курской области» // URL: <http://adm.rkursk.ru/index.php?id=1520> (дата обращения: 14 июля 2016 г.)

партамента при Верховном Суде РФ в Курской области.

Одной из проблем организационного обеспечения деятельности судов является нахождение органов, обеспечивающих установленный порядок их деятельности в структуре исполнительной власти. Данная функция сегодня возложена на Федеральную службу судебных приставов Российской Федерации (ФССП России), а конкретнее — на судебных приставов по обеспечению установленного порядка деятельности судов (далее — судебные приставы по ОУПДС)²⁴. В 2004 г. судебное сообщество выступило с инициативой передачи судебных приставов по ОУПДС в ведение Судебного департамента при Верховном Суде РФ²⁵. Однако законодатель отклонил соответствующее предложение.

Предполагается, что особенную часть судебного права должны составить нормы процессуального характера, регулирующие конституционное, гражданское, уголовное и административное судопроизводство. Речь здесь идет о положениях, сближающих различные виды судопроизводств. «Поскольку судебная защита осуществляется во всех формах судопроизводства, она с полным правом может претендовать на признание ее как межотраслевого института российского права, т.е. совокупность взаимосвязанных норм, институтов, содержащихся в различных отраслях права и регулирующих исключительно однородную группу общественных отношений в области судопроизводства»²⁶. В работе «Проблемы судебного права» Н. Н. Полянский, М. С. Строгович, В. М. Савицкий, А. А. Мельников обосновывают единство уголовного и гражданского процесса, в том числе и наличием сторон в обоих видах судопроизводства²⁷.

Стоит вновь отметить, что и в судопроизводственной сфере продолжается реформирование судебного законодательства. Нам представляется, что логическим продолжением судостроительных изменений, связанных со слиянием Высшего Арбитражного Суда РФ и Верховного Суда РФ, должна была бы стать унификация процессуального законодательства. Напомним, что в соответствии с ч. 2 ст. 118 Конституции РФ судебная власть осуществляется посредством конституционного, гражданского, административного и уголовного судопроизводства²⁸. Ни слова в основном законе РФ не сказано об арбитражном судопроизводстве. Между тем в действующем АПК РФ содержатся нормы, регламентирующие производство в арбитражном суде по гражданским и административным делам, в том числе и по делам об административных правонарушениях, которые, по сути, являются одним из видов административных дел. На сегодняшний день в Государственной Думе РФ одобрена Концепция единого ГПК РФ²⁹, предусматривающая создание единого кодекса, который объединит действующий и положения АПК РФ, без явного отказа от одного из них.

Создание единого ГПК, по мнению исследователей, является перспективой ближайших лет³⁰. Однако помимо гражданских дел арбитражные суды и суды общей юрисдикции рассматривают административные дела, в том числе и дела об административных правонарушениях. Соответствующие нормы содержались в ГПК РФ, как уже отмечалось, они есть в АПК РФ, а также в КоАП РФ.

Таким образом, следуя логике реформирования судебного законодательства на современном этапе, предусматривающего интегративные процессы в судостроительстве

²⁴ См.: Федеральный закон от 21 июля 1997 г. № 118-ФЗ (ред. от 3 июля 2016 г.) «О судебных приставах» // СЗ РФ. 1997. № 30. Ст. 3590 ; 2016. № 27 (ч. 1). Ст. 4160.

²⁵ См.: постановление VI Всероссийского съезда судей от 2 декабря 2004 г. «О состоянии правосудия в Российской Федерации и перспективах его совершенствования» // Вестник Высшего Арбитражного Суда РФ. 2005. № 2.

²⁶ Гуськова А. П., Муратова Н. Г. Указ. соч. С. 29.

²⁷ Полянский Н. Н., Строгович М. С., Савицкий В. М., Мельников А. А. Указ. соч. С. 47.

²⁸ Конституция РФ (принята всенародным голосованием 12 декабря 1993 г.) (с учетом поправок, внесенных законами РФ о поправках к Конституции РФ от 30 декабря 2008 г. № 6-ФКЗ, от 30 декабря 2008 г. № 7-ФКЗ, от 5 февраля 2014 г. № 2-ФКЗ, от 21 июля 2014 г. № 11-ФКЗ) // СЗ РФ. 2014. № 31. Ст. 4398.

²⁹ Концепция единого Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации (одобрена решением Комитета по гражданскому, уголовному, арбитражному и процессуальному законодательству Государственной Думы ФС РФ от 8 декабря 2014 г. № 124(1)) // СПС «КонсультантПлюс».

³⁰ См.: Ярков В. В. Указ. соч. С. 101.

и гражданском судопроизводстве, было бы правильным, наряду с единым ГПК, создание и единого КАС, в котором должны быть интегрированы соответствующие нормы указанных нами кодексов.

Однако, как нами уже выше говорилось, в 2015 г. был принят КАС РФ, при этом он регламентирует административное судопроизводство только в судах общей юрисдикции и на арбитражные суды свое действие не распространяет. Но, если проанализировать текст Концепции единого ГПК РФ, то в подразд. III разд. II мы увидим положения, касающиеся производства по делам, вытекающим из публичных правоотношений, причем они здесь относятся к виду гражданского судопроизводства. В этой связи не совсем точным является утверждение Т. В. Сахновой о том, что проблемы предмета законодательного регулирования двух кодексов и их соотношения предварительно не обсуждались — даже на уровне концепций³¹. Дело в том, что 28 октября 2014 г. в Екатеринбурге с участием представителей законодательной власти, Правительства РФ, Верховного Суда РФ, других судов общей юрисдикции и научного сообщества состоялось обсуждение концепции единого ГПК РФ, и было принято решение о слиянии действующих ГПК РФ и АПК РФ, а также принятого на тот момент в первом чтении проекта КАС РФ³². Однако, как мы уже неоднократно говорили, в 2015 г. был принят КАС РФ.

Причина сложившейся ситуации, как нам видится, лежит в организации законотворческой деятельности, а в частности — в организации деятельности Государственной Думы РФ. Работа над концепцией единого ГПК РФ ведется в комитете Государственной Думы по гражданскому, уголовному, арбитражному и процессуальному законодательству, а законопроект КАС РФ был направлен в комитет Государственной Думы по конституционному законодательству и государственному строи-

тельству, представители которого в заседании расширенной группы по единому ГПК не участвовали. Представители же первого комитета не участвовали в работе над КАС РФ³³.

В связи с вышесказанным встает вопрос: а каким будет единый ГПК? И будет ли он вообще? Принятие КАС РФ показало, что, в отличие от судоустройственной сферы, где в связи с объединением Верховного Суда РФ и Высшего Арбитражного Суда РФ происходят интегративные процессы, в судопроизводстве, напротив, намечаются дезинтегративные процессы. И в этом кроется определенная опасность для обеспечения единства и эффективности судопроизводства как по гражданским, так и по административным делам. Преодолению такого рода проблем будет способствовать дальнейшая разработка концепции судебного права.

Помимо общей и особенной частей, в некоторых отраслях российского права могут выделяться и специальные части, которые включают в себя нормы, формально не подходящие к первым двум частям. В качестве примера мы выше приводили систему гражданского процессуального права. Введение третьей — специальной части системы судебного права является наиболее дискуссионной, однако нормы, предлагаемые в качестве ее составляющих, имеют, по нашему мнению, довольно серьезное значение и в значительной мере отражают эффективность многих аспектов судебной деятельности. Речь идет об исполнении судебных решений.

«Из всех признаков и черт, характерных для любой власти, и, в частности, для судебной, — пишет М. Н. Марченко, — на первый план выступает ее способность не только принимать те или иные касающиеся поведения людей акты, но и полностью реализовывать их в жизни»³⁴. Таким образом, без реализации собственных предписаний судебная власть теряет свою властную природу.

В соответствии со ст. 46 Конституции РФ каждому гарантируется судебная защита его прав

³¹ Сахнова Т. В. Достижимо ли единство цивилистического процесса? (В контексте концепции единого ГПК РФ и Кодекса административного судопроизводства) // Арбитражный и гражданский процесс. 2015. № 4. С. 4.

³² Обзор: Концепция единого Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации // СПС «КонсультантПлюс».

³³ Законопроект № 246960-6 «Кодекс административного судопроизводства Российской Федерации (регулирование порядка осуществления судами общей юрисдикции административного судопроизводства)» // URL: <http://asozd2.duma.gov.ru/main.nsf/%28SpravkaNew%29?OpenAgent&RN=246960-6&02> (дата обращения: 19 июня 2016 г.).

³⁴ Марченко М. Н. Указ. соч. С. 14.

и свобод, а решения и действия (или бездействие) органов государственной власти, органов местного самоуправления, общественных объединений и должностных лиц могут быть обжалованы в суд. Согласно ст. 6 Федерального конституционного закона «О судебной системе Российской Федерации» вступившие в законную силу постановления федеральных судов, мировых судей и судов субъектов РФ подлежат неукоснительному исполнению на всей территории Российской Федерации³⁵. Однако, по статистическим данным последних лет, фактически исполняется менее 50 % исполнительных документов, основанных на судебных актах³⁶. То есть неудовлетворенными остаются законные интересы значительного числа российских граждан и организаций. При этом судебная ветвь власти в Российской Федерации фактически лишена возможности реального воздействия на эффективность выполнения собственных решений. Существуют проблемы и в исполнении актов Конституционного Суда РФ.

Еще в Концепции судебной реформы 1991 г. отмечалось, что «значение даже объективно правильных судебных решений сводится на нет неэффективностью их исполнения — оно не гарантирует ни быстрого и полного восстановления нарушенных прав, ни сдерживание противоправного поведения в будущем»³⁷. Согласно постановлению Конституционного Суда РФ от 12 июля 2007 г. № 10-П, по смыслу ч. 1 ст. 46 Конституции РФ исполнение судебного решения, в том числе вынесенного в пользу кредитора в случае нарушения должником гражданско-правового обязательства перед ним, следует рассматривать как элемент судебной защиты³⁸. Поэтому завершающей стадией

правоприменительного процесса (в том числе и судебного разбирательства) должно быть реальное исполнение вынесенного правоприменительного акта.

Несмотря на то, что в Российской Федерации принудительное исполнение судебных актов, как и обеспечение установленного порядка деятельности судов, осуществляется ФССП России, исполнительное производство тесным образом связано с гражданским, арбитражным, административным и уголовным судопроизводством. ФССП России исполняет судебные решения по гражданским делам, судебные постановления по делам об административных правонарушениях, уголовные наказания, не связанные с лишением или ограничением свободы. До сих пор в российской юридической науке преобладает точка зрения об исполнительном производстве как стадии гражданского (арбитражного) процесса³⁹.

Например, С. В. Щепалов отмечает, что на сегодняшний день общепринятым является деление гражданского процесса на стадии. Причем каждая стадия должна обладать завершенностью и отдельной задачей. Задачей исполнительного производства, в соответствии со ст. 1 и 2 Закона «Об исполнительном производстве»⁴⁰, является исполнение судебных актов и актов других органов. Процедура исполнительного производства обладает признаком завершенности, так как при полном исполнении юрисдикционного акта может считаться выполненной задача исполнительного производства и достигнутой цель гражданского процесса, по которому исполняется соответствующий юрисдикционный акт. Соответственно, исполнительное производство

³⁵ Федеральный конституционный закон от 31 декабря 1996 г. № 1-ФКЗ (ред. от 5 февраля 2014 г.) «О судебной системе Российской Федерации» // СЗ РФ. 1997. № 1. Ст. 1 ; 2014. № 6. Ст. 551.

³⁶ Ведомственная статистическая отчетность Федеральной службы судебных приставов за 2012—2016 годы // URL: <http://fssprus.ru/indicators/> (дата обращения: 10 июля 2016 г.).

³⁷ Концепция судебной реформы Российской Федерации от 24 октября 1991 года. М., 1991. С. 10.

³⁸ 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.

³⁹ См., например: Гражданский процесс : учебник / В. В. Аргунов, Е. А. Борисова, Н. С. Бочарова [и др.] ; под ред. М. К. Треушников. 5-е изд., перераб. и доп. М., 2014. С. 745 ; Куракова Н. В. Место исполнительного производства в системе права // Арбитражный и гражданский процесс. 2004. № 12. С. 37 ; Гражданский процесс : учебник для бакалавров / С. А. Алехина, В. В. Блажеев, А. Т. Боннер [и др.] ; отв. ред. В. В. Блажеев, Е. Е. Уксусова. М., 2015. С. 651.

⁴⁰ Федеральный закон от 2 октября 2007 г. № 229-ФЗ (ред. от 3 июля 2016 г.) «Об исполнительном производстве» // СЗ РФ. 2007. № 41. Ст. 4849. 2016. № 27 (ч. 2). Ст. 4259.

по своей природе является стадией гражданского процесса. «Следовательно, — указывает автор, — правоотношения, которые образуют в своей совокупности стадию исполнительного производства, также имеют гражданскую процессуальную природу»⁴¹.

Исходя из вышесказанного правовые установления, связанные с исполнением судебных актов должны находиться в поле зрения судебного права и войти в его специальную часть.

Любая отрасль должна иметь прочную базу, основу, на которой зиждутся ее положения. Этой основой для отрасли права являются ее принципы, или первостепенные начала ее построения. Проблема определения принципов судебного права находила отражение в уже упомянутой нами работе советских исследователей Н. Н. Полянского, М. С. Строговича, В. М. Савицкого, А. А. Мельникова⁴². Авторы, учитывая тесную связь судоустройства и судопроизводства, предложили установить следующие принципы судебного права: социалистической законности, осуществления правосудия только судом, выборности судей и народных заседателей, коллегиального рассмотрения дел, независимости судей и народных заседателей, равенства граждан перед законом и судом, открытого разбирательства дел, участия общественности в осуществлении судом правосудия, объективной истины, непосредственности, устности, непрерывности⁴³. Данные принципы имели несомненную актуальность для советского судебного права, тем не менее не могут быть полностью восприняты на современном этапе, к тому же большинство этих принципов отражает отдельное, хотя и наиболее важное, направление деятельности судебной власти — правосудие.

Определяя принципы судебного права на современном этапе, нам бы хотелось остановиться на наиболее общих из них, отражающих целостность судебной власти во всех направлениях ее функционирования. Так, к принципам судебного права, как нам видится, можно отнести следующие: приоритет прав и свобод человека и гражданина, принцип разделения власти, принцип независимости судебной ветви власти, принцип единства судебной власти, принцип законности, принцип гласности.

Первым и основным принципом организации и функционирования любой ветви государственной власти, в том числе и судебной, является приоритет прав и свобод человека и гражданина. Этот принцип является конституционным, вытекает из положений ст. 2 Конституции РФ, устанавливающей, что «человек, его права и свободы являются высшей ценностью. Признание, соблюдение и защита прав и свобод человека и гражданина — обязанность государства». При этом обеспечиваться и защищаться судебной властью должны в равной степени права всех граждан и организаций.

Следующим является принцип разделения власти. В соответствии со ст. 10 Конституции РФ «государственная власть в Российской Федерации осуществляется на основе разделения на законодательную, исполнительную и судебную. Органы законодательной, исполнительной и судебной власти самостоятельны». В соответствии с этим принципом судебное право обеспечивает самостоятельное в пределах закона функционирование судебной власти, недопустимость ее осуществления другими ветвями власти, а именно законодательной и исполнительной. При этом и судебная власть не может взять на себя полномочия законодательной и исполнительной ветвей власти. Также здесь стоит отметить, что судебная ветвь власти является частью единой государственной власти.

Принцип независимости судебной власти связан с предыдущим принципом разделения власти. Однако, как уже выше упоминалось, судебная власть занимает особое место в системе разделения властей, в механизме государства, осуществляя, помимо прочего, и контрольные полномочия в отношении законодательной и исполнительной ветвей власти. В связи с важностью выполняемых функций судебная власть практически полностью исключает возможность вмешательства извне в свою деятельность. И это касается не только правосудия, которое осуществляется исключительно судом и не допускает внешнего воздействия. Независимость судебной власти определяется и особым порядком формирования ее органов, особенностями правового статуса судей, присяжных и арбитражных заседателей, вы-

⁴¹ Щепалов С. В. Природа и характер правоотношений в исполнительном производстве : дис. ... канд. юрид. наук. М., 2005. С. 58.

⁴² Полянский Н. Н., Строгович М. С., Савицкий В. М., Мельников А. А. Указ. соч. С. 130—170.

⁴³ Указ. соч.

страиванием системы внутрисудебного контроля.

Еще одним принципом судебного права является принцип единства судебной власти. Судебная власть едина в современной России, она осуществляется системой судебных органов, состоящих из конституционных судов, судов общей юрисдикции и арбитражных судов, осуществляющих процессуальную деятельность по защите прав и свобод человека и гражданина, а также организаций в Российской Федерации. Соответственно, судебная защита прав и свобод осуществляется во всех формах судопроизводства, обеспечиваясь нормами судебного права.

Принцип законности указывает на необходимость осуществления судебной деятельности в строгом соответствии с законом. В своей деятельности органы судебной власти, судьи, присяжные и арбитражные заседатели, работники аппаратов судов и т.д. должны руководствоваться предписаниями Конституции и законов РФ. Не должна противоречить закону и правотворческая деятельность судебных органов.

И, наконец, принцип гласности. Данный принцип является одним из основных начал деятельности органов государственной власти в демократическом государстве, дает возможность обществу получать информацию о деятельности публичной власти. В Российской Федерации судебная деятельность является максимально открытой. Все судебные акты, в том числе и акты судебного правотворчества, публикуются в официальных источниках, выкладываются в сеть Интернет. Судебные заседания, за исключением случаев, предусмотренных законом, ведутся открыто. Все желающие могут присутствовать на судебном заседании, в зале суда разрешается вести записи, аудио- и видеосъемку.

Указанные выше принципы, по нашему мнению, отражают организацию и функционирование судебной власти в целом, во всех ее проявлениях.

Подводя общий итог, отметим, что в системе современного судебного права можно выделить три части: общую, особенную и специальную. Общую часть должны составлять в основном нормы, определяющие общие принципы функционирования судебной власти, а также нормы судоустройственного характера. В особенную часть должны войти судопроизводственные нормы, лежащие в основе всех видов процессуальной деятельности судов. Специальная часть должна быть представлена нормами, связанными с исполнением решений судов.

В связи с таким построением системы судебного права может возникнуть ряд вопросов. Ведь в рамках данной системы предлагается сочетание материальных и процессуальных норм, и такая отрасль, как судебное право, станет слишком громоздкой. Но ведь и в рамках административного права сочетаются и материальные и процессуальные нормы, а общественные отношения, входящие в его предмет, регулируются сотнями или даже тысячами нормативных правовых актов⁴⁴.

Как и любая отрасль российского права, судебное право должно строиться на системе общих, фундаментальных начал — принципов, отражающих целостность судебной власти во всех направлениях ее функционирования. К принципам судебного права можно отнести: приоритет прав и свобод человека и гражданина, принцип разделения власти, принцип независимости судебной ветви власти, принцип единства судебной власти, принцип законности, принцип гласности.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. Бахрах Д. Н., Россинский Б. В., Стариков Ю. Н. Административное право : учебник для вузов. — М., 2007. — 816 с.
2. Гражданский процесс : учебник / В. В. Аргунов, Е. А. Борисова, Н. С. Бочарова [и др.] ; под ред. М. К. Треушниковой. — 5-е изд., перераб. и доп. — М., 2014. — 960 с.
3. Гражданский процесс : учебник для бакалавров / С. А. АLEXИНА, В. В. Блажеев, А. Т. Боннер [и др.] ; отв. ред. В. В. Блажеев, Е. Е. Уксусова. — М., 2015. — 735 с.
4. Гуськова А. П., Муратова Н. Г. Судебное право: история и современность судебной власти в сфере уголовного судопроизводства : монография. — М., 2005. — 176 с.

⁴⁴ Тихомиров Ю. А. Административное право и процесс : полный курс. 2-е изд., доп. и перераб. М., 2008. С. 83—87.

5. Дегтярев С. Л. Судебная деятельность как источник гражданского процессуального и арбитражного процессуального права // Российский юридический журнал. — 2012. — № 3. — С. 173—179.
6. Жуйков В. М. Теоретические и практические проблемы конституционного права на судебную защиту : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. — М., 1997. — 51 с.
7. Кистринова О. В. Специализированные суды: опыт России и зарубежных стран // Российский судья. — 2015. — № 2. — С. 9—11.
8. Козьявин А. А., Белоусова В. М. Понятие и система органов ювенальной юстиции // Известия Юго-Западного государственного университета. Серия «История и право». — 2015. — № 2. — С. 65—70.
9. Кузьмин А. Г. Правовые позиции высших судов Российской Федерации как источник российского права // Российская юстиция. — 2013. — № 6. — С. 47—50.
10. Куракова Н. В. Место исполнительного производства в системе права // Арбитражный и гражданский процесс. — 2004. — № 12. — С. 35—39.
11. Марченко М. Н. Судебное правотворчество и судебское право. — М., 2011. — 512 с.
12. Мурадян Э. М. Истина как проблема судебного права. — М., 2002. — 287 с.
13. Мусин В. А., Чечина Н. А., Чечот Д. М. Гражданский процесс : учебник. — М., 2005. — 544 с.
14. Нехороших А. М., Воронов Е. Н., Кардашова М. В. Гражданское процессуальное право (Общая часть) : учебное пособие. — Курск, 2013. — 248 с.
15. Полянский Н. Н., Строгович М. С., Савицкий В. М., Мельников А. А. Проблемы судебного права. — М., 1983. — 219 с.
16. Скитович В. В. Концепция судебного права: опыт критического переосмысления // Проблемные вопросы гражданского и арбитражного процессов / под ред. Л. Ф. Лесницкой, М. А. Рожковой. — М., 2008. — С. 17—21.
17. Романова Ю. В. Конституционное право граждан Российской Федерации на участие в отправлении правосудия : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — Челябинск, 2005. — 25 с.
18. Сахнова Т. В. Достижимо ли единство цивилистического процесса? (В контексте концепции единого ГПК РФ и Кодекса административного судопроизводства) // Арбитражный и гражданский процесс. — 2015. — № 4. — С. 3—10.
19. Смушкин А. Б., Суркова Т. В., Черникова О. С. Гражданский процесс : учебное пособие. — М., 2007. — 320 с.
20. Тальянина И. А., Румянцева В. Г. К вопросу о судебной практике как источнике российского права // Юридический мир. — 2007. — № 3. — С. 23—28.
21. Тихомиров Ю. А. Административное право и процесс : полный курс. — 2-е изд., доп. и перераб. — М., 2008. — 697 с.
22. Шерстюк В. М. Объединение высших судов // Закон. — 2013. — № 10. — С. 26—38.
23. Щепалов С. В. Природа и характер правоотношений в исполнительном производстве : дис. ... канд. юрид. наук. — М., 2005. — 197 с.
24. Ярков В. В. Объединение высших судов: ожидания и последствия // Закон. — 2014. — № 3. — С. 98—106.

Материал поступил в редакцию 26 октября 2017 г.

THE SYSTEM AND PRINCIPLES OF JUDICIARY LAW

VORONOV Evgeny Nikolaevich — PhD in Law, Associate Professor of the Department of Financial Law, Constitutional, Civil and Administrative Court Proceedings of the Law Faculty at the South-West State University
 envoronov@yandex.ru
 305018, Russia, Kursk, ul. 1-ya Lamonovskaya, d. 1, kv. 56

Abstract. *The paper is devoted to one of the hottest and most debatable problems of the Russian legal science — the study of the problems of constructing judiciary law. The author's analysis of judicial reforms carried in recent years has shown that they are quite chaotic and uncoordinated and are often implemented in the interests of a current political and legal situation. The reason for this is seen in the absence of: first, consistency in their*

preparation and implementation; second, the perception of the judiciary as a unified organization composed of closely interrelated elements; third, a comprehensive approach to the implementation of the judicial legislation reform. In the researcher's opinion, the development of the concept of judiciary law giving an integral picture of the legal regulation of activities of the judiciary in its institutional, law enforcement and lawmaking aspects could help in overcoming this state of affairs.

The author examines the main approaches to understanding judiciary law on the basis of which an attempt is made to define its system. The author has analyzed the works of the following judiciary law experts: I. Ya. Foinitsky, N. N. Polyanskiy, M. S. Strogovich, V. M. Savitsky, A. A. Melnikov, E. M. Muradian, A. P. Guskova, N. G. Muratova, M. N. Marchenko.

In this work the author draws a conclusion that the system of judiciary law can be comprised of three groups of rules combined in general (including mainly provisions on the court system), special (consisting of judicial procedural rules) and specific (regulating the enforcement of judicial instruments) parts. The paper also analyzes some of the problems of reforming legal provisions constituting separate parts of the system of judiciary law.

The foundation of the system of judiciary law, according to the author, should be formed by the principles governing the organization and functioning of the judiciary, namely: the priority of the rights and freedoms of a man and citizen; the principle of separation of powers; the principle of independence of the judiciary; the principle of the unity of the judiciary; the principle of legality; the principle of publicity. The analysis of these principles is also carried out in this work.

Keywords: judiciary law, system of law, principles, judiciary, court system, judicature, justice, enforcement of judicial acts, judicial reform, judicial legislation.

REFERENCES

1. Bakhrakh D. N., Rossinsky B. V., Starilov Yu. N. Administrative Law: A Textbook for Higher Schools. M., 2007. — 816 p
2. Civil Procedure: A Textbook / V.V. Argunov, E. A. Borisova, N. S. Bocharova, etc.; Ed. by M. K. Treushnikov. 5th edition, revised and supplemented. M., 2014. — 960 p.
3. Civil Procedure: A Textbook for Bachelors / S. A. Alekhina, V. V. Blageev, A. T. Bonner, etc.; ed. by V. Blageev, E. E. Uksusova. M., 2015. — 735 p
4. Guskova A. P., Muratova N. G. Judiciary Law: History and Modernity of the Judiciary in Criminal Proceedings. Monograph. M., 2005. — 176 p.
5. Degtyarev S. L. Judicial activities as the source of civil procedural and arbitration procedural law // Russian Law Journal. 2012. No. 3. — P. 173-179.
6. Zhuikov V. M. Theoretical and practical problems of the constitutional right to judicial protection: Abstract of the Doctor's Dissertation. M., 1997. — 51 p.
7. Kistanova O. V. Specialized tribunals: The Experience of Russia and Foreign Countries // the Russian Judge. 2015. No. 2. — P. 9-11.
8. Kozyavin, A. A., Belousov V. M. The Concept and the System of Juvenile Justice Authorities // Bullitein of the South-West State University. Series History and Law. 2015. No. 2. — P. 65-70.
9. Kuzmin A. G. The Legal Standing of the Highest Courts of the Russian Federation as a Source of Russian Law // Russian justice. 2013. No. 6. — P. 47-50.
10. Kurakova N. V. The Place of Enforcement Proceedings in Law // Arbitration and Civil Procedure. 2004. No. 12. — P. 35-39.
11. Marchenko M. N. Judicial lawmaking and judiciary law. M., 2011. — 512 p.
12. Muradyan E. M. The Truth as a Problem of Judiciary Law. M., 2002. — 287 p.
13. Musin V. A., Chechina N. A., Chechot D. M. Civil Procedure. A Textbook. M., 2005. — 544 p
14. Nekhoroshikh A. M., Voronov E. N., Kardashova M. V. Civil Procedure Law (General Part): A Textbook. Kursk, 2013. — 248 p.
15. Polyanskiy N. N., Strogovich M.S., Savitsky V. M., Melnikov A. A. The problems of Judiciary Law. M., 1983. — 219 p.
16. Skitovich V. V. The Concept of Judiciary Law: The experience of critical rethinking // Outstanding Issues of Civil and Arbitration Processes / Ed. by L. F. Lesnitskaya, M. A. Rozhkova. M., 2008. — P. 17-21.



17. *Romanova, Yu. V.* The constitutional right of citizens of the Russian Federation to participate in the administration of justice: Abstract of the PhD Thesis. Chelyabinsk, 2005. — 25 p.
18. *Sahnova T. V.* Is the unity of the civilistic process possible? (In the Context of the Concept of a Unified Code of Civil Procedure of the Russian Federation and the Code of Administrative Procedure) // *Arbitrazh and Civil Procedure*. 2015. No. 4. — P. 3-10.
19. *Smushkin A. B., Surkova T. V., Chernikova O. S.* Civil Procedure: A Textbook. M., 2007. — 320 p.
20. *Talyanina I. A., Rummyantseva V. G.* The Issue Concerning Jurisprudence as a Source of Russian Law // *The Legal world*. 2007. No. 3. — P. 23-28.
21. *Tikhomirov Yu. A.* Administrative Law and Process: A Full Course. 2nd edition, revised and supplemented. M., 2008. — 697 p.
22. *Sherstyuk V. M.* Unification of the Highest Courts // *The Law*. 2013. No. 10. — P. 26-38.
23. *Shchepalov S. V.* The nature and character of legal relations in law enforcement proceedings: The PhD Thesis. M., 2005. — 197 p.
24. *Yarkov V. V.* Unification of the Highest Courts: Expectations and Consequences // *The Law*. 2014. No. 3. — P. 98-106.

СОВЕРШЕНСТВОВАНИЕ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА

Н. Г. Жаворонкова*,
Г. В. Выпханова**

ПРАВОВЫЕ ПРОБЛЕМЫ И НАПРАВЛЕНИЯ СОВЕРШЕНСТВОВАНИЯ ГОСУДАРСТВЕННОГО УПРАВЛЕНИЯ В ОБЛАСТИ ЛЕСНЫХ ОТНОШЕНИЙ¹

Аннотация. Современная система государственного управления в области лесных отношений требует пересмотра существующих и выработки новых теоретико-правовых положений и концептуальных подходов, обеспечивающих достижение баланса экономических и социальных ориентиров лесопользования наряду с сохранением экологического потенциала лесов. В условиях интенсификации использования лесов управленческая деятельность охватывает сложный комплекс общественных отношений, включая не только лесопользование, воспроизводство, охрану и защиту лесов, но также лесной комплекс, в состав которого входят лесное хозяйство и лесопромышленные отрасли экономики по заготовке и переработке древесины. Соответственно, государственное управление в области лесных отношений необходимо рассматривать во взаимосвязи с управлением лесным комплексом.

Аналогичным образом необходимо подходить к пониманию и правовому опосредованию государственной лесной политики, составляющей основу государственного лесопользования. Наряду с использованием, охраной, защитой и воспроизводством лесов в сферу государственной лесной политики необходимо включать лесной комплекс. Такой подход требует совершенствования документов стратегического планирования и других политико-правовых документов, в которых получила объективированное выражение государственная политика в области лесных отношений и лесного комплекса, взаимоувязки и согласования содержащихся в них положений. Институциональная основа государствен-

¹ Статья подготовлена при информационной поддержке СПС «КонсультантПлюс». Исследование выполнено в рамках государственного контракта на оказание услуг по проведению экспертно-аналитических исследований № ГК- 17/17 9 по теме «Совершенствование законодательного регулирования использования лесного фонда России с целью повышения эффективности его включения в хозяйственный оборот (предложения к разработке поправок в Лесной кодекс Российской Федерации)».

© Жаворонкова Н. Г., Выпханова Г. В., 2018

* Жаворонкова Наталья Григорьевна, доктор юридических наук, заведующий кафедрой экологического и природоресурсного права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА)
viphanova@mail.ru
125993, Россия, г. Москва, ул. Садовая-Кудринская, д. 9

** Выпханова Галина Викторовна, доктор юридических наук, профессор кафедры экологического и природоресурсного права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА)
viphanova@mail.ru
125993, Россия, г. Москва, ул. Садовая-Кудринская, д. 9

ной лесной политики также требует применения комплексного подхода при дальнейшем совершенствовании системы управления в указанных областях. Нуждаются в уточнении компетенция и полномочия специально уполномоченных органов государственной власти РФ и субъектов РФ в области лесных отношений и лесного комплекса.

В числе ключевых проблем регионального лесопользования — лесничества и лесопарки, являющиеся основными территориальными единицами управления в области использования, охраны, защиты, воспроизводства лесов. В условиях отсутствия в Лесном кодексе РФ понятий «лесничество» и «лесопарк» субъекты по-разному определяют их правовой статус, включая организационно-правовую форму, структуру, компетенцию и полномочия. Наряду с определением правового статуса лесничеств и лесопарков, правового положения лесничих, необходимо совершенствование деятельности по осуществлению федерального государственного лесного надзора (лесной охраны). Требуется также решение проблем осуществления функций государственного управления в области лесных отношений, таких как лесостроительство, разработка, утверждение и реализация лесных планов, информационное обеспечение лесопользования, лесная сертификация и др. В целях повышения инвестиционной привлекательности использования лесных участков необходимо совершенствование правового обеспечения многоцелевого лесопользования. Эффективность государственного управления в области лесных отношений и лесного комплекса требует совершенствования лесного и смежного (природоресурсного, экологического, налогового и др.) законодательства.

Ключевые слова: государственная лесная политика, управление, лесной комплекс, лесное хозяйство, использование и воспроизводство лесов, охрана и защита лесов, лесной план, многоцелевое лесопользование.

DOI: 10.17803/1729-5920.2018.135.2.078-093

Современное состояние лесопользования, ориентированное на повышение инвестиционной привлекательности лесных ресурсов, интенсификацию их использования наряду с перспективами развития лесного комплекса обуславливают необходимость пересмотра концептуальных подходов к государственному управлению в области лесных отношений. При этом ключевое значение имеет определение его содержания и пределов осуществления. По данным вопросам не только отсутствует единство в доктрине экологического права, но и прослеживаются различные подходы в лесном законодательстве, начиная с применяемой терминологии. Ее вариативность достаточно широка — «государственное управление лесами», «лесным хозяйством», «лесным комплексом», «государственное лесопользование» и т.д. Такой терминологический ряд не способствует единому пониманию государственного управления в данной области ни в доктринальных, ни в легальных источниках.

В науке природоресурсного права, например, государственное управление в области

использования и охраны лесов (управление лесами) определяется как основанная на лесном законодательстве исполнительно-распорядительная деятельность органов государственной власти по организации рационального использования и охраны лесов². Однако в Лесном кодексе РФ управление охватывает всю предметную область регулируемых отношений, включая использование, охрану, защиту, воспроизводство лесов (гл. 10 Кодекса). Причем регулируемые Кодексом отношения по использованию лесов, включая подавляющее большинство видов лесопользования (заготовка древесины, живицы, заготовка и сбор недревесных лесных ресурсов, пищевых лесных ресурсов, лекарственных растений и др.), являются предпринимательской деятельностью, осуществляемой юридическими лицами и индивидуальными предпринимателями, работающими в лесозаготовительной и других отраслях экономики.

Управленческая деятельность тем самым охватывает сложный комплекс общественных отношений, включая не только лесопользова-

² Быковский В. К. Правовые и организационные основы государственного управления лесами : учебник и практикум для СПО. 3-е изд., перераб. и доп. М. : Юрайт, 2016.

ние, воспроизводство, охрану и защиту лесов, но также лесной комплекс, в состав которого входят лесное хозяйство и лесопромышленные отрасли по заготовке и переработке древесины. Как отмечается в научной литературе, с точки зрения управления лесной комплекс представляет собой комплекс двух взаимосвязанных блоков: лесное хозяйство и лесопромышленный комплекс³. Соответственно, государственное управление в области лесных отношений необходимо рассматривать во взаимосвязи с управлением лесным комплексом.

Основу обеспечения государственного управления в этих областях составляет государственная лесная политика, получившая объективированное выражение в политико-правовых документах, включая документы стратегического планирования.

Государственная политика в области лесных отношений определена специальным документом — Основами государственной политики в области использования, охраны, защиты и воспроизводства лесов в Российской Федерации на период до 2030 года, утвержденными распоряжением Правительства РФ от 26 сентября 2013 г. № 1724-р⁴. В числе механизмов и задач реализации государственной политики в области использования, охраны, защиты и воспроизводства лесов указано также повышение эффективности управления лесным сектором.

Наряду с Основами, приказом Министерства промышленности и торговли РФ и Минсельхоза РФ от 31 октября 2008 г. № 248/482 утверждена Стратегия развития лесного комплекса Российской Федерации на период до 2020 года⁵, в которой определены положения государственной политики в области лесного комплекса, занимающего важное место в экономике страны, включающего в свой состав лесное хозяйство и лесопромышленные отрасли по заготовке и переработке древесины. В настоящее время также находится в стадии обсуждения разработанный Министерством промышленности и торговли РФ проект Стратегии развития лесного комплекса Российской Федерации до 2030 года.

На региональном уровне в некоторых субъектах РФ в рамках планирования и программирования разрабатываются и утверждаются такие документы стратегического планирования, как государственные программы в области лесных отношений и лесного комплекса. Например, постановлением Коллегии Администрации Кемеровской области от 8 ноября 2016 г. № 430 (ред. от 23 октября 2017 г.) утверждена государственная программа Кемеровской области «Охрана, защита, воспроизводство, использование лесов и объектов животного мира Кузбасса на 2017—2020 годы»⁶.

В ряде региональных программ происходит подмена целей, задач и мероприятий в области лесного комплекса и лесных отношений (по обеспечению рационального использования, воспроизводства, охраны и защиты лесов). Так, государственная программа Архангельской области «Развитие лесного комплекса Архангельской области (2014—2020 годы)», утвержденная постановлением Правительства Архангельской области от 8 октября 2013 г. № 459-п (ред. от 13 октября 2017 г.), включает подпрограммы «Обеспечение использования лесов», «Воспроизводство лесов» и «Охрана и защита лесов».

Вместе с тем указанные политико-правовые и программные документы, несмотря на внутреннюю противоречивость, тем не менее находятся в тесной взаимосвязи. Это обусловлено правовым регулированием лесных отношений и осуществлением государственной политики, исходя из понятия леса как экологической системы и природного ресурса. С одной стороны, государственная лесная политика является составной частью политики по сохранению биосферы и биоразнообразия как самой главной основы существования леса. С другой стороны, лес как природный ресурс вовлечен в лесопромышленные отрасли экономики, эффективное развитие которых требует обеспечения рационального лесопользования, восстановления, охраны и защиты лесов. Соответственно, и в Основах государственной политики, и в Стратегии, и в Лесном кодексе РФ содержатся такие формулировки, как создание условий для по-

³ Колесник В. Г., Сиянтуллина Л. Х. Система государственного управления лесным комплексом: текущая ситуация и основные проблемы // Вопросы государственного и муниципального управления. 2017. № 1. С. 130.

⁴ СЗ РФ. 2013. № 40 (ч. 3). Ст. 5096.

⁵ СПС «КонсультантПлюс». Документ опубликован не был.

⁶ Официальный интернет-портал правовой информации. URL: <http://www.pravo.gov.ru> (дата обращения: 10 ноября 2016 г.).

вышения эффективности охраны, защиты, воспроизводства, а также рационального многоцелевого и неистощительного использования лесов при сохранении их экологических функций и биологического разнообразия; повышение эффективности управления лесами как основа устойчивого развития лесного сектора экономики.

В условиях изменения общей модели управления природопользованием, направленной на интенсификацию не только использования, но и восстановления лесов и других природных ресурсов, сохранение и повышение их ресурсно-экологического потенциала, обеспечение устойчивого природопользования, соответствующего принципам экономической, экологической и социальной устойчивости, возникает необходимость расширенного понимания государственной лесной политики. Наряду с использованием, охраной, защитой и воспроизводством лесов, в сферу государственной лесной политики необходимо включать развитие лесного комплекса.

Усиление негативного воздействия хозяйственной деятельности на окружающую среду требуют применения при формировании государственной лесной политики, а также государственного управления в области лесных отношений и лесного комплекса не только ресурсного, но и экологоориентированного подхода, обеспечивающего восстановление, воспроизводство, охрану и защиту лесов, учет их экологического потенциала. Важный аспект для защиты и воспроизводства лесных ресурсов — это понимание естественной динамики лесной экосистемы, которая тесно связана с динамикой многообразия видов и генетическим разнообразием.

Институциональные рамки являются важным элементом государственной лесной политики. На современном этапе ее реализации актуализируются роль и значение институтов развития территорий, повышения качества лесов, лесовосстановления, потребления. Институты создаются как свод правил, как органы и как процедуры долговременного развития, призванные обеспечить выполнение всех принятых основ лесной политики и стратегии лесопользования.

Кроме того, эффективность формирования, совершенствования и реализации госу-

дарственного управления в области лесных отношений и лесного комплекса во многом определяется согласованностью положений государственной лесной политики, содержащихся в политико-правовых актах с лесным и смежным (природоресурсным, экологическим, налоговым и др.) законодательством, а также со всеми документами стратегического планирования.

Несмотря на последние существенные изменения лесного законодательства РФ, продолжают сохраняться проблемы, снижающие эффективность государственного управления в области лесных отношений и лесного комплекса. В их числе следует выделить:

- отсутствие согласованной лесной политики России, включающей лесные отношения и лесной комплекс;
- нестабильность правового регулирования лесных отношений и системы органов государственного управления в сфере использования, воспроизводства, охраны и защиты лесов, в связи их неоднократным реформированием. Постоянные преобразования приводят к перераспределению управленческих функций и полномочий между исполнительными органами власти и не способствуют стабильности системы управления в области лесных отношений.

Действующее лесное законодательство предусматривает децентрализацию управления лесами и делегирование значительной части полномочий в области лесных отношений субъектам РФ, что является отражением модернизации экологического управления⁷. В частности, органам исполнительной власти субъектов РФ за счет субвенций из федерального бюджета были переданы полномочия по разработке и утверждению лесных планов субъектов РФ, лесохозяйственных регламентов; проведению государственной экспертизы проектов освоения лесов; предоставлению в пределах земель лесного фонда лесных участков на различных правах, а также заключению договоров купли-продажи лесных насаждений (в том числе организации и проведению соответствующих аукционов); выдаче разрешений на выполнение работ по геологическому изучению недр на землях лесного фонда; организации использования лесов, их охраны, защиты, воспроизводства на землях

⁷ Жаворонкова Н. Г., Агафонов В. Б. Правовые проблемы модернизации экологического управления // Вестник Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА). 2016. № 1 (17). С. 20—37.

лесного фонда и обеспечению охраны, защиты, воспроизводства лесов (в том числе созданию и эксплуатации лесных дорог, предназначенных для охраны, защиты и воспроизводства лесов) на указанных землях; ведению государственного лесного реестра в отношении лесов, расположенных в границах территории субъекта РФ; осуществлению государственного лесного контроля и надзора, включая установление перечня должностных лиц, его осуществляющих и др.

При этом леса остаются в федеральной собственности. Вместе с тем субъекты РФ получили право формировать свою региональную лесную политику, предоставлять в пользование лесные участки, организовывать большую часть работ по использованию, охране, защите и воспроизводству лесов. За федеральным центром были сохранены функции законодательного и значительная часть нормотворческой функции, как государственная инвентаризация лесов, лесной мониторинг и лесное семеноводство.

Федеральный уровень управления лесами представлен Федеральным агентством лесного хозяйства (Рослесхозом) и его региональными структурами — департаментами лесного хозяйства в семи федеральных округах страны. Так, Департамент лесного хозяйства по Дальневосточному федеральному округу является территориальным органом Федерального агентства лесного хозяйства межрегионального уровня, осуществляет функции по реализации государственной политики, оказанию государственных услуг и управлению государственным имуществом в сфере лесного хозяйства на территории Дальневосточного федерального округа. Отдельные специализированные задачи решаются подведомственными организациями — федеральными государственными учреждениями, такими как ФГБУ «Рослесинфорг», ФБУ «Авиалесоохраны», ФБУ «Российский центр защиты леса» (ФБУ «Рослесозащита»), ФГКУ «Рослесресурс», ФБУ «Российский музей леса», отраслевыми научно-исследовательскими и образовательными учреждениями.

Несмотря на устоявшуюся в течение пятилетнего периода управленческую деятельность Рослесхоза, в научной литературе и среди специалистов неоднократно обсуждался

вопрос о правовом статусе федеральных органов государственного управления в сфере лесных отношений. При многочисленных спорах исследователи в области лесоводства и лесного права обосновывают необходимость существования самостоятельного центрального государственного органа управления лесами, возглавляющего разветвленную систему подчиненных ему территориальных органов и организаций. Основной целью такого государственного органа должно быть эффективное управление лесными ресурсами, тогда как иные природные ресурсы должны находиться в ведении иных государственных структур. Наряду с этим, в последнее время высказываются предложения о совершенствовании государственного управления лесным комплексом. Как отмечалось в докладе на Всероссийском совещании «Основные итоги работы лесного хозяйства Российской Федерации в 2015 году и задачи на 2016 год», прошедшем в Министерстве природных ресурсов и экологии РФ 14 апреля 2016 г. на тему «Комплексное освоение лесов: проблемы, задачи, пути решения»⁸, достижение амбициозной цели позитивных экономических преобразований в лесном комплексе тесно связано с совершенствованием лесопромышленного управления. В этой связи предлагается концентрация функций по управлению лесным хозяйством и лесной промышленностью в одном федеральном государственном органе (предпочтительно создание Министерства лесного комплекса РФ). В таком случае упрощается задача интеграции региональных стратегий развития лесного комплекса в федеральную Стратегию освоения лесов и развития лесного комплекса и их взаимоувязки, в том числе по целевым показателям и индикаторам.

Предложение о создании Министерства лесного комплекса РФ актуально в части федерального уровня государственного управления лесным комплексом. В настоящее время Министерство промышленности и торговли РФ (Минпромторг России) является федеральным органом исполнительной власти, осуществляющим функции по оказанию государственных услуг, управлению государственным имуществом в сфере лесной, целлюлозно-бумажной и деревообрабатывающей промышленности. Однако Министерство не наделено специальными полномочиями в области развития лесного комплекса.

⁸ URL: <http://www.rosleshoz.gov.ru/media/actions/201> (дата обращения: 29 ноября 2017 г.).

Аналогичные министерства созданы в некоторых субъектах РФ. Например, в Иркутской области постановлением областного Правительства от 31 марта 2016 г. № 178-пп (ред. от 14 июля 2017 г.) утверждено Положение о Министерстве лесного комплекса Иркутской области⁹, а приказом Министерства лесного комплекса Иркутской области от 6 октября 2017 г. № 90-мпр утверждены Положения о территориальных управлениях Министерства лесного комплекса Иркутской области¹⁰. В отличие от федерального уровня, Министерство осуществляет управленческие функции в сфере лесного хозяйства (в том числе утверждение лесного плана, организация использования лесов и их охраны и т.д.) и в области лесопромышленного комплекса, включая содействие развитию лесоперерабатывающего комплекса, контроль за реализацией приоритетных инвестиционных проектов по освоению лесов и др.

Что касается Министерства природных ресурсов и экологии РФ (Минприроды России), то оно является федеральным органом исполнительной власти, осуществляющим функции по выработке государственной политики и нормативно-правовому регулированию в сфере изучения, использования, воспроизводства и охраны природных ресурсов, включая леса. Нахождение в ведении данного Министерства Рослесхоза является обоснованным, поскольку концентрация управленческих функций в федеральном органе исполнительной власти, осуществляющем выработку государственной политики и правовое регулирование основных природоресурсных отношений (кроме земельных) соответствует комплексному подходу, который позволяет обеспечивать рациональное использование и охрану природных ресурсов.

Совершенствование системы органов исполнительной власти на федеральном уровне должно быть направлено на достижение поставленных в документах стратегического планирования целей обеспечения устойчивого лесопромышленного развития использования, охраны, защиты и воспроизводства лесов, обеспечивающих опережающий рост лесного сектора экономики, социальную и экологическую безопасность страны, безусловное выполнение междуна-

родных обязательств Российской Федерации в части лесов. Это будет способствовать реализации на системной основе государственной политики в области лесных отношений (использования, воспроизводства, охраны и защиты лесов) и лесного комплекса, включающего лесное хозяйство и лесопромышленные отрасли российской экономики.

В субъектах РФ сформирована новая система государственного управления в области лесных отношений, но она не лишена недостатков. В регионах созданы территориальные органы лесного хозяйства. На базе ранее действовавших лесхозов образованы лесничества и лесопарки, которые имеют различную организационно-правовую форму. Для осуществления переданных органам исполнительной власти субъектов РФ полномочий в области лесного хозяйства из федерального бюджета предусмотрено выделение субвенций, размер которых является стабильным, но фактическое предоставление средств остается ниже запланированных сумм.

Так, в соответствии с Федеральным законом от 14 декабря 2015 г. № 359-ФЗ «О федеральном бюджете на 2016 год»¹¹ органам исполнительной власти субъектов РФ предусмотрены субвенции в размере 28,9 млрд руб., из них 4 173,5 млн руб. — на охрану лесов от пожаров. Однако дефицит средств составляет порядка 700 млн руб.

Эффективность государственного управления в области лесных отношений и лесного комплекса во многом зависит от регионального уровня, который представлен либо трехуровневой, либо четырехуровневой системами управления.

Трехуровневая система управления состоит из правительства (администрации) субъекта РФ; министерства лесного комплекса, комитетов по лесу или лесному хозяйству, департамента по лесному хозяйству, агентств по лесам, государственной лесной службы; лесничеств и лесопарков.

Четырехуровневая система управления состоит из правительства (администрации) субъекта РФ; министерства природных ресурсов и охраны окружающей среды, министерства сельского хозяйства, комитетов по охране

⁹ Областная газета. 06.04.2016. № 35.

¹⁰ Областная газета. 13.10.2017. № 115.

¹¹ Официальный интернет-портал правовой информации. URL: <http://www.pravo.gov.ru> (дата обращения: 15 декабря 2015 г.).

окружающей среды, департамента природных ресурсов; департамента лесного хозяйства, управления лесного хозяйства, отделов лесного хозяйства; лесничеств и лесопарков.

Как показывает анализ регионального опыта, реорганизация управления в области лесных отношений в соответствии с новым Лесным кодексом РФ проведена недостаточно эффективно, что привело к ряду проблем:

- организация региональных органов управления в данной области проходила нескоординированно, создано большое многообразие форм органов лесопользования в регионах, что не способствует их эффективной работе;
- на федеральном уровне не разработаны соответствующие нормативные акты, регламентирующие обязанности лесничих в пределах всей территории страны. Они должны организовывать работу по лесному хозяйству и лесопользованию, организовывать и проводить первичные мероприятия по профилактике и тушению лесных пожаров, вести государственный лесной реестр, осуществлять другие функции, которые реализуются недостаточно эффективно;
- отсутствует в системе лесопользования многих регионов структура, обеспечивающая выполнение всех видов лесохозяйственных работ в соответствии с действующим законодательством;
- отсутствует определенность с нормативами численности работников лесничеств и участковых лесничеств, исходя из целевого назначения лесов, интенсивности их использования, пожарной опасности. Существуют определенные диспропорции в соотношении численности лесничеств и участковых лесничеств с численностью территориальных органов лесопользования в соответствующих регионах.

Большинство недостатков касается создания, организации деятельности и финансирования лесничеств и лесопарков, которые, согласно п. 1 ст. 23 Лесного кодекса РФ, являются основными территориальными единицами управления в области использования, охраны, защиты, воспроизводства лесов.

В части лесничеств и лесопарков отсутствуют актуальные сведения. По имеющимся дан-

ными, до 2007 г. ведение лесного хозяйства на землях лесного фонда обеспечивали 1 760 лесхозов, в составе которых было организовано 7 740 лесничеств численностью более 180 тыс. человек, в том числе 45,3 тыс. специалистов и 135,7 тыс. лесников и рабочих. По данным Рослесхоза, приведенным в докладе «Основные итоги работы лесного хозяйства Российской Федерации в 2010 году и задачах на 2011 год», указано число лесничеств (лесопарков по различным правовым формам) 1 473 шт. В докладе Рослесхоза «О задачах по совершенствованию финансовых и экономических механизмов государственного управления лесами» (14 февраля 2011 г.) указано лесничеств — 1 483, лесопарков — 2, участковых лесничеств 7 547¹². Для оценки состояния и определения перспектив регионального управления в области лесных отношений необходимы актуальные сведения об органах исполнительной власти субъектов РФ, включая лесничества, лесопарки и участковые лесничества.

Существенным недостатком, снижающим эффективность государственного лесопользования на региональном уровне, является отсутствие в Лесном кодексе РФ понятия лесничества и лесопарка, что создает проблему толкования норм лесного законодательства. С включением в Лесной кодекс РФ лесничеств и лесопарков перестали рассматриваться лесхозы как единицы управления в области использования, охраны, защиты, воспроизводства лесов. В соответствии со ст. 11 Федерального закона от 2 декабря 2006 г. № 201-ФЗ «О введении в действие Лесного кодекса Российской Федерации»¹³ до 1 января 2008 г. лесхозы подлежали преобразованию в соответствии с гражданским законодательством либо в хозяйственные общества, либо в хозяйственные товарищества, либо в производственные кооперативы. Такое преобразование происходило в ограниченное время (2007 г.) и в условиях неудовлетворительной нормативной правовой базы, определяющей правовой статус органов управления лесами как непосредственно в субъектах РФ, так и в лесничествах и лесопарках.

Субъекты РФ по-разному подошли к формированию органов управления лесами на региональном уровне. В большинстве субъ-

¹² URL: http://www.rosleshoz.gov.ru/media/appearance/57/Maslyakov_V.N._Sankt-Peterburg.pdf (дата обращения: 28 ноября 2017 г.).

¹³ СЗ РФ. 2006. № 50. Ст. 5279.

ектов РФ созданы органы государственного управления лесами, именуемые министерством лесного хозяйства, департаментом лесного хозяйства, агентством лесного хозяйства, ставшие учредителями государственных коммерческих структур, осуществляющих ведение лесного хозяйства (унитарных предприятий, автономных учреждений), что ставит под сомнение целесообразность реорганизации лесхозов с последующим разделением их деятельности на государственное и хозяйственное управление лесами. Все это сделано вопреки положениям ст. 83 Лесного кодекса РФ, обязавшей создать орган исполнительной власти субъекта РФ в сфере лесных отношений исключительно для исполнения переданных полномочий, не возлагая на него таких обязанностей, как управление лесной промышленностью.

Большим разнообразием характеризуются принятые субъектами РФ решения о правовом статусе лесничеств, их структуре и численности работающих. В целом система государственного управления лесами в различных российских регионах значительно различается, а статус лесничеств не определен. Региональные власти стремятся сделать их бюджетными учреждениями, способными зарабатывать средства на свое содержание, но в таком случае юридически они не имеют права осуществлять переданные полномочия в области лесных отношений. На сегодняшний день не соответствует требованиям действующего законодательства правовой статус примерно 67 % лесничеств.

Основными организационно-правовыми формами лесничеств в субъектах РФ стали:

- лесничество — территориальный орган органа государственной власти субъекта РФ;
- лесничество — государственное казенное учреждение субъекта РФ;
- лесничество — филиал головного государственного казенного учреждения субъекта РФ.

Так, согласно данным Рослесхоза, приведенным в докладе «Основные итоги работы лесного хозяйства Российской Федерации в 2010 году и задачах на 2011 год», лесничествами являются:

- государственные учреждения — 50 %;
- филиалы государственных учреждений — 17 %;
- структурные подразделения государственных органов — 27 %;
- территориальные органы — 6 %¹⁴.

При этом правовой статус государственного учреждения, созданного субъектом РФ, определяется законодательством — Федеральными законами от 12 января 1996 г. № 7-ФЗ «О некоммерческих организациях»¹⁵, от 3 ноября 2006 г. № 174-ФЗ «Об автономных учреждениях»¹⁶. Субъектами РФ создаются бюджетные учреждения, автономные учреждения, казенные учреждения для выполнения государственных работ, оказания государственных услуг. При этом автономное учреждение и бюджетное учреждение не вправе исполнять государственные функции, за исключением случаев, прямо установленных федеральными законами. Для исполнения государственных функций создаются только казенные учреждения.

На практике эти положения законодательства в части определения правового статуса лесничеств не выполняются. Так, в Свердловской области лесничества являются бюджетными государственными учреждениями, подведомственными Департаменту лесного хозяйства Свердловской области¹⁷. В Республике Крым созданы подведомственные Министерству экологии и природных ресурсов Республики Крым одно государственное казенное учреждение Республики Крым «Северо-западное объединенное лесничество»), а также государственные автономные учреждения Республики Крым: «Бахчисарайское лесное хозяйство», «Белогорское лесное хозяйство», «Евпаторийское лесное

¹⁴ URL: http://www.rosleshoz.gov.ru/media/appearance/57/Maslyakov_V.N._Sankt-Peterburg.pdf (дата обращения: 28 ноября 2017 г.).

¹⁵ СЗ РФ. 1996. № 3. Ст. 145.

¹⁶ СЗ РФ. 2006. № 45. Ст. 4626.

¹⁷ Постановление Правительства Свердловской области от 27 октября 2011 г. № 1483-ПП «О создании государственных казенных учреждений Свердловской области в области лесных отношений (лесничеств) путем изменения типа государственных бюджетных учреждений Свердловской области в области лесных отношений (лесничеств)» // Собрание законодательства Свердловской области. 2011. № 10-3. Ст. 1759.

хозяйство», «Куйбышевское лесное хозяйство»)¹⁸.

В некоторых субъектах РФ принимаются меры по приведению статуса лесничеств в соответствие с гражданским законодательством. Так, постановлением Администрации Костромской области от 28 ноября 2011 г. № 453-а «О создании областных государственных казенных учреждений путем изменения типа существующих государственных бюджетных учреждений»¹⁹ изменен правовой статус лесничеств Костромской области с областных государственных учреждений на областные казенные учреждения и утверждена предельная штатная численность каждого лесничества.

В некоторых регионах организационно-правовая форма лесничеств требует приведения в соответствие с нормами гражданского законодательства РФ. Так, постановлением Правительства Санкт-Петербурга от 13 ноября 2006 г. № 1365 (ред. от 23 мая 2007 г.)²⁰ государственное унитарное предприятие «Лесопарковая зона Санкт-Петербурга» реорганизовано в Санкт-Петербургское государственное учреждение «Лесопарковая зона Санкт-Петербурга», предметом деятельности которого является выполнение лесопарковых и лесохозяйственных работ. Однако п. 1 ст. 123.22 Гражданского кодекса РФ (в ред. от 5 мая 2014 г.) предусмотрено создание государственных или муниципальных учреждений в форме казенных, бюджетных или автономных учреждений. Аналогичная норма содержится в п. 2 ст. 9.1 Федерального закона «О некоммерческих организациях».

Лучшим решением, исходя из опыта управления лесами в зарубежных странах, должна была стать организация деятельности лесничеств в статусе территориальных органов, что создаст возможность включить управление лесами в государственную гражданскую службу. Такой правовой статус получили лесничества в менее чем 30 % субъектов РФ, в остальных субъектах лесничества осуществляют государственное управление лесами либо в статусе учреждений, которые Федеральный закон от 10 мая 2010 г. № 83-ФЗ «О внесении измене-

ний в отдельные законодательные акты Российской Федерации в связи с совершенствованием правового положения государственных (муниципальных) учреждений»²¹ перевел с 2011 г. в правовую форму «казенные», либо в статусе филиалов головного учреждения.

При организации государственного управления в области лесных отношений на уровне субъекта РФ необходимо учесть следующее: лесничества как территориальные единицы управления должны быть созданы в административно-правовом статусе государственного органа исполнительной власти субъекта РФ (территориальных государственных органов исполнительной власти субъекта РФ или структурных подразделений государственного органа исполнительной власти субъекта РФ) в соответствии с его административно-территориальным делением.

Наиболее предпочтительной представляется система государственного управления лесами, соответствующая схеме:

Правительство РФ → отраслевое министерство на федеральном уровне; правительства регионов → отраслевые министерства в регионах → лесничества → участковые лесничества на региональном уровне.

Необходимо также отметить отсутствие на федеральном уровне базового нормативного правового акта, определяющего общее количество лесничеств и лесопарков (количество лесничеств, лесопарков, их границы должны устанавливаться уполномоченным федеральным органом исполнительной власти (п. 2 ст. 23 Лесного кодекса РФ), однако данный документ до настоящего времени не принят), что существенно препятствует процедуре образования лесных участков, поскольку, согласно п. 5 ст. 23 Лесного кодекса РФ, земли лесного фонда состоят из лесничеств и лесопарков. Это, в свою очередь, делает невозможным проведение процедуры государственного кадастрового учета лесных участков и дальнейшее предоставление лесных участков в пользование заинтересованным лицам.

Существуют проблемы и в отношении компетенции лесничеств, в том числе в части ре-

¹⁸ Распоряжение Совета министров Республики Крым от 20 декабря 2016 г. № 1583-р «Об отнесении к ведению Министерства экологии и природных ресурсов Республики Крым учреждений в области лесного и охотничьего хозяйства» // СПС «КонсультантПлюс». Документ опубликован не был.

¹⁹ СП — нормативные документы. 02.12.2011. № 49.

²⁰ Вестник Администрации Санкт-Петербурга. 20.12.2006. № 12.

²¹ СЗ РФ. 2010. № 19. Ст. 2291.

ализации ими полномочий, связанных с осуществлением контрольно-надзорной функции. Так, распоряжением Совета министров Республики Крым от 11 ноября 2014 г. № 1166-р «О создании государственных казенных учреждений Республики Крым в области лесных отношений»²² определено, что основными целями деятельности лесничеств в организационно-правовой форме государственное казенное учреждение Республики Крым является исполнение государственных функций по осуществлению федерального государственного лесного надзора (лесной охраны) и федерального государственного пожарного надзора за использованием, охраной и защитой лесов, расположенных в границах лесничеств на территории Республики Крым, а также обеспечению реализации лесохозяйственных регламентов в лесничествах на территории Республики Крым.

Согласно Положению о федеральном государственном пожарном надзоре в лесах, утвержденному постановлением Правительства РФ от 5 июня 2013 г. № 476 (ред. от 27 сентября 2017 г.) «О вопросах государственного контроля (надзора) и признании утратившими силу некоторых актов Правительства Российской Федерации»²³, государственный надзор осуществляют, наряду с Рослесхозом и его территориальными органами и подведомственными ему государственными учреждениями, Росприроднадзором и его территориальными органами и природоохранными учреждениями, также уполномоченные органы исполнительной власти субъектов РФ, которым переданы полномочия Российской Федерации по осуществлению федерального государственного лесного надзора (лесной охраны) в пределах полномочий указанных органов, определенных в соответствии с ч. 1 ст. 83 Лесного кодекса РФ, а также подведомственные указанным органам государственные учреждения.

При реализации контрольно-надзорных и других полномочий лесничествами возникает вопрос о правовом статусе лесничих. В условиях отсутствия на федеральном уровне нормативного правового акта, определяющего их правовой статус, субъекты РФ восполняют этот пробел, реализуя при этом разные подходы.

Так, постановлением Администрации Приморского края от 19 мая 2010 г. № 182-па (ред. от 27 февраля 2015 г.)²⁴ утвержден Порядок деятельности лесничих на территории Приморского края при обеспечении ими реализации лесохозяйственных регламентов в лесничествах, расположенных на землях лесного фонда и на лесных участках, находящихся в собственности Приморского края. Лесничих, являясь работниками краевого государственного казенного учреждения «Приморское лесничество», наделены рядом полномочий, обеспечивающих решение задач многоцелевого, рационального, непрерывного, неистощительного использования лесов; воспроизводства лесов, улучшения их качества, а также повышения продуктивности лесов; сохранения средообразующих, водоохраных, защитных, санитарно-гигиенических, оздоровительных и иных полезных функций лесов; сохранения биологического разнообразия лесов, повышения их потенциала; охраны и защиты лесов. Наряду с этим, Порядком определена задача осуществления федерального государственного лесного надзора (лесной охраны), федерального государственного пожарного надзора в лесах в порядке, установленном федеральным законодательством. В данном случае определено полномочие, а не задача лесничих. Для реализации надзорной функции в п. 3.9 предусмотрено полномочие по осуществлению на землях лесного фонда федерального государственного лесного надзора (лесной охраны), федерального государственного пожарного надзора в лесах, за исключением осуществления федерального государственного лесного надзора (лесной охраны), федерального государственного пожарного надзора в лесах, расположенных на землях обороны и безопасности, землях особо охраняемых природных территорий федерального значения.

В Положении о порядке деятельности лесничих государственных казенных учреждений — лесничеств, расположенных на территории Кабардино-Балкарской Республики, утвержденном постановлением Правительства Кабардино-Балкарской Республики от 6 июня 2011 г. № 161-ПП (ред. от 26 апреля 2012 г.)²⁵ определен статус лесничего, который по должности

²² СПС «КонсультантПлюс». Документ опубликован не был.

²³ СЗ РФ. 2013. № 24. Ст. 2999.

²⁴ Приморская газета. 25.05.2010. № 42 (433).

²⁵ Официальная Кабардино-Балкария. 24.06.2011. № 25.

является государственным инспектором по обеспечению федерального государственного лесного надзора (лесная охрана), федерального государственного пожарного надзора в лесах в соответствующем государственном казенном учреждении — лесничестве, подведомственном Государственному комитету Кабардино-Балкарской Республики по лесному хозяйству. Однако в полномочиях лесничего указаны государственный лесной контроль и надзор за соблюдением требований лесохозяйственного регламента и качеством лесохозяйственных работ.

В других регионах правовой статус лесничеств содержится в уставах, типовых уставах лесничеств, а также уставах управления лесничествами, в которых по-разному определяются предмет, цели, задачи, виды деятельности.

Такое положение не позволяет в полной мере обеспечить достижение основного назначения лесничеств — реализация переданных полномочий в области лесных отношений, переданных субъектам РФ на основании п. 1 ст. 83 Лесного кодекса РФ.

Приведенные примеры опыта субъектов РФ по правовому обеспечению организации и осуществлению государственного управления в области использования, воспроизводства, охраны и защиты лесов не способствуют системному государственному лесному управлению на федеральном и региональном уровнях.

Отсутствуют единые подходы и к определению правового статуса работников лесничеств. От организационно-правовой формы, в которой создано лесничество, зависит правовое положение специалистов (сотрудников) лесничеств. В лесничествах, являющихся структурными подразделениями органов государственной власти субъектов РФ в области лесных отношений, работники лесничеств, как правило, являются государственными гражданскими служащими субъекта РФ, в лесничествах, являющихся государственными казенными учреждениями, работники лесничеств к категории государственных гражданских служащих не отнесены. По действующему законодательству, работники лесничеств, не отнесенные к категории государственных гражданских служащих, имеют право осуществлять и реализовывать отдельные государственные функции в сфере лесных отношений, но не имеют права осуществлять переданные полномочия в области лесных отношений.

Наряду с определением правового статуса лесничеств и лесопарков, правового положе-

ния лесничих необходимо совершенствование деятельности по осуществлению федерального государственного лесного надзора (лесной охраны).

Организация структуры органов исполнительной власти по государственному лесопользованию на уровне субъекта РФ и районном (межрайонном) уровне, основанная на делегировании отдельных функций и полномочий государственного управления в области лесных отношений, перечень функций и полномочий определяется с учетом того, какой уровень управления приближен к реализации функции. Обязательными условиями ее осуществления являются единство целей и непротиворечивость задач, реализуемых органами исполнительной власти по государственному управлению использованием, воспроизводством, охраной и защитой лесов.

Эффективность государственного управления в области лесных отношений определяется выполнением следующих принципов, обеспечивающих достижение стратегической цели устойчивого управления лесами: равновесие экологических, экономических и социальных целей; экономическая ответственность субъектов лесных отношений в соответствии с предоставленными им полномочиями и правами; экономическая заинтересованность всех субъектов лесных отношений в реализации стратегии устойчивого управления лесами.

Необходимо также решение проблем осуществления функций государственного управления в области лесных отношений. Во-первых, с точки зрения дальнейшего совершенствования управления следует четко разграничить компетенцию федеральных и региональных органов по следующему принципу. На федеральном уровне осуществляются: выработка политики развития лесного комплекса; правовое регулирование в лесном комплексе; контроль за исполнением полномочий, переданных субъектам РФ; межрегиональное управление охраной лесов от пожаров; государственная инвентаризация лесов; обеспечение кадастрового учета лесных участков; мониторинг организации лесопользования, лесопожарный и лесопатологический мониторинг, мониторинг радиационной обстановки в лесах; организация лесного семеноводства; формирование лесного реестра на федеральном уровне; координация деятельности региональных управлений лесами в составе органов исполнительной власти субъектов РФ; оптими-

зация лесной науки и лесного образования; выполнение международных обязательств Российской Федерации по лесам; организация межрегионального взаимодействия при возникновении чрезвычайных ситуаций в лесах.

Во-вторых, в рамках государственной лесной политики необходимо осуществить комплекс мер по совершенствованию функциональной структуры управления лесами путем реализации замкнутого цикла управления (включающего анализ, планирование, контроль реализации лесных планов и их корректировку), осуществляемого на различных уровнях управления лесами (федеральном, региональном, местном), обеспечения оценки управления лесами в субъектах РФ на соответствие международно признанным принципам и критериям. А это возможно только при принятии соответствующих управленческих инноваций.

Важным элементом государственного управления лесами является организация проведения лесоустройства. В настоящее время около 40 % лесов имеют давность лесоустройства более 10 лет, а на площади более 3 млн га лесов, находившихся ранее во владении сельскохозяйственных организаций, лесоустройство вообще не проводилось. Эти и другие положения не потеряли своей актуальности. Устройство лесов на участках лесного фонда, находящихся в федеральной собственности, должно осуществляться по заказам федеральных и региональных органов государственной власти, под государственным контролем и за счет средств бюджета Российской Федерации.

Представляется целесообразным вернуться к прежнему порядку лесоустройства. Объектом лесоустройства (включая таксацию лесов и проектирование мероприятий по охране, защите и воспроизводству лесов) должно быть лесничество (как территориальная единица управления лесами и ведения государственного лесного реестра) или лесной участок. В этом случае материалы лесоустройства будут направляться на получение точной и объективной оценки эксплуатационных запасов насаждений при планировании освоения лесных ресурсов в рамках реализации приоритетных инвестиционных проектов, при выставлении лесных участков на аукционы по продаже права на заключение договора аренды, при уточнении расчета ежегодно возможного размера

отпуска древесины на арендованных лесных участках.

Вне арендованных лесных участков первоочередному устройству подлежат лесные участки с высокой природной пожарной опасностью, неблагоприятной лесопатологической ситуацией, интенсивным лесокультурным производством, требующие квалифицированных лесопроектных решений по назначению комплекса мероприятий по охране и защите лесов, воспроизводству лесов, в том числе уходу за лесами. Лесоустройство должно проводиться только государственными организациями.

Важное значение в обеспечении эффективного государственного управления в области лесных отношений имеет осуществление субъектами РФ переданных полномочий по разработке и утверждению лесных планов субъектов РФ. Лесные планы субъектов РФ, разрабатываемые в соответствии с Лесным кодексом РФ и иными нормативными правовыми актами, должны исходить и увязываться с Основами лесной политики, Стратегией развития лесного комплекса Российской Федерации. Тем самым они приобретают статус документов оперативного лесоуправления на региональном уровне. Как следует из типовой формы и состава лесного плана субъекта Российской Федерации, порядка его подготовки, утвержденных приказом Рослесхоза от 5 октября 2011 г. № 423²⁶, лесные планы содержат сведения о состоянии и изменении состояния лесов, об их целевом назначении по лесничествам, лесопаркам, о лесорастительных зонах и лесных районах, распределении лесов по зонам планируемого освоения, планируемом развитии лесозаготовительного и иного производства, использующего древесину, другие количественные и качественные характеристики и целевые показатели, необходимые для обеспечения рационального использования, воспроизводства, охраны и защиты лесов, развития лесного комплекса.

В субъектах РФ лесные планы были разработаны и утверждены в основном в период с 2008 по 2012 г., в том числе и на определенный период. Например, распоряжением губернатора Приморского края от 10 марта 2009 г. № 45-пр (ред. от 10 октября 2016 г.) утвержден Лесной план Приморского края на 2009—2018 годы²⁷. Однако, как показывает анализ опыта

²⁶ Бюллетень нормативных актов федеральных органов исполнительной власти. 2012. № 9.

²⁷ СПС «КонсультантПлюс». Документ опубликован не был.

разработки лесных планов, многие из них не соответствуют требованиям, указанным в типовой форме. В настоящее время возникает необходимость актуализации лесных планов субъектов РФ, базирующихся на основных положениях современной государственной лесной политики РФ и соответствующего региона, согласованных с документами стратегического планирования, а также учитывающих последние изменения лесного законодательства. Поэтому существует потребность создания государственного центра по лесному планированию и прогнозированию.

Включение в лесное планирование принятых на международном уровне критериев и индикаторов обеспечит возможность оценки лесохозяйственной деятельности с учетом стандартов качества ведения лесного хозяйства, принятых в мировой практике. До сих пор остаются неурегулированными проблемы совместимости и сопоставимости данных государственного лесного реестра и Единого государственного реестра недвижимости. Здесь имеется необходимость совершенствования законодательного регулирования лесостроительства, кадастровой деятельности и кадастрового учета применительно к лесным участкам²⁸. Итогом такой планомерной работы должна стать разработка региональных документов стратегического планирования освоения лесов (в том числе путем трансформации лесных планов субъектов РФ в региональные стратегии развития лесного комплекса), содержащих количественные индикаторы эффективности лесохозяйственной деятельности.

В целях информационного обеспечения лесного планирования и управления лесами также необходимо создание единой информационной системы, объединяющей данные периодической статистической и бюджетной отчетности, государственного лесного реестра, государственной инвентаризации лесов, лесостроительства, лесопожарного и лесопатологического мониторинга, мониторинга лесопользования.

При осуществлении государственного управления в области лесных отношений в целях обеспечения устойчивого лесопользования должны быть уточнены параметры рубок леса с учетом зонирования территорий по их экологической значимости и биологического

разнообразия лесов. Особое внимание должно быть обращено на пригородные природоохранные и рекреационные леса. Основными задачами лесопользования являются как вовлечение в использование всех имеющихся лесных ресурсов с учетом перехода на планирование возможного изъятия древесины (расчетной лесосеки) по сплошным и выборочным рубкам, так и лесовосстановление. Лесными планами субъектов РФ должно быть предусмотрено полное использование лесных ресурсов в зоне деятельности действующих перерабатывающих предприятий, а при планировании новых перерабатывающих мощностей должны учитываться имеющиеся лесные ресурсы, способы их освоения и воспроизводства.

Важной функцией лесопользования является лесная сертификация. Главной задачей в данной области является развитие национальной системы добровольной лесной сертификации, ее гармонизация с другими системами, признание и аккредитация на международном уровне. Необходимо, чтобы «сертификат» был повсеместно признан как документ, подтверждающий легальность происхождения, распространялся на всю древесину и изделия из нее, поступающие на экспорт, и древесину, закупаемую для удовлетворения государственных нужд.

Приоритетными направлениями развития добровольной лесной сертификации в России должны быть: сертификация лесопользования и соответствие законности происхождения готовой продукции. Это могут быть и должны электронные базы данных, картография на основе космической съемки, мониторинг лесопользования; подготовка отечественных экспертов и аудиторов в области лесной сертификации; международная сертификация в рамках реализации крупных инвестиционных проектов в области освоения лесов; внедрение практики закупок сертифицированной лесной продукции для государственных и частных нужд.

При осуществлении лесопользования федеральные органы исполнительной власти реализуют полномочия по нормативному правовому регулированию в области лесных отношений, в том числе многоцелевому использованию лесов. Данное направление включает в себя различные виды лесопользования, включая заготовку древесины, сбор недревесных лесных

²⁸ Подробнее см.: Природоресурсное законодательство в условиях модернизации экономики России: современные проблемы развития : монография / В. Б. Агафонов, В. К. Быковский, Г. В. Выпханова [и др.] ; под ред. Н. Г. Жаворонковой. М. : Норма ; Инфра-М, 2014. С. 65—86.

ресурсов, иные виды использования лесов, которые осуществляются в процессе предпринимательской деятельности.

Одной из основных проблем повышения инвестиционной привлекательности использования лесных участков является необходимость законодательного обеспечения в Лесном кодексе РФ и в ряде подзаконных актов принципа их многоцелевого использования. В настоящее время действующим лесным законодательством не закреплена законодательно возможность многоцелевого лесопользования, отсутствуют порядок и регламентация административных процедур при предоставлении одного лесного участка нескольким лесопользователям для различных видов лесопользования. Это в первую очередь касается постановления Правительства РФ от 24 февраля 2009 г. № 161 «Об утверждении Положения о предоставлении в аренду без проведения аукциона лесного участка, в том числе расположенного в резервных лесах, для выполнения изыскательских работ»²⁹, приказа Минприроды России от 28 октября 2015 г. № 445 «Об утверждении порядка подготовки и заключения договора аренды лесного участка, находящегося в государственной или муниципальной собственности»³⁰, а также ряда иных нормативных правовых актов. Рослесхоз в письме от 2 апреля 2008 г. № МГ-03-28/2198³¹ высказал позицию, согласно которой предоставление участка нескольким лесопользователям не являлось возможным на основании Лесного кодекса РФ и гражданского законодательства. Однако Президиум Высшего Арбитражного Суда РФ в постановлении от 27 июля 2010 г. № 2111/10³² указал на отсутствие запрета на предоставление лесных участков разным пользователям в целях осуществления разных видов деятельности. Президиум Высшего Арбитражного Суда РФ постановил, что ограничение по числу лесопользователей может возникнуть лишь в связи с фактической невозможностью одновременного многоцелевого лесопользования одним земельным участком. Во всех остальных случаях, по мнению суда, многоцелевое лесопользование допустимо.

²⁹ СЗ РФ. 2009. № 9. Ст. 1125.

³⁰ Бюллетень нормативных актов федеральных органов исполнительной власти. 2016. № 6.

³¹ СПС «КонсультантПлюс». Документ опубликован не был.

³² Вестник Высшего Арбитражного Суда РФ. 2010. № 11.

³³ Контрольно-надзорная деятельность в Российской Федерации : аналитический доклад — 2012 / В. В. Бакаев, А. Г. Зуев, М. Г. Киржиманов [и др.]. М. : МАКС Пресс, 2013. С. 11—112.

Данная правовая позиция дает основание для решения указанной проблемы посредством законодательного закрепления возможности многоцелевого использования лесов, установления оснований многоцелевого использования лесов, закрепления случаев запрета многоцелевого использования лесов (когда одновременное многоцелевое лесопользование одним лесным участком невозможно), а также определения требований к многоцелевому лесопользованию (порядок, условия, формы) на подзаконном уровне (на уровне Правительства РФ или Министерства природных ресурсов и экологии РФ). Для этого представляется обоснованным внесение следующих изменений в Лесной кодекс РФ:

- 1) в части установления возможности использования одного лесного участка несколькими лесопользователями, в том числе заключения нескольких договоров аренды на один лесной участок, за исключением случаев, когда одновременное многоцелевое лесопользование одним лесным участком невозможно или ограничивает права других пользователей леса;
- 2) закрепление перечня случаев, когда многоцелевое лесопользование запрещено (перечня видов лесопользования, осуществление которых одновременно на одном лесном участке невозможно);
- 3) определение основных требований к лесопользователям, осуществляющим деятельность одновременно на одном лесном участке, к оформлению прав на лесные участки, получению разрешительных документов, совместному пользованию лесным участком в соответствии с намечаемыми видами лесопользования³³.

Вышеизложенные теоретические выводы и практические предложения будут способствовать повышению эффективности государственного управления в области развития лесного комплекса, лесных отношений, включая рациональное использование, воспроизводство, охрану и защиту лесов, повышение их инвестиционной привлекательности, сохранение эколого-ресурсного потенциала.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. Быковский В. К. Правовые и организационные основы государственного управления лесами : учебник и практикум для СПО. — 3-е изд., перераб. и доп. — М. : Юрайт, 2016. — 229 с.
2. Жаворонкова Н. Г., Агафонов В. Б. Правовые проблемы модернизации экологического управления // Вестник Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА). — 2016. — № 1 (17). — С. 20—37.
3. Колесник В. Г., Синятуллина Л. Х. Система государственного управления лесным комплексом: текущая ситуация и основные проблемы // Вопросы государственного и муниципального управления. — 2017. — № 1. — С. 129—148.
4. Контрольно-надзорная деятельность в Российской Федерации : аналитический доклад — 2012 / В. В. Бакаев, А. Г. Зуев, М. Г. Киржиманов [и др.]. — М. : МАКС Пресс, 2013. — 148 с.
5. Природоресурсное законодательство в условиях модернизации экономики России: современные проблемы развития : монография / В. Б. Агафонов, В. К. Быковский, Г. В. Выпханова [и др.] ; под ред. Н. Г. Жаворонковой. — М. : Норма, Инфра-М, 2014. — 160 с.

Материал поступил в редакцию 27 декабря 2017 г.

**LEGAL PROBLEMS AND DIRECTIONS OF PUBLIC ADMINISTRATION IMPROVEMENT
IN THE FIELD OF FOREST RELATIONS**

ZHAVORONKOVA Natalia Grigorevna — Doctor of Law, Head of the Department of Environmental and Natural Resources Law at the Kutafin Moscow State Law University (MSAL)
viphanova@mail.ru
125993, Russia, Moscow, ul. Sadovaya-Kudrinskaya, d. 9

VYPKHANOVA Galina Viktorovna — Doctor of Law, Professor of the Department of Environmental and Natural Resources Law at the Kutafin Moscow State Law University (MSAL)
viphanova@mail.ru
125993, Russia, Moscow, ul. Sadovaya-Kudrinskaya, d. 9

Abstract. *The modern system of public administration in the field of forest relations requires reviewing the existing and developing new theoretical and legal provisions and conceptual approaches that facilitate the balance between economic and social benchmarks for the use of forests along with the preservation of ecological potential of forests. In the context of intensification of the forest use, management activities cover a complex set of social relations, including not only forest management, reproduction, protection and rehabilitation of forests, but also a forestry complex that includes forestry and timber processing industries. Accordingly, state management in the field of forest relations should be seen in connection with the management of the forest complex.*

In the same way we should deal with the understanding and legal substantiation of the state forest policy constituting the foundation of the state forest management. The sphere of the state forest policy should include, along with the use, respect, protection and reproduction of forests, the forest complex. This approach requires improved strategic planning documents and other legal and political documents that will provide representation of the state policy in the sphere of forest relations and the forest complex, interrelation and harmonization of the provisions contained therein. An institutional framework of the state forest policy requires a comprehensive approach for improving the management system in these areas. It is necessary to clarify the competence and powers of special authorized bodies of state power of the Russian Federation and constituent entities of the Russian Federation in the field of forest relations and forest complex.

Forest areas and forest parks that are the basic territorial units of management in the field of use, protection, and reproduction of forests are included into the key problems of the regional forest management. In the absence of the Forest Code of the Russian Federation, the concepts of “forest area” and “forest park” are assigned different legal statuses by the participants of legal relationships, including their legal form, structure, competence and authority. Along with defining the legal status of forest areas and forest parks, and determining the legal status of forest wardens, it is necessary to improve the implementation of the Federal State Forest Supervision Service (forest protection). Also, it is necessary to resolve the problems with regard to implementation of the functions

of state management in the sphere of forest relations, such as forest management, development, approval and implementation of forest plans, information support of forest management, forest certification, etc. In order to increase investment attractiveness of the use of forest plots, it is necessary to improve the legal support of the multipurpose forest management. The state management efficiency in the field of forest relations and forest complex requires improving the forest and related (natural resources, environmental, tax, etc.) laws.

Keywords: *state forest policy, management, forest sector, forestry, use and reproduction of forests, protection of forests, forest plan, multipurpose forest management.*

REFERENCES

1. *Bykovsky V. K.* The legal and organizational basis of state forest management: A Textbook and practical Course for the SVE / V. K. Bykovsky. — 3rd ed., revised and supplemented. — M.: Jurait Publishing House, 2016. — 229 p.
2. *Kolesnik, V. G., Sinyatullina L.H.* The Forest Complex State Management System: The current situation and main challenges // Issues of State and Municipal Management. 2017. No. 1. P. 129—148.
3. *Zhavoronkova N. G., Agafonov, V. B.* Legal issues of modernization of environmental management // Bulletin of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL). 2016. No. 1 (17). P. 20—37.
4. Supervisory Activities in the Russian Federation: An Analytical Report — 2012 / V. V. Bakaev, A. G. Zuev, M. G. Kirzhimanov, et al. M.: MAKS Press, 2013. 148 p.
5. Natural resource legislation in the conditions of Russian economy modernization: modern problems of development: monograph / V. B. Agafonov, V. K. Bykovsky, G.V. Vypkhanov, et al.: Ed. by N.G. Zhavoronkova. M.: Norma, Infra-M, 2014. 160 p.

С. В. Артёменков*,
В. Д. Кравец**

ОТВЕТСТВЕННОСТЬ МАЖОРИТАРНОГО АКЦИОНЕРА ПРИ ПРИНУДИТЕЛЬНОМ ВЫКУПЕ АКЦИЙ: ВОПРОСЫ ПРАВОПРИМЕНЕНИЯ

Аннотация. В статье на основе анализа судебной практики раскрываются условия ответственности мажоритарного акционера за ненадлежащее определение выкупной цены акций в рамках процедуры принудительного выкупа акций (ст. 84.8 Закона об акционерных обществах). Суды рассматривают убытки, подлежащие возмещению миноритарному акционеру в случае занижения выкупной цены акций, исключительно в качестве меры ответственности, в связи с чем при рассмотрении дела установлению подлежат следующие юридически значимые обстоятельства: противоправность действий мажоритарного акционера, наличие убытков, причинно-следственная связь между допущенными мажоритарным акционером нарушениями и убытками миноритарных акционеров, вина мажоритарного акционера. В статье рассматриваются особенности установления данных обстоятельств, анализируется современная правоприменительная практика.

Особое внимание обращается на необходимость учитывать презумпцию добросовестности поведения участников гражданских правоотношений при установлении противоправности действий мажоритарного акционера. В связи с этим авторы ставят вопрос о квалификации поведения мажоритарного акционера в ситуации, когда он определил выкупную цену акций в точном соответствии с действующим законодательством, но на основании отчета, в котором оценщиком были допущены существенные нарушения.

В статье рассматривается вопрос о возможности привлечения мажоритарного акционера к ответственности за нарушения, допущенные третьим лицом — оценщиком.

Авторы анализируют судебную практику по вопросу установления причинно-следственной связи и предпринимают попытку объяснить выявленные в ней противоречия.

По мнению авторов, ответственность мажоритарного акционера требует наличия вины, а к рассматриваемым в работе отношениям подлежат применению общие положения Гражданского кодекса РФ, в частности, ст. 401 и 10.

В работе сформулирован ряд положений судебной практики, связанных с исследованием отчета оценщика, на основании которого мажоритарным акционером производился выкуп ценных бумаг.

© Артёменков С. В., Кравец В. Д., 2018

* Артёменков Сергей Викторович, кандидат юридических наук, доцент кафедры гражданского права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), доцент artemenkovos@mail.ru

125993, Россия, г. Москва, ул. Садовая-Кудринская, д. 9

** Кравец (Рудакова) Виктория Дмитриевна, кандидат юридических наук, преподаватель кафедры гражданского права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА)

vd_rudakova@mail.ru

125993, Россия, г. Москва, ул. Садовая-Кудринская, д. 9

Авторами анализируются наиболее часто используемые способы доказывания занижения выкупной цены акций, а также недобросовестности мажоритарного акционера в рамках процедуры принудительного выкупа акций.

Ключевые слова: гражданское право, корпоративные отношения, акционерные общества, ценные бумаги, акции, гражданско-правовая ответственность, убытки, принудительный выкуп акций, вытеснение миноритарных акционеров, оценочная деятельность.

DOI: 10.17803/1729-5920.2018.135.2.094-104

Российское акционерное законодательство предоставляет миноритарным акционерам специальный способ защиты прав, нарушенных в связи с ненадлежащим определением цены акций в рамках процедуры принудительного выкупа ценных бумаг.

Данный способ защиты предусмотрен абз. 5 п. 4 ст. 84.8 Федерального закона от 26.12.1995 № 208-ФЗ «Об акционерных обществах» (далее — Закон об АО), в соответствии с которым владелец ценных бумаг, не согласившийся с ценой выкупаемых ценных бумаг, вправе обратиться в арбитражный суд с иском о возмещении убытков, причиненных в связи с ненадлежащим определением цены выкупаемых ценных бумаг.

В судебной практике названные убытки рассматриваются исключительно как мера ответственности¹, что обуславливает необходимость в ходе рассмотрения дела установить все условия ответственности: противоправное деяние, вред, причинно-следственную связь и вину (за исключением случаев установления ответственности без вины).

Так, суды, рассматривая дела о возмещении убытков, причиненных миноритарным акционером, помимо специальной нормы ст. 84.8 Закона об АО, указывают на необходимость применения общей нормы ст. 15 Гражданского кодекса РФ (далее — ГК РФ). В частности, указывается, что названные убытки определяются

по правилам ст. 15 ГК РФ, а основанием их взыскания является установление всех юридически значимых обстоятельств, характерных для гражданско-правовой ответственности².

Из вышесказанного следует, что при рассмотрении дела об оспаривании цены выкупа, выплаченной миноритарному акционеру при вытеснении, суд должен установить совокупность следующих юридически значимых обстоятельств:

- противоправность действий ответчика;
- наличие убытков;
- причинно-следственную связь между допущенными нарушениями со стороны ответчика и возникшими у истца убытками;
- вину ответчика³.

Противоправные действия. Противоправность действий ответчика в данном случае выражается в нарушении обязанности уплатить за выкупаемые акции должную компенсацию, т.е. выкуп акций по цене ниже рыночной стоимости, определенной оценщиком, а также выкуп по цене, определенной с нарушением требований, предъявляемых Законом об АО и законодательством об оценочной деятельности.

При установлении противоправности в действиях ответчика необходимо учитывать презумпцию добросовестности поведения участников гражданского оборота, закрепленную в ст. 10 ГК РФ, в соответствии с п. 5 которой до-

¹ Несмотря на сложившуюся судебную практику, которая во многом обуславливается положениями гражданского законодательства, в соответствии с которыми понятие «убытки» относится к категории «ответственности», нам представляется возможной научная дискуссия о правовой природе компенсации, выплачиваемой миноритарным акционером на основании ст. 84.8 Закона об АО.

² См., например: постановление Федерального арбитражного суда Западно-Сибирского округа от 13.06.2011 по делу № А45-12184/2007 // СПС «КонсультантПлюс». См. также аналогичную судебную практику: постановление Арбитражного суда Волго-Вятского округа от 03.09.2014 по делу № А82-15599/2013; постановление Арбитражного суда Северо-Западного округа от 06.04.2015 по делу № А56-1039/2014 // СПС «КонсультантПлюс».

³ Аналогичный подход преобладает и в юридической литературе. См., например: *Бойко Т.* Ответственность мажоритарного акционера при вытеснении миноритариев // *Корпоративный юрист.* 2008. № 11. С. 24—28.

бросовестность участников гражданских правоотношений и разумность их действий предполагаются. Иной подход способен исказить всю систему законодательства и породить нестабильность гражданского оборота. Таким образом, суду необходимо не только установить, что компенсация, выплаченная миноритарным акционерам при вытеснении, была занижена, но и то, что занижение цены обусловлено недобросовестными действиями ответчика. В частности, такие действия могут выражаться в намеренном сокрытии или предоставлении оценщику заведомо недостоверной информации, что повлияло на конечную оценку стоимости акций, определяемую оценщиком.

В связи с принципом добросовестности необходимо дать квалификацию поведению ответчика в ситуации, когда он действовал в точном соответствии с законодательством и выкупил ценные бумаги по цене, указанной в отчете оценщика, в котором были допущены существенные нарушения законодательства. Этот вопрос возникает при условии, что сам мажоритарный акционер не знал о допущенных оценщиком нарушениях.

Из буквального толкования нормы п. 4 ст. 84.8 Закона об АО следует, что мажоритарный акционер отвечает за ущерб, причиненный ненадлежащим определением цены. При этом важно уяснить, что понимается под «ненадлежащим определением цены». Как справедливо указывалось в судебной практике, именно мажоритарный акционер определяет выкупную цену⁴. Законодатель дает мажоритарному акционеру конкретные ориентиры для надлежащего определения цены. В действующем законодательстве они определены в п. 4 ст. 84.8 Закона об АО и могут быть обобщены следующим образом. Определяя цену выкупа ценных бумаг, мажоритарный акционер должен учитывать:

- а) рыночную стоимость выкупаемых ценных бумаг, определенную оценщиком, при этом указанная цена не может быть ниже цены, указанной в обязательном предложении;
- б) цену, по которой ценные бумаги приобретались на основании добровольного или

обязательного предложения, в результате которого мажоритарный акционер стал владельцем более 95 % акций публичного акционерного общества, с учетом акций, принадлежащих его аффилированным лицам;

- в) наибольшую цену, по которой мажоритарный акционер или его аффилированные лица приобрели или обязались приобрести эти ценные бумаги после истечения срока принятия добровольного или обязательного предложения, в результате которого мажоритарный акционер стал владельцем более 95 % общего количества акций публичного акционерного общества.

Ненадлежащее определение цены мажоритарным акционером выражается в нарушении описанных требований. Если мажоритарным акционером при определении цены соблюдены все указанные условия, то цена должна признаваться определенной надлежащим образом, и, следовательно, нет оснований полагать, что мажоритарным акционером совершены противоправные действия.

Если цена определена мажоритарным акционером с соблюдением требований законодательства, но на основании отчета, в котором оценщиком были допущены ошибки, т.е. противоправные действия имелись со стороны третьего лица, то в данном случае возникает вопрос о допустимости ответственности мажоритарного акционера за противоправные действия третьих лиц (в данном случае — оценщика).

Ранее в юридической литературе отмечалось, что, «если кредитор ставит вопрос о возмещении убытков, причиненных действиями других лиц, должник может уйти от ответственности, доказав, что он сам исполнил надлежащим образом лежащие на нем обязанности»⁵. В соответствии с действующим законодательством данное утверждение также верно в случаях, если должник несет ответственность на началах вины.

Современное гражданское законодательство предусматривает институт ответственности за действия третьих лиц (ст. 403 ГК РФ). Условиями наступления ответственности должника за действия третьих лиц являются:

⁴ См., например: постановление Верховного Суда РФ от 20.04.2016 № 305-АД15-19535 «Об отмене постановления о привлечении к ответственности по статье 15.28 КоАП РФ за нарушение лицом, которое приобрело более 30 процентов акций открытого акционерного общества, срока оплаты» // СПС «КонсультантПлюс».

⁵ Брагинский М. И. К вопросу об ответственности за чужие действия по советскому гражданскому праву // Труды ВЮЗИ. М., 1961. Т. 1. С. 40.

- во-первых, на третьих лиц договором возложена обязанность по исполнению обязательства должника;
- во-вторых, обязательство не исполнено или исполнено ненадлежащим образом третьими лицами;
- в-третьих, на должника в соответствии с законом возложена ответственность за действия третьих лиц⁶.

Таким образом, ответственность должника за действия третьих лиц в российском гражданском праве построена по образу представительства⁷. Третье лицо должно непосредственно участвовать в обязательстве, существующем между кредитором и должником, и совершать действия в силу полномочия.

Вместе с тем российское законодательство, в отличие от законодательства ряда иностранных государств, не рассматривает оценщика в качестве представителя (агента) мажоритарного акционера. Между мажоритарным акционером и оценщиком, который по его заказу определяет рыночную стоимость акций, отсутствуют отношения представительства. Основанием возникновения отношений между мажоритарием и оценщиком является договор на проведение оценки, который в юридической литературе квалифицируется в качестве договора возмездного оказания услуг⁸ и, следовательно, не порождает правовой связи оценщика с миноритарными акционерами. Таким образом, оценщик не участвует в отношениях, возникающих между мажоритарным и миноритарными акционерами по поводу принудительного выкупа акций и не имеет в них каких-либо полномочий. В связи с этим привлечение мажоритарного акционера к ответственности за неправомерные действия оценщика (например, допущенные в ходе составления отчета ошибки и нарушения) на основании ст. 403 ГК РФ невозможно.

Что касается ответственности за действия третьих лиц, которые не вступают в гражданско-правовые отношения сторон, то она охватывается понятием риска и, следовательно, возможна в случае, если должник несет ответственность без вины. В случаях, когда ответственность должника носит рискованный характер, обстоятельством, освобождающим его от ответственности, является исключительно непреодолимая сила (п. 3 ст. 401 ГК РФ). Противоправные действия третьих лиц в судебной практике не рассматриваются в качестве непреодолимой силы⁹. Таким образом, они не освобождают должника, отвечающего независимо от вины, от обязанности возместить кредитору убытки.

Напротив, если ответственность должника строится на началах вины, а убытки обусловлены исключительно поведением третьего лица, то противоправности и вины в действиях должника нет. В связи с этим логичен вывод о том, что, если убытки порождены исключительно поведением третьего лица, должник, отвечающий на началах вины за такие убытки, ответственности не несет¹⁰.

Из изложенного следует, что мажоритарного акционера можно было бы признать ответственным за ненадлежащее определение выкупной цены акций, возникшее вследствие нарушений или ошибок, допущенных оценщиком при составлении отчета, если бы ответственность акционера строилась на началах риска, т.е. являлась бы безвиновной. И наоборот, если ответственность мажоритарного акционера носит виновный характер, в рассматриваемой ситуации он должен быть полностью освобожден от ответственности.

Применительно к ответственности мажоритарного акционера вопрос вины будет рассмотрен ниже.

Убытки. Под убытками в соответствии со ст. 15 ГК РФ понимаются расходы, которые

⁶ Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации. Часть первая от 30 ноября 1994 г. № 51-ФЗ (постатейный) / Агешкина Н. А., Баринев Н. А., Бевзюк Е. А. [и др.] // СПС «КонсультантПлюс».

⁷ См.: Андреев В. К. Вопросы ответственности третьих лиц с позиции теории представительства // Актуальные проблемы государства и права: проблемы субъективных прав : межвуз. сб. науч. тр. Краснодар, 1979. Вып. 280. С. 34—37.

⁸ См.: Шевченко Л. И. Правовое регулирование договора возмездного оказания оценочных услуг // Современное право. 2016. № 12. С. 96—98.

⁹ См., например: постановление ФАС Уральского округа от 15.09.1998 № Ф09-800/98ГК ; постановление апелляционной инстанции Арбитражного суда Республики Карелия от 31.08.2000 № А26-449/00-01-09/30 // СПС «КонсультантПлюс».

¹⁰ Канев Д. Р. Ответственность должника за последствия деликтных действий третьих лиц // Современное право. 2013. № 3 С. 67—71.

лицо, чье право нарушено, произвело или должно будет произвести для восстановления нарушенного права, утрата или повреждение его имущества (реальный ущерб), а также неполученные доходы, которые это лицо получило бы при обычных условиях гражданского оборота, если бы его право не было нарушено (упущенная выгода).

В отношении компенсации убытков действует принцип полного возмещения¹¹, если законом не предусмотрено возмещение убытков в меньшем размере.

Исходя из общих положений ГК РФ, под убытками в смысле ст. 84.8 Закона об АО следует признать расходы, которые миноритарный акционер должен произвести для восстановления своего нарушенного права на получение справедливой цены выкупленных у него акций¹². Эти расходы будут составлять разницу между реальной стоимостью выкупленных акций, т.е. ценой акций, определенной надлежащим образом в соответствии с действующим законодательством, и ценой фактически уплаченной мажоритарным акционером за ценные бумаги¹³.

Для удовлетворения требований о взыскании убытков истец должен доказать, что такие убытки действительно были ему причинены¹⁴. То есть суд должен установить, что цена, по которой ценные бумаги были приобретены мажоритарным акционером, была занижена в сравнении с их действительной стоимостью.

При этом следует учитывать, что действующее российское законодательство не требует доказательства точного размера убытков. Так, в соответствии с п. 5 ст. 393 ГК РФ суд не может отказать в удовлетворении требования кредитора о возмещении убытков, причиненных неисполнением или ненадлежащим исполне-

нием обязательства, только на том основании, что размер убытков не может быть установлен с разумной степенью достоверности. В этом случае размер подлежащих возмещению убытков определяется судом с учетом всех обстоятельств дела, исходя из принципов справедливости и соразмерности ответственности допущенному нарушению обязательства.

Причинно-следственная связь. Для установления причинно-следственной связи суд должен убедиться, что нарушение мажоритарным акционером своей обязанности выкупить ценные бумаги по надлежаще определенной цене явилось причиной убытков, образовавшихся на стороне истцов.

Судебная практика по данному вопросу не является однозначной. Так, ФАС Московского округа постановлением от 21.01.2008 № КГ-А40/13933-07 оставил в силе решение первой и апелляционной инстанций. При этом суд первой инстанции, отказывая во взыскании убытков в пользу миноритарных акционеров, указал на отсутствие причинно-следственной связи между действиями ответчика и убытками, поскольку оценка акций производилась не ответчиком, а оценщиком. В постановлении ФАС Московского округа от 13.03.2008 № КГ-А40/1396-08, напротив, суд не выявил связь между убытками истца и составлением отчета об оценке акций, выполненным независимым оценщиком. Такое расхождение судебной практики, на наш взгляд, может быть объяснено различием субъектов, на стороне которых выявляются противоправные действия. Если цена определена мажоритарным акционером на основании отчета, в котором была допущена ошибка, при этом сам акционер действовал добросовестно, то действительно причинно-следственной связи между

¹¹ См., подробнее: *Фомичева О. В.* Принцип полного возмещения убытков и его реализация в российском гражданском праве. Самара, 2001.

На конституирующий характер данного принципа для российского гражданского права также неоднократно указывал Конституционный Суд РФ. См., например: постановление Конституционного Суда РФ от 10.03.2017 № 6-П «По делу о проверке конституционности статьи 15, пункта 1 статьи 1064, статьи 1072 и пункта 1 статьи 1079 Гражданского кодекса Российской Федерации в связи с жалобами граждан А. С. Аринушенко, Г. С. Бересневой и других» // СПС «КонсультантПлюс».

¹² См.: *Бойко Т.* Указ. соч. С. 24—28.

¹³ *Бойко Т.* Указ. соч.

¹⁴ Возложение на истца бремени доказывания факта причинения ему убытков последовательно признается судами (см., например: определение Верховного Суда РФ от 13.04.2016 № 310-ЭС16-821; постановление Арбитражного суда Уральского округа от 26.01.2017 № Ф09-11783/16 // СПС «КонсультантПлюс»), а также в юридической литературе (см., например: *Богданова Е. Е.* Актуальные проблемы возмещения убытков в договорных обязательствах // *Гражданское право.* 2015. № 3. С. 6—9).

его действиями и наличием убытков у миноритарных акционеров просматриваться не будет и в возмещении убытков миноритариям следует отказать. Иная ситуация будет складываться, если ненадлежащее определение цены выкупаемых акций было обусловлено недобросовестными действиями самого мажоритарного акционера.

Вина. По общему правилу гражданско-правовая ответственность строится на началах вины. Исключения из общего правила могут быть предусмотрены законом. В частности, такое исключение предусмотрено в отношении обязательств, возникающих в процессе предпринимательской деятельности. В пункте 3 ст. 401 ГК РФ указывается: если иное не предусмотрено законом или договором, лицо, не исполнившее или ненадлежащим образом исполнившее обязательство при осуществлении предпринимательской деятельности, несет ответственность, если не докажет, что надлежащее исполнение оказалось невозможным вследствие непреодолимой силы, т.е. чрезвычайных и непредотвратимых при данных условиях обстоятельств. Поскольку в ст. 84.8 Закона об АО ничего не сказано о вине как условии ответственности мажоритарного акционера за убытки, причиненные миноритарным акционерам, представляется необходимым исходить из общих положений ГК РФ. При этом ключевым становится ответ на вопрос о характере деятельности по осуществлению выкупа акций по требованию мажоритарного акционера¹⁵.

Определение предпринимательской деятельности дано в ст. 2 ГК РФ, в соответствии с которой предпринимательской является самостоятельная, осуществляемая на свой риск деятельность, направленная на систематическое получение прибыли от пользования имуществом, продажи товаров, выполнения работ и оказания услуг лицами, зарегистрированными в этом качестве в установленном законе порядке. Таким образом, можно выделить следующие признаки, которым должна соответствовать деятельность участника гражданского

оборота, чтобы признаваться деятельностью предпринимательской:

- самостоятельный характер деятельности;
- осуществление ее на основании риска;
- систематическое извлечение прибыли;
- прибыль должна извлекаться от пользования имуществом, продажи товаров, выполнения работ и оказания услуг;
- наконец, требование объективного порядка — необходимость регистрации субъектов предпринимательской деятельности в этом качестве¹⁶.

Каждый из названных признаков необходим, а все вместе они достаточны для признания деятельности, осуществляемой участником гражданского оборота, предпринимательской. Вместе с тем последний из названных признаков — необходимость регистрации в качестве предпринимателя, несмотря на свой формальный характер, является основным критерием, определенно установленным в российском законодательстве, поскольку именно он в целом ряде случаев позволяет отличить предпринимательскую деятельность от иной деятельности в сфере имущественного оборота.

Деятельность акционеров, связанная с владением акциями, а также с осуществлением принадлежащих им прав, хотя в определенной степени и отвечает сущностным признакам предпринимательской деятельности, носит самостоятельный и рисковый характер, нацелена на систематическое получение прибыли от пользования имуществом, не соответствует формальному признаку, не требует от акционеров государственной регистрации в качестве предпринимателей и в связи с изложенным не может признаваться предпринимательской деятельностью.

Аналогичен подход к рассматриваемому вопросу и Конституционного Суда РФ, который в постановлении от 24.02.2004 № 3-П указал, что «деятельность акционеров не является предпринимательской (она относится к иной не запрещенной законом экономической деятельности)». Рисковый же характер деятель-

¹⁵ На необходимость выяснения характера деятельности, в рамках которой ответчиком допущено нарушение, указывает и судебная практика. См., например: постановление Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 15.10.2002 № 11135/01 // СПС «КонсультантПлюс».

¹⁶ См.: Российское предпринимательское право : учебник / отв. ред. И. В. Ершова, Г. Д. Отнюкова. М., 2011 ; Чукреев А. А. К проблеме легального определения предпринимательской деятельности // Российский юридический журнал. 2015. № 2. С. 105—120 ; Ермолова О. Н. К вопросу о признаках предпринимательской деятельности // Предпринимательское право. Приложение «Право и Бизнес». 2014. № 3. С. 32—35.

ности акционеров, по мнению Суда, связан не с характером деятельности самих акционеров как владельцев ценных бумаг, а с деятельностью акционерного общества, которая как раз и является предпринимательской.

Сам по себе статус акционера (независимо от того, является акционер физическим или юридическим лицом) не может свидетельствовать о том, что любая деятельность акционера должна признаваться предпринимательской. Иной подход привел бы к абсурдным умозаключениям, что нормы, регулирующие предпринимательские отношения, следует распространить на все общегражданские сделки, совершаемые предпринимателями (приобретение товаров по договору розничной купли-продажи; осуществление благотворительной деятельности коммерческими организациями, участие в деятельности ассоциаций и т.п.).

Иными словами, наличие статуса специального субъекта дает возможность осуществления специальных прав, но не исключает возможности осуществления прав общих, принадлежащих всем субъектам гражданского права.

К тому же разграничение корпоративных и предпринимательских отношений в ст. 2 ГК РФ со всей очевидностью свидетельствует, что данные отношения не являются тождественными и способны в ряде случаев существовать не пересекаясь.

В связи с изложенным и на основании того, что деятельность акционеров не является предпринимательской деятельностью, положения п. 3 ст. 401 ГК РФ о безвиновной ответственности не должны применяться к ответственности акционеров. Учитывая также, что ст. 84.8 Закона об АО не предусматривает исключения из общего правила о виновной ответственности участников гражданского оборота, логичным будет вывод о том, что применению к рассматриваемым отношениям подлежат общие положения ГК РФ, в частности ст. 401 и 10 ГК РФ.

Поскольку основанием определения выкупной цены акций служит отчет оценщика, в судебной практике именно он становится основным предметом исследования. Истцы, заявляя требования о компенсации убытков, часто ссылаются на недостоверность результатов оценки, на ошибки, допущенные оценщиком при определении цены.

В соответствии со ст. 12 Федерального закона от 29.07.1998 № 135-ФЗ «Об оценочной деятельности в Российской Федерации» (да-

лее — Закон об оценочной деятельности) итоговая величина рыночной или иной стоимости объекта оценки, указанная в отчете, составленном по основаниям и в порядке, которые предусмотрены настоящим Федеральным законом, признается достоверной и рекомендуемой для целей совершения сделки с объектом оценки, если в порядке, установленном законодательством РФ или в судебном порядке, не установлено иное. Представляется, что в данной норме содержится презумпция достоверности цены, указанной в отчете оценщика, однако презумпция опровержимая. Такой отчет признается достоверным, если в судебном или ином порядке, установленном законодательством РФ, не установлено иное. Такое же указание содержится и в п. 1 Информационного письма Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 30.05.2005 № 92 «О рассмотрении арбитражными судами дел об оспаривании оценки имущества, произведенной независимым оценщиком». Косвенно данный вывод подтверждается нормой ст. 13 рассматриваемого Закона, в соответствии с которым спор о достоверности величины стоимости объекта оценки, установленной в отчете, подлежит рассмотрению судом. Систематическое толкование рассматриваемых норм позволяет прийти к выводу, что недостоверность стоимости оценки может быть установлена судом. При этом ст. 13 Закона об оценочной деятельности прямо допускает использование альтернативного отчета для опровержения стоимости объекта оценки, определенной оценщиком.

Основанием признания отчета оценщика недостоверным могут служить выявленные нарушения законодательства, допущенные оценщиком при проведении оценки и составлении отчета. При этом оценка серьезности и существенности таких нарушений, а также их влияния на достоверность отчета оценщика осуществляется судом по собственному усмотрению.

Оспаривая достоверность отчета, истцы часто стремятся представить собственный расчет рыночной стоимости акций. При этом необходимо учитывать, что сам по себе такой расчет не может опровергать достоверность отчета оценщика, поскольку при использовании различных подходов и методов оценки могут быть получены и различные показатели стоимости объекта. Это объясняется тем, что, хотя подходы, используемые в оценочной деятельности, основываются на данных, собранных на одном

и том же рынке, каждый из них связан с различным аспектом рынка. В связи с этим только в условиях совершенного рынка все подходы приводят к одному результату оценки. Однако большинство рынков в современных условиях относятся к числу несовершенных, соответственно предложение и спрос на них не находятся в равновесии. Поэтому, а также по целому ряду иных причин, использование при определении стоимости объекта разных подходов и методов может стать причиной получения различных показателей стоимости¹⁷.

Можно выделить следующие основные положения судебной практики, связанные с исследованием отчета, на основании которого производилась оценка выкупаемых акций:

1. Если саморегулируемая организация или федеральный орган исполнительной власти, осуществляющий контроль и надзор в сфере финансовых рынков (ранее — ФСФР России, в настоящий момент — Банк России), в ходе проверки документации не выявили нарушений законодательства при принудительном выкупе акций, суды принимают данный факт как доказательство отсутствия нарушений (см., например, постановление Федерального арбитражного суда Московского округа от 15.10.2010 № КГ-А40/12351-10; постановление Федерального арбитражного суда Волго-Вятского округа от 01.12.2009 № А29-1200/2009; постановление Федерального арбитражного суда Восточного округа от 06.04.2010 № А33-6379/2009; постановление Федерального арбитражного суда Северо-Западного округа от 01.02.2010 № А44-1775/2008).
2. Рыночная стоимость акций, подлежащих принудительному выкупу, должна определяться в 100-процентном пакете без корректировки на миноритарный или мажоритарный характер пакета, в составе которого производится оценка (постановление Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 13.09.2011 № 443/11 по делу № А08-2788/2008-21; постановление Арбитражного суда Центрального округа от 26.02.2016 № Ф10-209/2016).
3. Рыночная стоимость акций, подлежащих принудительному выкупу, не может быть определена в соответствии с порядком определения стоимости чистых активов (по-

становление Федерального арбитражного суда Северо-Западного округа от 01.02.2010 № А44-1775/2008).

4. При оценке основного и альтернативного отчетов следует учитывать тот факт, что большую доказательственную силу имеет отчет, подтвержденный экспертизой саморегулируемой организации оценщиков. Так, например, Восьмой арбитражный апелляционный суд в постановлении от 09.09.2016 по делу № А70-245/2015 указал, что оценка рыночной стоимости акций, представленная истцами, не может быть принята судом апелляционной инстанции в качестве достоверного доказательства рыночной стоимости акций, поскольку она не подтверждена экспертизой саморегулируемой организации оценщиков. Решение оставлено в силе постановлением Арбитражного суда Западно-Сибирского округа от 25.01.2017 по делу № А70-245/2015.
 5. Цена акций, выкупаемых у миноритарных акционеров, не может определяться расчетным способом, в том числе на основании данных о реальной стоимости принудительно выкупленного имущества, а также иных публично раскрытых и доступных данных. По мнению суда, расчетный способ определения выкупной цены не предусмотрен положениями п. 4 ст. 84.8 Закона об АО (постановление Восьмого арбитражного апелляционного суда от 09.09.2016 по делу № А70-245/2015).
 6. Для проверки достоверности и полноты отчета оценочной компании суд может назначить судебную экспертизу как по ходатайству сторон, участвующих в деле, так и по собственной инициативе, но с их согласия. Экспертиза может проводиться в том числе в виде составления независимого отчета об оценке стоимости выкупленных у миноритарных акционеров акций. В таком случае перед экспертом ставится вопрос о достоверности цены акций, определенной оценщиком, и в случае ее недостоверности — об определении рыночной цены акций (постановление Федерального арбитражного суда Северо-Кавказского округа от 12.05.2011 по делу № А32-54224/2009).
- Анализ судебной практики показывает, что в делах об оспаривании размера стоимости, выплаченной миноритарным акционерам при принудительном выкупе акций, истцы, дока-

¹⁷ Подробнее см.: Оценка бизнеса : учебник / под ред. А. Г. Грязновой, М. А. Федотовой. М., 2009. С. 37—38.

зывая недостоверность отчета об оценке, зачастую ссылаются на тот факт, что дата, на которую независимым оценщиком определялась рыночная стоимость акций для целей выкупа, существенным образом отличается от даты, когда мажоритарный акционер реализовал свое право на принудительный выкуп акций.

Такая ситуация в целом объясняется положениями законодательства, в соответствии с которыми к требованию о выкупе ценных бумаг, направляемому в публичное общество, уже должна прилагаться копия отчета независимого оценщика о рыночной стоимости выкупаемых акций (п. 2 ст. 84.8 Закона об АО).

Суды также учитывают, что в соответствии с абз. 2 ст. 12 Закона об оценочной деятельности итоговая величина рыночной стоимости объекта оценки, определенная в отчете, является рекомендуемой в течение 6 месяцев с даты составления отчета. В связи с этим при рассмотрении дела суды не выясняют, изменилась ли рыночная стоимость выкупаемых ценных бумаг за период между датой составления отчета и датой принудительного выкупа акций (постановление Арбитражного суда Западно-Сибирского округа от 25.01.2017 по делу № А70-245/2015).

Доказывая недобросовестность мажоритарного акционера, миноритарные акционеры, требующие компенсации убытков, указывают на непредоставление им полного отчета оценщика об определении рыночной цены акций. При этом следует учитывать, что в соответствии с действующим законодательством мажоритарный акционер обязан предоставить копию отчета оценщика о рыночной стоимости выкупаемых ценных бумаг вместе с требованием о принудительном выкупе, направляемом в публичное общество. Таким образом, обязанность мажоритарного акционера предоставить отчет имеется в отношении акционерного общества, которое выступает в качестве управомоченного лица, а не в отношении его акционеров (абз. 11 п. 2 ст. 84.8 Закона об АО). В свою очередь, акционерное общество обязано направить обязательное

предложение своим акционерам, приложив к нему копию резолютивной части отчета оценщика. Что же касается полного отчета, то общество обязано лишь предоставить миноритарным акционерам доступ к отчету в порядке, установленном п. 2 ст. 91 Закона об АО (п. 2 ст. 84.3 Закона об АО).

Разрешая вопрос о предоставлении миноритарным акционерам копии отчета, суды в подавляющем большинстве случаев исходят из отсутствия у общества обязанности предоставлять его копию акционерам, поскольку отчет независимого оценщика о рыночной стоимости приобретаемых ценных бумаг не является документом общества, указанным в п. 1 ст. 89 Закона об АО¹⁸. Аналогична практика высших судебных инстанций¹⁹.

Как правило, не подлежат удовлетворению и требования вытесненных миноритарных акционеров о предоставлении им информации в порядке п. 2 ст. 91 Закона об АО, поскольку с момента списания акций с их лицевых счетов акционерами они уже не являются. Так, например, Федеральный арбитражный суд Московской области в постановлении от 17.09.2009 № КГ-А40/9001-09 поддержал отказ судов первой и апелляционной инстанций в удовлетворении исковых требований об обязанности предоставить истцу заверенные копии организационно-правовых документов акционерного общества, так как истец не является акционером общества, поскольку его акции выкуплены²⁰.

Однозначно можно отметить лишь то, что субъектом обязанности по обеспечению доступа к документам акционерного общества, в том числе и к отчету оценщика, является само общество, а не мажоритарный акционер. Оно же будет ответчиком по требованию предоставить копию отчета. Поскольку законодательством не установлено обязанности мажоритарного акционера предоставить миноритарным акционерам копию отчета оценщика, отказ в предоставлении копии отчета не может оцениваться как недобросовестное поведение.

Таким образом, для привлечения мажоритарного акционера к ответственности в фор-

¹⁸ См., например: постановление Федерального арбитражного суда Московского округа от 31.10.2011 по делу № А40-17944/11-94-143 ; постановление Федерального арбитражного суда Уральского округа от 13.11.2009 по делу № А76-6878/2009-59-135 // СПС «КонсультантПлюс».

¹⁹ См., например: определение Высшего Арбитражного Суда РФ от 20.02.2008 № 1452/08 // СПС «КонсультантПлюс».

²⁰ Аналогичную практику см., например: постановление Федерального арбитражного суда Московской области от 25.09.2009 № КГ-А40/9547-09 // СПС «КонсультантПлюс».

ме взыскания убытков, причиненных миноритарным акционерам, необходимо установить, что акционер при определении выкупной цены акций действовал недобросовестно, в частности, знал или должен был знать о нарушениях и/или ошибках, допущенных оценщиком при составлении отчета, и что именно виновные действия мажоритария повлекли возникновение убытков у миноритарных акционеров.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. Андреев В. К. Вопросы ответственности третьих лиц с позиции теории представительства // Актуальные проблемы государства и права: проблемы субъективных прав : межвуз. сб. науч. тр. — Краснодар, 1979. — Вып. 280. — С. 34—37.
2. Богданова Е. Е. Актуальные проблемы возмещения убытков в договорных обязательствах // Гражданское право. — 2015. — № 3. — С. 6—9.
3. Бойко Т. Ответственность мажоритарного акционера при вытеснении миноритариев // Корпоративный юрист. — 2008. — № 11. — С. 24—28.
4. Брагинский М. И. К вопросу об ответственности за чужие действия по советскому гражданскому праву // Труды ВЮЗИ. — М. : Издательство ВЮЗИ, 1961. — Т. 1. — 84 с.
5. Ермолова О. Н. К вопросу о признаках предпринимательской деятельности // Предпринимательское право. Приложение «Право и Бизнес». — 2014. — № 3. — С. 32—35.
6. Канев Д. Р. Ответственность должника за последствия деликтных действий третьих лиц // Современное право. — 2013. — № 3. — С. 67—71.
7. Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации. Часть первая от 30 ноября 1994 г. № 51-ФЗ (постатейный) / Агешкина Н. А., Баринов Н. А., Бевзюк Е. А. [и др.] // СПС «КонсультантПлюс».
8. Оценка бизнеса : учебник / под ред. А. Г. Грязновой, М. А. Федотовой. — М. : Финансы и статистика. 2009. — 736 с.
9. Российское предпринимательское право : учебник / отв. ред. И. В. Ершова, Г. Д. Отнюкова. — М. : Проспект, 2011. — 1072 с.
10. Фомичева О. В. Принцип полного возмещения убытков и его реализация в российском гражданском праве : дис. ... канд. юрид. наук. — Самара, 2001. — 168 с.
11. Чукреев А. А. К проблеме легального определения предпринимательской деятельности // Российский юридический журнал. — 2015. — № 2. — С. 105—120.
12. Шевченко Л. И. Правовое регулирование договора возмездного оказания оценочных услуг // Современное право. — 2016. — № 12. — С. 96—98.

Материал поступил в редакцию 13 ноября 2017 г.

THE MAJORITY SHAREHOLDER'S LIABILITY DURING COMPULSORY REDEMPTION OF SHARES: ISSUES OF LAW ENFORCEMENT

ARTEMENKOV Sergey Viktorovich — PhD in Law, Associate Professor of the Department of Civil Law at the Kutafin Moscow State Law University (MSAL), Docent
artemenkovos@mail.ru
125993, Russia, Moscow, ul. Sadovaya-Kudrinskaya, d. 9

KRAVETS (RUDAKOVA) Victoria Dmitrievna — PhD in Law, Lecturer of the Department of Civil Law at the Kutafin Moscow State Law University (MSAL)
vd_rudakova@mail.ru
125993, Russia, Moscow, ul. Sadovaya-Kudrinskaya, d. 9

Abstract. In the paper the authors, on the basis of the analysis of jurisprudence, elucidates the conditions of holding a majority shareholder liable for improper determination of the redemption price of shares during

the procedure of compulsory redemption of shares (Article 84.8 of the Law on JSC). Courts consider damages recoverable to a minority shareholder in case of lowering the redemption price of the shares solely as a penalty. Thus, when considering the case, the following facts are to be determined: illegality of actions undertaken by the majority shareholder, damages, causation between violations committed by the majority shareholder and losses of minority shareholders, the majority shareholder's fault. The paper highlights the features of determining these circumstances, analyzes recent law-enforcement jurisprudence.

Particular attention is drawn to the need to consider the presumption of good faith conduct of civil relations participants when determining illegality of actions taken by the majority shareholder. In this context, the authors raise the question of qualifying the behavior of a majority shareholder when he determines the redemption price of the shares in precise compliance with applicable law, but on the basis of a report where an appraiser committed fundamental violations.

The paper focuses on the issue of the possibility of holding the majority shareholder liable for any violations committed by a third party, i. e. appraiser.

The authors analyze the jurisprudence with regard to the issue of establishing causation and make an attempt to explain the revealed contradictions.

In authors' opinion, the fault of the majority shareholder is needed to hold him liable, while the relations examined in the paper are regulated under general provisions of the Civil Code of the Russian Federation, in particular, Article 401 and 10.

The paper contains a number of statements set forth in jurisprudence and related to the examination of the report of the appraiser on the basis of which the majority shareholder has carried out the redemption of securities.

The authors analyze the most frequently used ways of proving that the redemption price of shares was underestimated and the majority shareholder acted in bad faith during the procedure of compulsory redemption of shares.

Keywords: *Civil Law, Corporate Law, joint stock companies, securities, stocks, civil liability, losses, forced repurchase of shares, squeezing out, evaluation activities.*

REFERENCES

1. *Ageshkina N. A. Barinov N. A. Bevzuk, E. A. et al.* The Commentary to the Civil Code of the Russian Federation. Part one of November 30, 1994 No. 51-FZ (itemized) // Prepared for SPS "Consultant".
2. *Andreev V. K.* Issues of responsibilities of third parties in the context of the theory of representation // Actual Problems of the State and Law: Problems of Subjective Rights: Interuniversity collection of scientific works. — Krasnodar, 1979. Issue 280. — P. 34—37.
3. *Bogdanova E. E.* Actual problems of recovering damages in contractual obligations // Civil Law. 2015. No. 3. — P. 6—9
4. *Boyko T.* Responsibility of the majority shareholder in squeezing out minority shareholders // The Corporate Lawyer. 2008. No. 11. — P. 24—28.
5. *Braginsky M. I.* Responsibility for the actions of others on the Soviet Civil Law // Works of the ARLCI. — M. The ARLCI Publishing House. 1961. Vol.1. — 84 p.
6. *Ermolova O. N.* To the question concerning characteristics of business activity // Business Law. "Law and Business" Supplement. 2014. No. 3. — P. 32—35.
7. *Kanev D. R.* The Debtor's Liability for the Consequences of Tortious Acts of Third Parties // Modern Law. 2013. No. 3. — P. 67—71.
8. *Business Valuation. A Textbook / Ed. by A.G. Gryaznova, M. A. Fedotova.* M. Finance and Statistics. 2009. — 736 p.
9. *Russian Business Law: A Textbook / Ed. by I. V. Ershova, G. D. Otnyukova.* M. Prospekt. 2011. — 1072 p.
10. *Fomicheva O. V.* The principle of complete recovery of losses and its implementation in the Russian Civil Law. The PhD Thesis. Samara, 2001. — 168 p.
11. *Chukreev A. A.* The problem of legal definition of entrepreneurial activity // Russian Law Journal. 2015. No. 2. — P. 105—120.
12. *Shevchenko L. I.* Legal regulation of the contract of paid appraisal services // Modern Law. 2016. No. 12. — P. 96—98.

В. Б. Немцева*

ОСОБЕННОСТИ СУДЕБНОГО РЕШЕНИЯ ПО ДЕЛАМ ОБ ОСПАРИВАНИИ НОРМАТИВНЫХ ПРАВОВЫХ АКТОВ

Аннотация. В статье рассматривается правовая природа судебного решения по делам об оспаривании нормативных правовых актов, его особенности по сравнению с решениями суда по другим категориям дел. Данное решение является актом обязательного официального нормативного толкования и в таком качестве рассматривается и как правоприменительный акт и, в определенных случаях, как акт правотворчества. Выявленная правовая природа судебного решения позволяет очертить пределы его законной силы: распространить ее на мотивы суда, а также в отношении производных или повторных нормативных правовых актов; констатировать, что субъективные пределы законной силы решения суда по делам об оспаривании нормативных правовых актов охватывают круг лиц, отношения с участием которых урегулированы оспоренным нормативным правовым актом.

Ключевые слова: оспаривание нормативных правовых актов, законная сила судебного решения, решение суда, признание нормативного правового акта недействующим.

DOI: 10.17803/1729-5920.2018.135.2.105-118

Особенности судебного решения по делам об оспаривании нормативных правовых актов (в том числе актов, содержащих разъяснения законодательства и обладающих нормативными свойствами) обусловлены его особой правовой природой. Дискуссия по вопросу о правовой природе решения по делам об оспаривании нормативных правовых актов развернулась вокруг отнесения его к правотворческим или правоприменительным актам.

Решение суда традиционно рассматривается в науке гражданского процессуального права как правоприменительный акт. Н. А. Чечина отмечает, что сущность судебного решения является через его отношение к норме права. В 1960-е гг. в результате дискуссии было выработано общее мнение о том, что решение суда следует рассматривать как разновидность акта

по применению права, в котором должны быть отражены итоги применения судом норм материального и процессуального права для разрешения исследованного спора в целях защиты субъективных гражданских прав. Это положение становится общепризнанным, и далее исследование проблемы сущности решения идет в плане выявления его специфических особенностей как акта применения права¹.

Этот подход представляется справедливым в том случае, если объектом непосредственного воздействия со стороны суда выступает конкретное правоотношение. То есть судебная деятельность состоит в установлении фактов и применении к ним нормы права.

Рассматривая дела об оспаривании нормативных актов, суд воздействует не на конкретные правоотношения, а на нормативный акт,

¹ Гражданский процесс : учебник / под ред. В. А. Мусина, Н. А. Чечиной, Д. М. Чечота. М., 2001. С. 187 (автор главы — Н. А. Чечина).

© Немцева В. Б., 2018

* Немцева Вера Борисовна, кандидат юридических наук, старший преподаватель кафедры гражданского и арбитражного процесса юридического факультета Омского государственного университета им. Ф. М. Достоевского
golas222@mail.ru
664065, Россия, г. Омск, ул. 50 лет Профсоюзов, д. 100

определяя возможность его дальнейшего действия. Отсутствие у данных решений общего значения обесмысливает оспаривание в суде нормативных актов, не может способствовать осуществлению цели защиты публичных интересов, охране законности и правопорядка, обеспечению единообразного применения нормативных актов.

В юридической литературе было высказано мнение о том, что судебные решения о признании нормативных актов недействующими являются актами правотворчества. В связи с этим роль суда определена как роль «негативного» законодателя, который отменяет правовые нормы. А предписание, отменяющее норму права, также является нормой права².

А. Н. Верещагин полагает, что «когда суд (конституционный или иной) лишает силы определенную норму, то это зачастую ведет к ее автоматической замене другой нормой». Например, если отменена норма, запрещающая действовать определенным образом, то появилась норма с позитивным содержанием, разрешающая действовать таким образом³.

Однако такое предположение не всегда оправданно, например, в случае признания судом недействующим нормативного правового акта об установлении регулируемой цены, подлежащей применению в расчетах неопределенного круга лиц с ресурсоснабжающими организациями за поставленный ресурс. С целью надлежащего урегулирования данных отношений соответствующий орган в силу его компетенции и в связи с принятием соответствующего решения суда обязан в установленный судом срок принять нормативный правовой акт, заменяющий нормативный правовой акт, признанный судом недействующим. В случае непринятия заменяющего нормативного правового акта спор о взыскании задолженности за поставленные ресурсы рассматривается с участием регулирующего

органа. При этом размер подлежащей оплате задолженности определяется судом исходя из выводов, содержащихся в судебном решении, которым нормативный правовой акт признан недействующим, и имеющихся в деле доказательств. В частности, при рассмотрении дела суд может учесть консультации специалистов, материалы тарифного дела, исходя из которых устанавливалась регулируемая цена, принять во внимание выводы, содержащиеся в судебных актах по делам, при рассмотрении которых уже определялась стоимость того же ресурса, поставленного тем же лицом за тот же регулируемый период. То есть в решении, признающем такой нормативный акт недействующим, новая цена не устанавливается.

Высказывается также мнение о том, что в решении суда, не установившем противоречий между правовыми актами, также содержится новая, созданная судом правовая норма, устраняющая неопределенность в вопросе соответствия друг другу нормативных предписаний⁴. На наш взгляд, при таком подходе проблематично выявить конкретное содержание этих устанавливаемых судом норм и их соотношение с процессуальными нормами, устанавливающими последствия вступления решения суда в законную силу.

Рассматривая судебное решение по делам об оспаривании нормативных актов в качестве актов правотворчества, исследователи данного вопроса уделяют внимание прежде всего резолютивной части судебного решения по делам об оспаривании нормативных актов, оставляя за скобками собственно основания вынесения решения, всю предшествующую судебную деятельность. Следует согласиться с тем, что признание нормативного акта недействующим и его отмена — не одно и то же⁵.

Мнение о том, что решение суда по делам об оспаривании нормативных актов является актом применения юридических норм, демон-

² Такая характеристика дается как решениям Конституционного Суда РФ, так и решениям иных судов, принятых по результатам рассмотрения дел об оспаривании нормативных актов (см.: *Витрук Н. В.* Конституционное правосудие. Судебно-конституционное право и процесс. М.: Юристъ, 2005. С. 118; *Марченко М. Н.* Судебное правотворчество и судебское право. М.: ТК Велби; Проспект, 2008. С. 439—442).

³ *Верещагин А. Н.* Судебное правотворчество в России: сравнительно-правовые аспекты. М.: Международный отношения, 2004. С. 105; *Он же.* Является ли Конституционный Суд «негативным законодателем»? // Закон. 2010. № 1. С. 187.

⁴ *Витрук Н. В.* Указ. соч. С. 118.

⁵ См.: определение Конституционного Суда РФ от 12 мая 2005 г. № 244-О «По жалобе граждан Вихревой Любови Александровны, Каревой Екатерины Ивановны и Масловой Валентины Николаевны на нарушение их конституционных прав пунктом 1 части первой статьи 134, статьями 220 и 253 Гражданского

стрирует анализ судебной деятельности, предшествующей вынесению решения, и характеризует все судебные решения, независимо от того, удовлетворены ли требования заявителя.

Г. Л. Осокина отмечает, что при разрешении дел данной категории суд применяет нормы права, которые содержат запрет на нарушение субординации правовых актов, образующих в совокупности правовую систему РФ (ст. 15, 90, 120 Конституции РФ и др.)⁶. В. С. Нерсесянц отмечает, что суд не отменяет норму права, он лишь устанавливает юридический факт несоответствия одной нормы права другой, последствия же такого несоответствия в виде отмены нормативного акта установлены в законе, а не устанавливаются судом⁷.

При характеристике существа судебного решения следует учитывать содержательную сторону разрешения судом дела об оспаривании нормативных актов: какие обстоятельства и как суду необходимо установить, чтобы применить соответствующие коллизионные нормы?

В части 8 ст. 213 КАС РФ⁸ очерчен круг значимых для разрешения дела обстоятельств, к которым относятся:

- 1) факт нарушения прав, свобод и законных интересов административного истца или лиц, в интересах которых подано административное исковое заявление;
- 2) факт соблюдения требований нормативных правовых актов, устанавливающих полномочия органа, организации, должностного лица на принятие нормативных правовых актов; форму и вид, в которых орган, организация, должностное лицо вправе принимать нормативные правовые акты; процедуру принятия оспариваемого нормативного правового акта; правила введения нормативных правовых актов в действие, в том числе порядок опубликования, государственной регистрации (если государ-

ственная регистрация данных нормативных правовых актов предусмотрена законодательством РФ) и вступления их в силу;

- 3) соответствие оспариваемого нормативного правового акта или его части нормативным правовым актам, имеющим большую юридическую силу.

Обстоятельства, указанные в первых двух положениях характеризуют проверку нормативного акта как формальную, поскольку не касаются выяснения содержания оспоренного акта и наличия противоречий между ним и вышестоящим нормативным актом.

Согласно п. 17 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 29.11.2007 № 48 «О практике рассмотрения судами дел об оспаривании нормативных правовых актов полностью или в части»⁹, если суд установит, что при издании оспариваемого нормативного правового акта был нарушен порядок издания нормативного акта (в настоящее время — обстоятельства, указанные в п. 2 ч. 8 ст. 213 КАС РФ), он вправе принять решение об удовлетворении заявления без исследования других обстоятельств по делу, в том числе содержания оспариваемого акта.

В этом обстоятельства принятия нормативного акта сходны с такими правовыми явлениями, как признание иска ответчиком, установление судом факта пропуска срока исковой давности или иного срока обращения в суд. При данных условиях суд, хотя и выносит судебное решение, однако не приступает к своей основной содержательной деятельности, и мотивировочная часть судебного решения будет усеченной, без установления «главного факта» — соответствия оспоренных предписаний нормативным актам, обладающим большей юридической силой.

Факт нарушения прав и законных интересов административного истца не имеет решающего значения, поскольку даже отказ заявителя от

процессуального кодекса Российской Федерации» // Вестник Конституционного Суда РФ. 2005. № 6 ; определение Конституционного Суда РФ от 12 июля 2006 г. № 182-О «По жалобам гражданина Каплина Александра Евгеньевича, открытого акционерного общества “Кузбассэнерго”, общества с ограниченной ответственностью “Деловой центр “Гагаринский” и закрытого акционерного общества “Инновационно-финансовый центр “Гагаринский” на нарушение конституционных прав и свобод положениями пункта 1 части 1 статьи 150, статьи 192 и части 5 статьи 195 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации» // Вестник Конституционного Суда РФ. 2007. № 1.

⁶ Осокина Г. Л. Гражданский процесс. Особенная часть. М. : Норма, 2007. С. 229—230.

⁷ Нерсесянц В. С. У российских судов нет правотворческих полномочий // Судебная практика как источник права. М. : Юристъ, 2000. С. 109—112.

⁸ Кодекс административного судопроизводства РФ от 08.03.2015 № 21-ФЗ // СЗ РФ. 2015. № 10. Ст. 1391.

⁹ Бюллетень Верховного Суда РФ. 2008. № 1.

своих требований не влечет сам по себе прекращения производства по делу (ч. 10 ст. 213 КАС РФ).

Нормативный акт может быть признан недействующим в судебном порядке, если он противоречит нормативному акту, имеющему большую юридическую силу (п. 1 ч. 2 ст. 215 КАС РФ). Именно на установление данного обстоятельства — наличие или отсутствие указанных противоречий — направлена вся судебная деятельность по рассмотрению и разрешению данных дел, в этом заключается ее суть, от его установления зависит возможность удовлетворения требования административного истца. Иные значимые для разрешения дела обстоятельства сути судебной деятельности по делам данной категории не отражают.

Далее следует определить, в чем состоит деятельность суда по содержательной проверке оспариваемых норм права. Представляется, что она заключается в том, чтобы:

1) установить содержание оспариваемых норм права, выраженных в нормативном правовом акте;

2) установить содержание правовых норм, содержащихся в нормативных актах, обладающих большей юридической силой и регулирующих те же общественные отношения;

3) сопоставить содержание первых и вторых между собой с целью установить наличие или отсутствие противоречий между ними.

В случае установления противоречий заявление подлежит удовлетворению, в случае отсутствия таковых — в удовлетворении заявления должно быть отказано. То есть признание акта недействующим или отказ в удовлетворении заявления по существу — лишь автоматический вывод из установленного судом противоречия (или его отсутствия) между этим актом и актом, большим по юридической силе. Признание нормативного акта недействующим, как и отказ в удовлетворении заявления, не имеет самостоятельного и нового содержания по отношению к предшествующей судебной деятельности.

Таким образом, с содержательной стороны деятельность суда при разрешении дел об оспаривании нормативных актов представляет собой толкование правовых норм, и в этом состоит ее суть. Как известно, под толкованием правовых норм следует понимать уяснение и разъяснение их содержания¹⁰. Результаты толкования фиксируются в акте толкования — в судебном решении.

Акты толкования являются различными по своему характеру. Все судебные акты прежде всего относятся к актам официального, т.е. обязательного, властного толкования правовых норм. Судебное решение является обязательным (ст. 13 ГПК РФ, ст. 16 АПК РФ). Акты официального (обязательного) толкования характеризуются тем, что осуществляются компетентными органами и влекут определенные юридические последствия¹¹.

Вместе с тем следует отметить, что по сфере действия, правовым последствиям акты судебного толкования правовых норм существенно различаются. По этому основанию акты официального (обязательного) толкования подразделяются на казуальные и нормативные. Первые обязательны для индивидуально-определенных адресатов, имеют разовое значение в рамках разрешения конкретного юридического дела. Вторые распространяются на широкий круг общественных отношений и характеризуются неоднократностью применения¹².

Так, юридическое значение толкования правовой нормы, оспариваемой в рамках дела об оспаривании нормативного акта, существенно отличается от юридического значения толкования той же нормы с целью ее применения в конкретном деле. В последнем случае значение акта толкования ограничивается кругом участвующих в деле лиц, судебное толкование обязательно только для этих лиц, является казуальным¹³. В первом же случае толкование правовой нормы является обязательным для всех адресатов этой нормы постольку, поскольку суд разрешает спор о соответствии одного нормативного акта другому, большему по юридиче-

¹⁰ О подходах к понятию толкования см.: *Вопленко Н. Н.* Официальное толкование норм права. М.: Юрид. лит., 1976. С. 6; *Он же.* Толкование права. Волгоград: Изд-во ВолГУ, 2007. С. 5.

¹¹ *Вопленко Н. Н.* Официальное толкование норм права. С. 11; *Соцура Л. В.* Толкование норм права: теория и практика. Самара: Изд-во Самарского юридического института Минюста РФ, 2001. С. 10, 26.

¹² *Вопленко Н. Н.* Толкование права. С. 65.

¹³ *Вопленко Н. Н.* Официальное толкование норм права. С. 12.

Исключение составляют случаи толкования юридических норм высшими судебными инстанциями, однако эти вопросы не являются темой данной статьи.

ской силе. Это означает, что результат судебного толкования устраняет неопределенность в вопросе соответствия нормативных актов друг другу и предопределяет возможность реализации нормативного акта. Таким образом, судебное решение по делу об оспаривании нормативного акта является **актом официального нормативного толкования правовых норм**, содержащихся в нормативных актах.

Является ли судебное решение при этом актом применения права?

Применение права традиционно понимается как деятельность, имеющая три стадии: 1) установление факта (в суде — при помощи судебных доказательств); 2) выбор правовой нормы (юридическая квалификация); 3) постановление решения. При этом фактическая основа дела представляет собой конкретные жизненные обстоятельства, с которыми нормы права связывают определенные юридические последствия (юридические факты). Эти факты, как правило, имеют место в прошлом и более известны сторонам. Суд лишь осуществляет их опосредованное познание при помощи доказательств, носителей фактической информации. Первая стадия занимает значимое место в процессе применения правовой нормы.

При выборе правовой нормы (вторая стадия) осуществляется и ее толкование, т.е. выясняется содержание данной нормы, возможность ее применения. Поэтому казуальное судебное толкование обоснованно рассматривается как часть правоприменительного процесса, а решение суда — как акт применения норм права.

Эти классические положения судебного правоприменения¹⁴ с большой долей условности можно распространить на разрешение судом дела об оспаривании нормативного акта. Так, «обстоятельствами» по делу являются содержание правовых норм (оспариваемых и вышестоящих), которое выясняется и сопоставляется судом. Законность нормативного акта относит-

ся к сугубо правовым явлениям¹⁵. В делах об оспаривании нормативных актов первая стадия процесса применения права (установление фактических обстоятельств) не занимает сколько-нибудь важного места. Так, устанавливаются и доказываются факты, связанные с принятием и опубликованием нормативных предписаний; с юридической заинтересованностью граждан и организаций — административных истцов. Основа судебной резолюции связана с толкованием принятых нормативных актов. Следует согласиться с теми учеными, которые полагают, что доказывание не требуется для оценки содержания нормативного акта¹⁶, или «доказывание» носит характер мыслительных операций¹⁷. При установлении содержания правовых норм главная роль принадлежит суду, который учитывает соображения участников процесса (их правовые доводы), однако и при отсутствии последних «обстоятельства» по делу могут быть установлены, что невозможно при отсутствии доказательств в исковом производстве.

На второй стадии, по мнению Г. Л. Осокиной, происходит применение коллизионных норм к установленным «обстоятельствам». Необходимо отметить, что в делах данной категории речь идет, таким образом, о применении ограниченной совокупности заранее известных норм. Более того, постановляя решение, суд не ссылается на «первичные» коллизионные нормы, содержащиеся в Конституции РФ, а обосновывает решение нормами процессуальными (ст. 215 КАС РФ), которые в каком-то смысле производны от коллизионных, поскольку предписывают при обнаружении противоречий между нормативными актами признавать недействующими оспоренные предписания. Таким образом, по существу, отсутствуют выбор и применение материальных правовых норм, вторая стадия правоприменительного процесса.

На наш взгляд, толкование правовых норм, а не их применение¹⁸, составляет существо

¹⁴ См., например: Алексеев С. С. Общая теория права : в 2 т. М. : Юрид. лит., 1981. Т. 2. С. 330 ; Теория государства и права : курс лекций. М. : Юрист, 2000. С. 458—459.

¹⁵ Никитин С. В. Судебный контроль за нормативными правовыми актами в гражданском и арбитражном процессе. М. : Волтерс Клувер, 2010. С. 189.

¹⁶ Баулин О. В. Распределение бремени доказывания при разбирательстве дел, возникающих из публичных правоотношений // Заметки о современном гражданском и арбитражном процессуальном праве. М. : Городец, 2004. С. 194.

¹⁷ Треушников М. К. Судебные доказательства. М. : Городец, 2005. С. 57.

¹⁸ За исключением случаев, когда установлены факты нарушения процедуры принятия и опубликования нормативных актов.

разрешения дел об оспаривании нормативных актов. Это толкование осуществляется не с целью применения норм к фактическим обстоятельствам, а с целью определить юридическую судьбу истолкованной нормы.

Является ли судебное решение по делам об оспаривании нормативных актов актом правотворчества? Мы выяснили, что резолютивная часть решения не содержит новых правовых норм, последствия, в ней предусмотренные, предписаны законом. Нельзя считать судебное решение о признании нормативного акта недействующим нормой права об отмене такого акта: отмена нормативного акта и признание его недействующим — различные правовые явления. При отмене нормативного акта не выясняется вопрос о легитимности его действия в прошлом, отмена нормативного акта не оказывает юридического воздействия на акты его реализации, имевшие место до отмены, что не может быть исключено в отношении решения суда о признании нормативного акта недействующим.

Поэтому ответ на заданный вопрос зависит от того, возможно ли создание правовых норм (позитивного характера) как результат толкования предписаний нормативных актов.

М. В. Залоило отмечает, что в Англии признается возможность правотворчества как результата толкования. Так, по содержанию все судебные прецеденты делятся на первоначальные (креативные) и интерпретационные (дающие толкование уже существующей статутной или прецедентной норме). Причем последние составляют большинство в связи с увеличивающейся ролью нормативного акта в правовом регулировании. И хотя традиционно толкование рассматривается как часть деятельности по применению права, признается, что толкование может иметь место и при правотворчестве: в частности, при создании подзаконных правовых предписаний (правотворческой конкретизации) происходит толкование закона¹⁹.

К сторонникам создания в результате толкования правовых норм следует, по-видимому, отнести и А. Н. Верещагина в связи с высказанными им взглядами, рассмотренными ранее.

Н. Н. Вопленко также отмечает, что толкование выступает средством как при применении

норм права, так и в правотворческих целях при конкретизации правовых норм²⁰.

Действительно, нормы федерального закона, конкретизирующего предписания Конституции, никто не относит к правоприменительным актам. Конкретизировать же конституционные нормы можно только исходя из толкования, установления их содержания. Вообще требование субординации нормативных актов предполагает, что при издании нормативного акта правотворческий орган обязательно должен уяснить себе смысл вышестоящих актов и будет действовать в рамках этого смысла.

Н. Н. Вопленко выделяет правотворческое толкование и определяет его как «осуществляемое в порядке судебного контроля высшими судебными инстанциями официальное толкование норм права, в результате которого лишаются юридической силы правовые акты, признанные в результате проверки несоответствующими конституционному, международному или текущему праву». К высшим судебным инстанциям автор отнес высшие судебные органы Российской Федерации и субъектов РФ²¹.

Данный вывод представляется спорным. Так, он касается только судебных решений о признании нормативных правовых актов недействующими. За скобками остается вопрос о том, каково значение судебного решения, принятого в порядке судебного нормоконтроля и не установившего противоречий между нормативными актами. Кроме того, судебный нормоконтроль осуществляется не только «высшими» судебными инстанциями, но также и районными судами в отношении нормативных актов органов местного самоуправления. Таким образом, автор рассматривает суд, осуществляющий прямой судебный нормоконтроль, в качестве «негативного» законодателя и не исследует вопрос о возможности создания правовых норм в процессе толкования.

Толкование не всегда ведет к созданию правовых норм. В странах общего права судебное правотворчество связывается с так называемыми «трудными» делами. В качестве условий для правотворческого толкования признается

¹⁹ Залоило М. В. Конкретизация и толкование юридических норм: проблемы соотношения и взаимодействия // Журнал российского права. 2010. № 5. С. 105—112.

²⁰ Вопленко Н. Н. Официальное толкование норм права. С. 20.

²¹ Вопленко Н. Н. Толкование права. С. 76

нечеткость или абстрактный характер толкуемой нормы²².

По-видимому, в отношении актов конституционного судебного нормоконтроля, объектом толкования в которых выступает Конституция РФ, а также упоминаемые в ней международные принципы и нормы, может быть справедливый вывод о правотворческом характере такого толкования, поскольку Конституционный Суд РФ вынужден конкретизировать конституционные нормы, разъясняя их содержание. Бытует представление о том, что Конституция РФ в силу ее стабильности и абстрактного характера норм является «живым текстом», позволяющим изменять толкование одних и тех же ее норм исходя из конкретных условий места и времени. То есть так называемое динамическое толкование стабильных правовых текстов²³ вполне можно считать правотворческим.

Судам общей юрисдикции также приходится в некоторых случаях конкретизировать содержание толкуемых норм. Так, Верховный Суд РФ признал недействующим п. 14 Административного регламента исполнения Федеральной казначейством государственной функции организации исполнения судебных актов, предусматривающих обращение взыскания на средства федерального бюджета по денежным обязательствам федеральных бюджетных учреждений, утвержденного приказом Минфина России от 22.09.2008 № 99н, **в той мере, в какой он позволяет отказывать** в приеме и рассмотрении заявления и направлять взыскателю исполнительный документ **без указания** в сопроводительном письме органа Федерального казначейства, в котором открыт лицевой счет должнику, либо на отсутствие у должника лицевых счетов в органах Федерального казначейства²⁴. Признано недействующим предписание в отсутствующей части, или оспариваемая норма права в результате дополнена.

Пожалуй, яркой иллюстрацией правотворческого толкования следует признать и решение Верховного Суда РФ от 14.11.2006 № ГКПИ06-1070, в котором норма не была

признана недействующей, однако в решении предписано иное (по сравнению с имевшим место ранее) ее применение²⁵.

С. обратилась в суд о признании недействующим абз. 4 п. 2.6 Положения об исчислении выслуги лет, назначении и выплате пенсий и пособий прокурорам и следователям, научным и педагогическим работникам органов и учреждений прокуратуры РФ, имеющим классные чины, и их семьям, утвержденного постановлением Правительства РФ от 12.08.1994 № 942 в части слов: «прокурорским работникам». Данным правовым предписанием, в частности, установлено: «При назначении лиц, получающих пенсию за выслугу лет или по инвалидности в органах прокуратуры, на должности прокурорских работников выплата пенсии приостанавливается». С. указала, что она как оперативный работник получала пенсию по выслуге лет, а при поступлении на работу в органы прокуратуры на должность специалиста выплата пенсии ей прекращена. При толковании оспариваемой нормы суд пришел к выводу, что она распространяется не на всех прокурорских работников, а только на тех, которые занимают должности прокурора, следователя, научного и педагогического работника в органах прокуратуры.

Оспоренное предписание было истолковано судом ограничительно, вопреки его буквальному смыслу и сложившейся практике его применения, но оставлено в силе. Резолютивная часть решения гласит: заявление С. о признании недействующим абз. 4 п. 2.6 Положения оставить без удовлетворения как не предполагающего приостановления выплаты пенсии при назначении лиц, получающих пенсию за выслугу лет или по инвалидности в органах прокуратуры, на должности прокурорских работников, не относящихся к прокурорам и следователям, научным и педагогическим работникам.

Таким образом, суд фактически изменил оспоренное правовое предписание — слово «прокурорские работники» после решения суда следует понимать так, что речь идет не обо всех прокурорских работниках, а только о некоторых должностях.

²² Верецагин А. Н. Судебное правотворчество в России : сравнительно-правовые аспекты. М. : Междунар. отношения, 2004. С. 70—136.

²³ Смирнов А. В., Манукян А. Г. Толкование норм права. М. : Проспект, 2008. С. 13—14, 102.

²⁴ Решение Верховного Суда РФ от 28.12.2009 № ГКПИ09-1543 // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2010. № 10. С. 6—9.

²⁵ СПС «ГАРАНТ».

Более того, Кассационная коллегия Верховного Суда РФ (определение от 25.01.2007 № КАС06-511) оставила решение в силе, указав, что «довод кассационного представления о том, что суд первой инстанции принял решение с превышением полномочий суда общей юрисдикции ошибочен, поскольку суд при проверке законности нормативного правового вправе сформулировать правовые позиции, исключаящие его неправильное толкование в правоприменительной практике»²⁶.

Итак, в определенных случаях конкретизация содержания правовой нормы может привести к созданию производной, более конкретной нормы. Однако в большинстве случаев суды общей юрисдикции, как правило, имеют дело с определенными правовыми предписаниями и толкуют правовые нормы исходя из их буквального значения.

Полагаю, что позитивное правотворчество в процессе рассмотрения судом дел по оспариванию нормативных актов не является обязательным элементом судебной деятельности. Кроме того, суждение о том, что в результате толкования создана правовая норма, в данном конкретном случае всегда оценочно.

Таким образом, применение норм права не составляет существа судебной деятельности по разрешению дел об оспаривании нормативных актов, а имеет очень специфическое содержание, правотворческая же ее составляющая присутствует не всегда.

Существо судебного решения по делу об оспаривании нормативного акта заключается в том, что оно является **актом официального нормативного толкования**.

Такая характеристика равным образом применима к решениям суда о признании нормативного акта недействующим и об отказе в удовлетворении административного иска, а также подчеркивает связь судебного решения с толкуемыми правовыми нормами и следование их судьбе.

Судебное решение по делам об оспаривании нормативного акта является обязательным для всех актом толкования оспоренной нормы права в контексте правового регулирования, единообразного понимания и применения нормативных актов всеми субъектами права.

Например, буквальное толкование правовых норм в судебном решении по их оспариванию исключает иное, расширительное или ограничительное, толкование этих норм. Если суд установил, что оспоренная норма не противоречит иной норме, обладающей большей юридической силой, то у иных субъектов отсутствует основание данную норму не применять. И напротив, если суд усмотрел наличие противоречий, то у субъектов права имеется обязанность отказаться от применения оспоренной нормы.

Понимание правовой природы судебного решения по делам об оспаривании нормативных правовых актов очерчивает и пределы законной силы такого решения суда.

Н. А. Миловидов писал, что законная сила судебного решения не простирается за пределы предмета, о коем состоялось судебное решение. Объективные пределы судебного решения, таким образом, характеризуют тот предмет, по поводу которого решение состоялось²⁷. Поскольку традиционно в качестве предмета суждений суда выступает конкретное правоотношение сторон, то объективные пределы его законной силы ограничиваются установленным судом правоотношением²⁸.

При рассмотрении дел об оспаривании нормативных правовых актов предметом судебного исследования не является конкретное правоотношение. Суд воздействует на нормативный правовой акт, правоотношения общего типа, а не устанавливает конкретные индивидуально-определенные правоотношения сторон.

Поэтому заслуживает внимания обсуждение специфического содержания объективных пределов законной силы судебного решения по делам об оспаривании нормативных актов в двух аспектах: 1) распространяются ли суждения суда относительно юридической силы оспоренных норм на аналогичные нормы права, содержащиеся в этом же или в других нормативных актах; 2) вступают ли в законную силу мотивы судебного решения по делам об оспаривании нормативных правовых актов.

В соответствии с ч. 1, 2 и 3 ст. 216 КАС РФ в случае признания судом нормативного правового акта не действующим полностью или

²⁶ СПС «ГАРАНТ». Оба судебных акта официально не опубликованы.

²⁷ Миловидов Н. А. Законная сила судебного решения по делам гражданским. Ярославль, 1875. С. 12.

²⁸ Осокина Г. Л. Гражданский процесс. Особенная часть. М.: Норма, 2007. С. 287.

в части этот акт или его отдельные положения не могут применяться с указанной судом даты, а также не могут применяться нормативные правовые акты, которые имеют меньшую юридическую силу и воспроизводят содержание нормативного правового акта, признанного недействующим полностью или в части, либо на нем основаны и из него вытекают (далее — производные акты). Решение суда о признании нормативного правового акта недействующим не может быть преодолено повторным принятием такого же акта (далее — повторного акта).

Означает ли это, что производный или повторный нормативный правовой акт утрачивает силу автоматически? Согласно ч. 5 ст. 216 КАС РФ требования об оспаривании повторных нормативных правовых актов могут рассматриваться судом в порядке упрощенного (письменного) производства без проверки законности повторного нормативного правового акта, если на момент принятия повторного нормативного правового акта отсутствовали изменения в законодательстве, которому противоречил признанный недействующим полностью или в части нормативный правовой акт.

Таким образом, решение суда о признании нормативного правового акта недействующим ограничивается предметом данного решения — теми положениями конкретного нормативного правового акта, которые были оспорены, а при оспаривании иного (повторного) нормативного правового акта имеют преюдициальное значение, а также позволяют суду рассмотреть дело об оспаривании нормативного правового акта в упрощенном порядке. Поэтому нельзя сказать, что производные или повторные акты автоматически являются недействующими.

Однако как обеспечена обязанность субъектов права не применять повторные и производные нормативные акты, установленная в ч. 2 и ч. 3 ст. 216 КАС РФ? Вправе ли суд, разрешая вопрос о применении повторного или производного нормативного акта при рассмотрении подведомственного ему дела (гражданского, административного и проч.), отказать от его применения со ссылкой на ч. 3 ст. 216 КАС РФ, а также на судебное решение, которым воспроизведенные положения признаны недействующими (при условии что «правовой контекст регулирования этих отношений также не изменился»)?

Очевидно, и на этот вопрос ответ должен быть утвердительным. Таким образом, повтор-

ные и производные нормативные акты могут не применяться судом и без признания их недействующими (в том числе в упрощенном порядке). Это отражает соотношение прямого и косвенного судебного нормоконтроля — суд вправе отказаться от применения незаконного нормативного акта, даже если он не был признан недействующим в установленном законом порядке.

Следует признать, что законная сила решения суда по делам об оспаривании нормативных правовых актов должна распространяться на производные и повторные нормативные правовые акты, **пока не доказано иное** при использовании процедуры оспаривания соответствующего нормативного акта в порядке прямого судебного нормоконтроля, т.е. пока решением суда по делу об оспаривании таких (повторных и производных актов) не будет установлено, что они не противоречат действующему законодательству.

В этом смысле следует обратить внимание на ст. 85 Федерального конституционного закона от 21.07.1994 № 1-ФКЗ «О Конституционном Суде Российской Федерации», согласно которой запросы в Конституционный Суд РФ являются допустимыми не только тогда, когда заявитель считает нормативный акт не подлежащим действию из-за его неконституционности, но также и **подлежащим действию вопреки официально принятому решению об отказе применять и исполнять его** как не соответствующий Конституции РФ. Аналогичные положения могут быть включены в КАС РФ, поскольку соответствуют правовой природе решения суда по делам об оспаривании нормативного правового акта как акта обязательного официального толкования.

В случае принятия повторного нормативного акта законом предусмотрена ответственность органа власти (за неисполнение судебного решения). В частности, ч. 4 ст. 9 Федерального закона от 06.10.1999 № 184-ФЗ «Об общих принципах организации законодательных (представительных) и исполнительных органов государственной власти субъектов Российской Федерации» в качестве мер ответственности предусматривает в том числе возможность роспуска или прекращения полномочий соответствующего органа власти или должностного лица. Представляется, что факт преодоления судебного решения (аналогичный характер правовых предписаний, которые признаны недействующими) как основание

для такой ответственности должен быть установлен в судебном порядке при рассмотрении дела об оспаривании соответствующих аналогичных предписаний.

В рамках учения об объективных пределах законной силы судебного решения в гражданском процессуальном праве необходимо отметить проблему вступления в законную силу только резолютивной части судебного решения или также его мотивов²⁹. В полном соответствии с традиционным представлением о предмете судебного решения законная сила мотивов судебного решения признается только за теми суждениями суда, выраженными в мотивировочной части, которыми устанавливаются факты и правоотношения сторон³⁰.

Мотивы же решения суда по делам об оспаривании нормативных актов являются суждениями суда о содержании нормативных актов. Таким образом, вопрос заключается в том, вступают ли в законную силу и, следовательно, могут ли быть обязательными суждения суда о содержании нормативного акта (толкование нормативного акта), на основании которых суд пришел к выводу о признании нормативного акта недействующим или об отказе в удовлетворении административного искового заявления об оспаривании нормативного правового акта.

Традиционно мотивы судебного решения в части толкования норм права не признаются имеющими законную силу ввиду аксиомы *jura novit curia*. Поэтому, в частности, такие суждения не входят в круг преюдициальных. Так, А. М. Безруков отмечает, что толкование норм права судом предполагает полную самостоятельность последнего в принятии решений, содержание нормы права не входит в предмет доказывания по делу, оно не устанавливается с помощью доказательств. Толкование нормы права — это специфический логический процесс, не тождественный процессу судебного доказывания. Распространение преюдициальной связи судебных актов на правовую позицию суда фактически повлекло бы за собой признание за преюдициальным судебным актом некоторых свойств прецеден-

та. Пределы преюдициальности гораздо уже, и проявляется она лишь в сфере доказывания, прецедентное решение же фактически создает новые нормы права (правоположения). Таким образом, можно утверждать, что правовая позиция суда не является преюдициальным обстоятельством³¹.

Однако судебное решение об оспаривании нормативного акта имеет специфический объект исследования — нормативный акт. Его содержанием является толкование нормативных актов. Резолютивная часть решения не может быть понята в отрыве от его мотивов. Мы уже приводили пример, когда на понимание резолютивной части влияет мотивировочная часть решения: норма права не признается недействующей, однако ей дается ограничительное толкование, и только в этом смысле она соответствует федеральному закону; норма права признается противоречащей закону, однако в каком именно смысле — объясняется в мотивировочной части, норма права может быть признана недействующей только в определенном смысле. При реализации оспоренных норм поэтому имеет значение не только вывод суда по делу об оспаривании нормативного акта, но и сам ход его рассуждений. Непризнание за мотивами судебного решения законной силы приведет к неправильной реализации судебных предписаний.

Следовательно, мотивы судебного решения по делам об оспаривании нормативного акта, которые заключаются в толковании правовых норм, вступают в законную силу, являются окончательными и не могут быть пересмотрены иначе, чем в установленном законом порядке путем обжалования судебного решения. Их обязательность имеет и преюдициальное значение при рассмотрении судом дел об оспаривании производных или повторных актов.

Характеристика субъективных пределов законной силы судебного решения по делам об оспаривании нормативных актов также имеет определенные особенности и зависит от предмета судебного решения.

Традиционно законная сила судебного решения ограничивается только теми лицами,

²⁹ См.: *Миловидов Н. А.* Указ. соч. С. 23; *Гурвич М. А.* Законная сила мотивов решения суда (в плане сравнительно-правового исследования) // *Избранные труды.* Краснодар: Совет. Кубань, 2006. Т. 1. С. 642—653.

³⁰ *Гурвич М. А.* Указ. соч. С. 642—653.

³¹ *Безруков А. М.* Преюдициальная связь судебных актов. М.: Волтерс Клувер, 2007. С. 59—61. См. также: *Ильин А. В.* К вопросу о содержании преюдициальности — свойства законной силы судебного решения // *Закон.* 2015. № 3. С. 75—86.

которые принимали участие в процессе — прежде всего к ним относятся субъекты спорного материального правоотношения (стороны), а также субъекты иных правоотношений, тесно связанных с указанным отношением (третьи лица). Права других лиц, не привлеченных к участию в деле, не могут быть затронуты судебным решением. Это объясняется тем, что права других лиц в состязательном процессе не могут быть поставлены в зависимость от поведения сторон³².

В делах об оспаривании нормативных актов неизбежно затрагиваются права неопределенного круга лиц. Так, А. А. Гусев полагает, что к лицам, участвующим в деле об оспаривании нормативных актов, следует отнести неопределенный круг лиц, чьи права и интересы затрагивает оспоренный нормативный акт, распространяя на этих лиц законную силу судебного решения³³.

Однако состав неопределенного круга лиц установить поименно невозможно. К ним относится не только круг лиц, чьи права и законные интересы затрагивает нормативный акт. Ими могут быть как лица, к которым нормативный акт уже был применен, или только будет применяться в будущем, в том числе весьма отдаленном, а также все те субъекты, которые реализуют, в том числе применяют, оспоренные нормы. Привлечь их всех в процесс и предоставить им право быть выслушанными судом невозможно, поэтому, по нашему мнению, нельзя считать таких лиц участвующими в деле.

Исходя из правовой природы судебных решений по делам об оспаривании нормативных правовых актов как актов обязательного официального нормативного толкования следует признать, что субъективные пределы законной силы такого решения соответствуют пределам действия оспоренных норм права по кругу лиц. Таким образом, законная сила судебного решения по делам об оспаривании нормативных правовых актов должна распространяться на всех лиц, отношения с участием которых регулируются оспоренным нормативным правовым актом (адресатов нормативного правового акта). Невозможно отрицать и то, что

решение суда по делу об оспаривании нормативного правового акта явно затрагивает права и обязанности таких лиц. Следовательно, они не могут быть лишены права на обжалование судебного решения по делу об оспаривании нормативного правового акта³⁴, однако с соблюдением условий, предусмотренных процессуальным законодательством, в том числе сроков на обжалование. Так, пропущенный процессуальный срок на подачу апелляционной жалобы может быть восстановлен, если жалоба подана не позднее чем через месяц после опубликования обжалуемого судебного решения, что в полной мере обеспечит возможность вступления решения в законную силу и его исполнение.

Распространение законной силы решения суда по делам об оспаривании нормативных актов на неопределенный круг лиц — адресатов оспоренных положений обеспечивается обязанностью суда своевременно и в полном объеме доводить до сведения таких лиц информацию о принятом судебном решении.

В соответствии с п. 2 ч. 4 ст. 215 КАС РФ опубликование решения суда или сообщения о его принятии осуществляется в течение одного месяца со дня вступления решения суда в законную силу в официальном печатном издании органа государственной власти, органа местного самоуправления, иного органа, уполномоченной организации или должностного лица, в котором были опубликованы или должны были быть опубликованы оспоренный нормативный правовой акт или его отдельные положения. Если опубликование решения суда или сообщения о его принятии невозможно в установленный срок в связи с определенной периодичностью выпуска официального печатного издания, решение суда должно быть опубликовано по истечении установленного срока в ближайшем номере такого издания. Если официальное печатное издание прекратило свою деятельность, решение суда или сообщение о его принятии публикуется в другом печатном издании, в котором публикуются нормативные правовые акты соответствующего органа государственной власти, органа местного самоуправления, иного

³² Миловидов Н. А. Указ. соч. С. 13.

³³ Гусев А. А. Проблемы рассмотрения дел об оспаривании нормативных правовых актов в арбитражном процессе : дис. ... канд. юрид. наук. Саратов, 2007. С. 123.

³⁴ Султанов А. Р. О праве заинтересованных лиц на обжалование решения по делу об оспаривании нормативного акта // Вестник гражданского процесса. 2016. № 5. С. 87—109.

органа, уполномоченной организации или должностного лица.

Правила об опубликовании судебного решения вызывают сомнения в части установления права суда публиковать решение не в полном объеме, а только в виде сообщения о его принятии. Такой возможностью пользуется, в частности, Верховный Суд РФ, который в Бюллетене Верховного Суда РФ публикует лишь сообщения об отказе в признании нормативного акта недействующим (решения о признании нормативного акта недействующим публикуются в полном объеме). Такой способ опубликования ограничивает право неопределенного круга лиц на обжалование судебного решения, возможности суда по установлению в некоторых случаях тождества заявленных требований и т.п.

Согласно п. 5 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 27.09.2016 № 36 «О некоторых вопросах применения судами Кодекса административного судопроизводства Российской Федерации» вопрос о том, что подлежит опубликованию (решение или сообщение о его принятии), разрешается судом с учетом конкретных обстоятельств дела. При этом следует иметь в виду, что в случае, если судебное разбирательство по делу об оспаривании нормативного правового акта осуществлялось в за-

крытом судебном заседании, опубликованию подлежит сообщение о принятии решения.

В то же время ч. 2, 4 ст. 15 Федерального закона от 22.12.2008 № 262-ФЗ «Об обеспечении доступа к информации о деятельности судов в Российской Федерации»³⁵ предусматривают, что тексты судебных актов, подлежащих в соответствии с законом опубликованию, **размещаются в сети Интернет в полном объеме**. При размещении в сети Интернет текстов судебных актов, предусматривающих положения, которые содержат сведения, составляющие государственную или иную охраняемую законом тайну, эти положения исключаются из текстов судебных актов.

Таким образом, действие судебного решения по делам об оспаривании нормативного правового акта в пределах его законной силы при опубликовании лишь сообщения о нем в печатном издании должно быть компенсировано опубликованием такого решения в полном объеме в сети Интернет так, чтобы заинтересованные лица, а также и сами суды, могли ознакомиться с его содержанием. Только при этом условии могут проявиться свойства судебного решения, вступившего в законную силу, в том числе исключительность, преюдициальность, неопровержимость.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. *Алексеев С. С.* Общая теория права : в 2 т. — М. : Юрид. лит., 1981. — Т. 2.
2. *Баулин О. В.* Распределение бремени доказывания при разбирательстве дел, возникающих из публичных правоотношений // Заметки о современном гражданском и арбитражном процессуальном праве. — М. : Городец, 2004.
3. *Безруков А. М.* Преюдициальная связь судебных актов. — М. : Волтерс Клувер, 2007.
4. *Верещагин А. Н.* Судебное правотворчество в России: сравнительно-правовые аспекты. — М. : Международ. отношения, 2004.
5. *Верещагин А. Н.* Является ли Конституционный Суд «негативным законодателем»? // Закон. — 2010. — № 1.
6. *Витрук Н. В.* Конституционное правосудие. Судебно-конституционное право и процесс. — М. : Юристъ, 2005.
7. *Вопленко Н. Н.* Официальное толкование норм права. — М. : Юрид. лит., 1976.
8. *Вопленко Н. Н.* Толкование права. — Волгоград : Изд-во ВолГУ, 2007.
9. *Гражданский процесс : учебник / под ред. В. А. Мусина, Н. А. Чечиной, Д. М. Чечота.* — М., 2001.
10. *Гурвич М. А.* Законная сила мотивов решения суда (в плане сравнительно-правового исследования) // Избранные труды. — Краснодар : Совет. Кубань, 2006. — Т. 1.
11. *Гусев А. А.* Проблемы рассмотрения дел об оспаривании нормативных правовых актов в арбитражном процессе : дис. ... канд. юрид. наук. — Саратов, 2007.
12. *Залоило М. В.* Конкретизация и толкование юридических норм: проблемы соотношения и взаимодействия // Журнал российского права. — 2010. — № 5.

³⁵ СЗ РФ. 2008. № 52 (ч. 1). Ст. 6217.

13. Ильин А. В. К вопросу о содержании преюдициальности — свойства законной силы судебного решения // Закон. — 2015. — № 3. — С. 75—86.
14. Марченко М. Н. Судебное правотворчество и судебское право. — М. : ТК Велби ; Проспект, 2008.
15. Миловидов Н. А. Законная сила судебного решения по делам гражданским. — Ярославль, 1875.
16. Нерсесянц В. С. У российских судов нет правотворческих полномочий // Судебная практика как источник права. — М. : Юристъ, 2000.
17. Никитин С. В. Судебный контроль за нормативными правовыми актами в гражданском и арбитражном процессе. — М. : Волтерс Клувер, 2010.
18. Осокина Г. Л. Гражданский процесс. Особенная часть. — М. : Норма, 2007.
19. Смирнов А. В., Манукян А. Г. Толкование норм права. — М. : Проспект, 2008.
20. Соцура Л. В. Толкование норм права: теория и практика. — Самара : Изд-во Самарского юридического института Минюста РФ, 2001.
21. Султанов А. Р. О праве заинтересованных лиц на обжалование решения по делу об оспаривании нормативного акта // Вестник гражданского процесса. — 2016. — № 5. — С. 87—109.
22. Теория государства и права : курс лекций. — М. : Юристъ, 2000.
23. Треушников М. К. Судебные доказательства. — М. : Городец, 2005.

Материал поступил в редакцию 19 июля 2017 г.

SPECIAL FEATURES OF A COURT DECISION IN CASES ON CHALLENGING REGULATIONS

NEMTSEVA Vera Borisovna — PhD in Law, Senior Lecturer of the Department of Civil and Arbitration Proceedings, Dostoevsky Omsk State University
golas222@mail.ru
664065, Russia, Omsk, ul. 50 let Profsoyuzov, d. 100

Abstract. *This article examines the legal nature of a court decision in cases on challenging regulations, its special features in comparison with court decisions in other categories of cases. This decision is a mandatory act of official normative interpretation and, as such, can be regarded as an enforcement act, and, in certain cases, as an act of law-making process. The identified legal nature of the court decision makes it possible to delineate the limits of its legal power, such as to extend it to the motives of the court, and to derivatives or re-regulatory legal acts. It is also possible to conclude that the subjective limits of legal force of the court decision on challenging regulatory legal acts cover a range of individuals, the relationship involving which are settled by the challenged regulations.*

Keywords: *challenging regulations, legal force of a court decision, the court's decision, recognition of regulations as invalid.*

REFERENCES

1. Alekseev, S.S. General Theory of Law. In two volumes. Vol. II — M: "Legal Literature", 1981.
2. Baulin, O.V. The Burden of Proof in Establishment of Evidence in Cases Arising from Public Legal Relationships // Notes on Modern Civil Procedure Law and Arbitration. — M.: OAO "Publishing House "Gorodets", 2004.
3. Bezrukov, A.M., Prejudicial Communication of Judicial Acts. — M.: Wolters Kluwer, 2007.
4. Vereshchagin, A.N. Judicial Law-Making Process in Russia. Comparative Legal Aspects.- M.:International Relationships, 2004.
5. Vereshchagin, A.N. Is the Constitutional Court a "Negative Legislator" // The Law. 2010. No.1
6. Vitruk, N.V. Constitutional Justice. Judicial Constitutional Law and Process. — M.: Lawyer, 2005.
7. Voplenko, N.N. The Official Interpretation of the Law. M.: Legal Literature, 1976.
8. Voplenko, N.N. The Interpretation of the Law. — Volgograd, Volga Publishing House, 2007
9. Civil Procedure. Course Book / V.A. Musin, N.A. Chechina, D.M. Chechota (Eds.). — M., 2001. P. 187. (Chapter is written by N.A. Chechina)
10. Gusev, A.A. Problems of Consideration of Cases on Challenging Regulations in the Arbitration Process. Candidate Degree Thesis (Legal Sciences) — Saratov, 2007.

11. *Gurvich, M.A.* Validity of the Motives of the Court Decision (In Terms of Comparative Legal Research) // M.A. Gurvich Selected Works. Vol. 1. — Krasnodar: Council. Kuban, 2006.
12. *Zaloilo, M.V.* Specification and Interpretation of Legal Norms: the Problem of Correlation and Interaction // Journal of Russian Law. 2010. No. 5.
13. *Ilyin, A.V.* The Content of Prejudicialness — Features of Legal Nature of a Court Decision // Law. 2015. No. 3. P. 75—86.
14. *Marchenko, M.N.* Judicial Law-Making Process and Judge-Made Law. — M.: TK Velbi, Publishing House Prospect, 2008.
15. *Milovidov, N.A.* Legal Force of a Court Decision in Civil Cases. — Yaroslavl, 1875.
16. *Nersesyants, V.S.* The Russian Courts Have no Legislative Powers // Judiciary Practice as a Source of Law. — M.: Lawyer, 2000.
17. *Nikitin, S.V.* Judicial Control over Regulations in Civil and Arbitration Process. — M.: Wolters Kluwer, 2010.
18. *Osokina, G.I.* Civil Proceedings. Special Part. — M.: Norma, 2007.
19. *Smirnov, A.V., Manukyan, A.G.* Interpretation of Law. — M.: Prospect, 2008.
20. *Sotsuro, L. V.* Interpretation of Law: Theory and Practice. — Samara: Publishing House of Samara Law Institute of the Ministry of Justice of the Russian Federation, 2001.
21. *Sultanov, A.R.* The Right of the Interested Persons to Appeal the Decision in Cases on Challenging Regulations // Herald of Civil Proceedings. 2016. No. 5. P. 87-109.
22. Theory of State and Law. Course of Lectures. — M.: Lawyer, 2000.
23. *Treushnikov, M.K.* Court Evidence. — M.: OAO "Publishing House "Gorodets", 2005.

ПРАВОВЫЕ ОСНОВЫ И ПРАКТИКА ЗАЩИТЫ КАСАЮЩИХСЯ ОКРУЖАЮЩЕЙ СРЕДЫ ПРАВ ЧЕЛОВЕКА В СВЯЗИ С ВООРУЖЕННЫМИ КОНФЛИКТАМИ

Аннотация. Состояние окружающей среды в целом и негативное воздействие на нее вооруженных конфликтов в частности, являются вопросами, требующими решения. Влияние данных факторов на права человека очевидно. Целью настоящей статьи является анализ норм международного права и практики для определения возможности защиты касающихся окружающей среды прав человека в связи с вооруженными конфликтами. Анализ международно-правовых норм показывает дефицит специальных норм, предусматривающих защиту касающихся окружающей среды прав человека в связи с вооруженными конфликтами. Объем норм международного права, предусматривающих прямую защиту права человека на здоровую окружающую среду, крайне ограничен. В основном они представляют собой нормы «мягкого права» и не обладают юридически обязательной силой либо же в самых общих формулировках закреплены в отдельных региональных инструментах.

Существующее состояние международно-правового регулирования данного вопроса диктует необходимость обращения к практике международных судебных и несудебных органов. В данном контексте практика Африканской комиссии по правам человека и народов, Межамериканской комиссии по правам человека, Европейского Суда по правам человека, а также акты, принятые конвенционными органами по правам человека, касающиеся защиты отдельных прав человека вследствие причинения ущерба окружающей среде, могут быть релевантными. Анализ такой практики и актов показывает, что защита касающихся окружающей среды прав индивида возможна в контексте других прав человека, а именно: права на жизнь, права на достаточный жизненный уровень, права на наивысший достижимый уровень здоровья, права собственности и др.

В целом защита касающихся окружающей среды прав человека в контексте других прав человека возможна и в условиях вооруженных конфликтов с учетом особенностей последних. Следовательно, такой подход может обеспечить защиту касающихся окружающей среды прав человека в связи с вооруженными конфликтами.

Ключевые слова: права человека, окружающая среда, вооруженные конфликты, международное право прав человека, право на здоровую окружающую среду, право на жизнь, право на наивысший достижимый жизненный уровень, право на наивысший достижимый уровень здоровья, право собственности.

DOI: 10.17803/1729-5920.2018.135.2.119-128

© Маммадов У. Ю., 2018

* Маммадов Узейир Юсуф-оглу, кандидат юридических наук, доцент кафедры международного и европейского права Казанского (Приволжского) федерального университета
uzeyirm@yandex.ru

420008, Россия, Республика Татарстан, г. Казань, ул. Кремлевская, д. 18

На фоне сохраняющейся устойчивой деградации состояния окружающей среды вооруженные конфликты, которые нередко сопровождаются не продиктованными военной необходимостью нападениями на объекты природной среды и нанесением чрезмерного сопутствующего ущерба окружающей среде, превращаются в реальную угрозу как отдельным индивидам, так и человечеству в целом.

В современном международном праве прямая или косвенная защита самой природной среды и индивида в связи с вооруженными конфликтами проистекает из норм различных его отраслей, а именно: международного гуманитарного права, международного права окружающей среды, международного права прав человека, международного уголовного права. Возможность применения норм различных отраслей международного права в связи с вооруженными конфликтами нашла отражение в работе Комиссии международного права ООН¹, хотя впоследствии предпочтение было отдано темпоральному подходу².

Однако приходится признать, что содержащаяся в нормах современного междуна-

родного права прямую и косвенную защиту природной среды в связи с вооруженными конфликтами сложно характеризовать как удовлетворительную³.

Существующая международно-правовая защита природной среды в связи с вооруженными конфликтами, предусмотренная в нормах различных отраслей современного международного права, базируется главным образом на антропоцентрическом подходе. Данное обстоятельство позволяет рассматривать такую защиту как обеспечивающую определенную защиту индивиду и его правам.

В силу своей особенности право человека на здоровую окружающую среду достаточно сложно поддается адекватному определению и описанию. Является ли данное право *de lege ferenda* или *de lege lata*, остается в некотором смысле открытым. Объяснение этому, возможно, кроется в том, что оно не имеет достаточного нормативного закрепления. В теории международного права прав человека право на здоровую (чистую) окружающую среду причисляют к метаправу (*Metaright*)⁴, правам солидарности (*Solidarity Rights* или *Right to Solidarity*)⁵, третьему по-

¹ См.: *Annex E. Protection of the environment in relation to armed conflicts* (Ms. Marie G. Jacobsson) in General Assembly Official Records Sixty-sixth session Supplement. No. 10 (A/66/10) Report of the International Law Commission Sixty-third session (26 April—3 June and 4 July — 12 August 2011). Para. 27, 31. P. 357, 358 // URL: <http://legal.un.org/docs/index.asp?symbol=A/66/10&referer=http://legal.un.org/ilc/reports/2011/&Lang=E> (дата обращения: 10 октября 2017 г.).

² См.: *Commentary to Draft principle 1 Scope in Chapter X Protection of the environment in relation to armed conflicts in General Assembly Official Records Seventy-first session Supplement. No. 10 (A/71/10) Report of the International Law Commission Sixty-eighth session (2 May — 10 June and 4 July — 12 August 2016)*. P. 322 // URL: <http://legal.un.org/docs/index.asp?path=../ilc/reports/2016> (дата обращения: 10 октября 2017 г.).

³ См., например: *Маммадов У. Ю.* Тенденция к усилению защиты природной среды в связи вооруженными конфликтами // *Научные труды. Российская академия юридических наук*. Вып. 16. М.: Юрист, 2016. Т. 2. С. 364—369; *Он же.* Защита природной среды во время вооруженных конфликтов в контексте международного права окружающей среды // *Российский юридический журнал*. 2015. № 6 (105). С. 54—67; *Он же.* Защита природной среды во время вооруженных конфликтов в контексте международного гуманитарного права // *Российский юридический журнал*. 2015. № 3 (102). С. 117—129.

⁴ *Философская концепция прав, обозначающая право, которое не может быть немедленно достижимым, однако может быть достигнуто и реализовано, если соответствующие и эффективные политика и действие принимаются обществом для воплощения их в жизнь. Право на развитие и право на чистую окружающую среду являются примерами таких прав.* См.: *Condé V. H.* *A Handbook of International Human Rights Terminology*. 2nd ed. (Human rights in international perspective, v. 8). Lincoln and London: University of Nebraska Press, 2004. P. 160.

⁵ *Права солидарности выражают категорию норм о правах человека, которые когда-то стали в целом известны как «третье поколение прав человека». Некоторые именуют данные права «правами солидарности», поскольку по своей природе и применению эти права требуют международного сотрудничества и совместной деятельности для приведения их в действие, как, например, право на мир, чистую окружающую среду, развитие и гуманитарную помощь; все они имеют коллективный, согласованный характер* (см.: *Condé V. H.* *Op. cit.* P. 242—243).

колению прав человека (Third Generation (Human) Rights)⁶.

В современном международном праве прав человека сложно выявить специальные нормы, которые предусматривали бы прямую защиту права человека на здоровую (чистую) окружающую среду в связи с вооруженным конфликтом. По этой причине целесообразно обратиться к нормам, которые устанавливают связь между правами человека и окружающей средой, чтобы определить возможность применения таких норм к ситуации вооруженного конфликта.

В силу особенностей формирования права человека на здоровую окружающую среду определенная связь между правами человека и охраной окружающей среды предусмотрена преимущественно в актах, содержащих нормы «мягкого права». Так, принцип 1 Стокгольмской декларации 1972 г., принятой на конференции ООН по проблемам окружающей человека среды гласит: «Человек имеет основное право на свободу, равенство и благоприятные условия жизни в окружающей среде, качество которой позволяет вести достойную и процветающую жизнь»⁷. Данные положения получили дальнейшее развитие в последующих резолютивных и декларативных актах, а именно: в § 5, 20, 23 Всемирной хартии природы, принятой резолюцией 37/7 Генеральной Ассамблеи от 28 октября 1982 г.⁸, ст. 29 Декларации Организации Объединенных Наций о правах коренных народов, принятой резолюцией 61/295 Генеральной Ассамблеи от 13 сентября 2007 г.⁹, § 6, 21—23 Декларации тысячелетия Организации

Объединенных Наций, принятой резолюцией 55/2 Генеральной Ассамблеи от 8 сентября 2000 г.¹⁰

Отдельные нормы универсальных международных документов по правам человека в определенной степени рассматриваются как устанавливающие связь между правами человека и охраной окружающей среды вообще. Толкование некоторых из них позволяет допустить применимость таких норм в ситуации вооруженных конфликтов. В некотором смысле такая связь может усматриваться и в положениях ст. 3 и 30 Всеобщей декларации прав человека 1948 г.

Положения ст. 17 и 27 Международного пакта о гражданских и политических правах 1966 г., касающиеся, соответственно, уважения личной, семейной жизни, жилища и корреспонденции и уважения прав меньшинств, при их широком толковании, могут в той или иной степени детерминированности охватывать защиту связанных с окружающей средой прав человека в ситуации вооруженного конфликта. Например, в государствах, где существуют этнические, религиозные и языковые меньшинства, право лиц, принадлежащих к таким меньшинствам, пользоваться своей культурой, исповедовать свою религию и исполнять обряды, а также пользоваться родным языком, может быть затронуто, если в ходе военных действий нападению подвергается элемент природной среды, являющийся одновременно объектом религиозного поклонения составляющего меньшинство местного или коренного населения, придерживающегося традицион-

⁶ В теории к ним относятся права, которые могут быть реализованы через согласованные и добросовестные усилия всех акторов на международной арене: государства, НПО, индивидов, МПО и другие публичные и частные органы, которые составляют в целом международное сообщество. Их зарождение и продвижение было скорее политическим и идеологическим, идущим в целом от восточного блока и третьего мира / развивающихся стран времен холодной войны. Многие ученые рассматривают права, о которых идет речь, как представляющие собой в лучшем случае *lex ferenda*, но еще не *lex lata*, хотя некоторые могут оспорить такой статус в отношении права на развитие. Третье поколение прав человека, считается, включает следующие отдельные права: право на развитие, право на мир, право на чистую окружающую среду, право на гуманитарную помощь, право на общее наследие и право на солидарность. См.: *Condé V. H. Op. cit.* P. 258—259.

⁷ URL: http://www.un.org/ru/documents/decl_conv/declarations/declarathenv.shtml (дата обращения: 10 октября 2017 г.).

⁸ UNDoc. A/RES/37/7 28 October 1982 // URL: http://www.un.org/ru/documents/decl_conv/conventions/charter_for_nature.shtml (дата обращения: 10 октября 2017 г.).

⁹ UNDoc. A/RES/61/295 17 March 2008 // URL: <http://www.un.org/ru/documents/ods.asp?m=A/RES/61/295> (дата обращения: 10 октября 2017 г.).

¹⁰ UNDoc. A/RES/55/2 of 8 September 2000 // URL: http://www.un.org/ru/documents/decl_conv/declarations/summitdecl.shtml (дата обращения: 10 октября 2017 г.).

ных верований и культов (например, культа сил природы, лесов, священных роц¹¹, деревьев¹², водоемов¹³, гор¹⁴ или других анимистических святынь).

Положения ст. 1, 11 и 12 Международного пакта об экономических, социальных и культурных правах 1966 г. также могут быть интерпретированы как обеспечивающие определенную защиту связанных с окружающей средой прав человека в ситуации вооруженного конфликта. В частности, положение ст. 1 (2) Международного пакта об экономических, социальных и культурных правах 1966 г., согласно которому «ни один народ ни в коем случае не может быть лишен принадлежащих ему средств существования», может быть наиболее релевантным. В связи с тем, что многие народы, в особенности ведущие традиционный образ жизни, во многом зависят от окружающей среды, любое военное нападение на подобные объекты природной среды способно повлечь нарушение указанного права. Предусмотренные в ст. 11 и 12 Международного пакта об экономических, социальных и культурных правах 1966 г., соответственно, «право каждого на достаточный жизненный уровень для него и его семьи, включающий достаточное питание, одежду и жилище, и на непрерывное улучшение условий жизни» и «право каждого человека на наивысший достижимый уровень физического и психического здоровья» могут быть в значительной степени затронуты вследствие ухудшения состояния природной среды в связи с вооруженным конфликтом. Подобным же образом могут рассматриваться, толковаться и применяться положения ст. 24

Конвенции о правах ребенка 1989 г., а также нормы других универсальных международных договоров.

Отдельные обязательства государств, закрепленные в Конвенции о коренных народах и народах, ведущих племенной образ жизни в независимых странах, 1989 г. (Конвенция МОТ № 169), дают основание полагать о наличии у коренных народов определенных прав, касающихся защиты и сохранения окружающей среды. Данный вывод следует из положений ст. 7 (4) указанной Конвенции, согласно которой «в сотрудничестве с соответствующими народами правительства осуществляют меры по защите и сохранению окружающей среды территорий, которые они заселяют».

Региональные системы защиты прав человека в данном вопросе носят более определенный характер. Отдельные региональные договоры о правах человека эксплицитно закрепляют право на здоровую окружающую среду. В частности, ст. 11 («Право на здоровую окружающую среду») Дополнительного протокола к Американской конвенции о правах человека в области экономических, социальных и культурных прав («Протокол Сан-Сальвадора») 1988 г.¹⁵, закрепляя право каждого индивида «жить в здоровой окружающей среде», одновременно возлагает на государства обязательство «содействовать защите, сохранению и улучшению окружающей среды». Положения ст. 24 Африканской хартии прав человека и народов 1981 г. адресуют такое право более широкому кругу лиц, предусматривая, что «все народы имеют право на общий удовлетворительный уровень окружа-

¹¹ Это, в частности, анимистические святыни (места паломничества) Индии (Animistic Shrines of India). Информацию об этом см.: Animistic Shrines of India // URL: http://sacredsites.com/asia/india/animistic_shrines.html (дата обращения: 10 октября 2017 г.).

¹² Например, находящееся в Индии, в Бодхгая (Bodh Gaya), Дерево Бодхи, священное дерево буддистов (Фигус священный) (Bodhi Tree (Ficus religiosa or Sacred Fig)). Подробнее об этом см.: Bodhi Tree, Bodh Gaya // URL: http://sacredsites.com/asia/india/bodhi_tree.html (дата обращения: 10 октября 2017 г.).

¹³ К примеру, к таковым можно отнести семь священных рек Индии: Ганг, Ямуна, Сарасвати, Годавари, Нармада, Кавери и Сараю (Ganga, Yamuna, Saraswati, Godavari, Narmada, Kaveri, and the Sarayu) (см.: Introduction to the Pilgrimage Places of India // URL: http://sacredsites.com/asia/india/pilgrimage_places.html (дата обращения: 10 октября 2017 г.)).

¹⁴ Как, например, Гора Шипрок (Shiprock) в Нью-Мексико, США, являющаяся сакральным местом для индейцев навахо (Navahos), у которых она именуется Гора с крыльями (Tse Bi dahi, or the Rock with Wings). См.: Shiprock, New Mexico // URL: http://sacredsites.com/americas/united_states/shiprock.html (дата обращения: 10 октября 2017 г.).

¹⁵ Additional Protocol to the American Convention on Human Rights in the Area of Economic, Social and Cultural Rights «Protocol of San Salvador» Adopted in San Salvador on November 17, 1988 // URL: <http://www.oas.org/juridico/english/treaties/a-52.html> (дата обращения: 10 октября 2017 г.).

ющей среды, благоприятствующий их развитию».

Как ни парадоксально, Европейская конвенция о защите прав человека и основных свобод 1950 г. не содержит норм, закрепляющих право индивида или группы на здоровую (чистую) окружающую среду. Тем не менее данное обстоятельство не является препятствием для обращения к нормам данной Конвенции, если нарушение прав человека является результатом причиненного окружающей среде ущерба. Защита прав человека в таких случаях может осуществляться в контексте толкования иных прав.

Поскольку отсутствие достаточной нормативной базы для защиты касающихся окружающей среды прав человека обуславливает осуществление такой защиты в контексте других прав человека, значительный вклад в конкретизацию и расширительное толкование соответствующих положений международных договоров по данному вопросу вносит прецедентная практика международных механизмов защиты прав человека. Пока прецедентная практика не столь развита и охватывает преимущественно события, происходившие в мирное время, тем не менее содержащаяся в ней конкретизация и расширительное толкование прав человека могут быть применены и в ситуациях вооруженных конфликтов.

Обращаясь к практике договорных органов, можно отметить, что, в частности, по мнению Комитета по экономическим, социальным и культурным правам (КЭСКО), выраженному в Замечании общего порядка № 14 — Право на наивысший достижимый уровень здоровья (ст. 12, § 4) (2000 г.), существует связь между правом на здоровье и здоровой окружающей средой¹⁶. Помимо этого, Комитет по экономическим, социальным и культурным правам в Замечании общего порядка № 15 — Право на воду (ст. 11 и 12 Пакта, § 8) (2002 г.) указывал,

что осуществление права на здоровье в определенном смысле зависит от санитарных условий окружающей средой¹⁷. Очевидно, что зачастую негативное воздействие вооруженных конфликтов на окружающую среду в целом, и, в частности, на такие его элементы, как воздух, источники воды и т. д., способны затронуть право человека на здоровье.

В Докладе Миссии ООН по установлению фактов¹⁸, учрежденной для расследования всех нарушений международного права прав человека и международного гуманитарного права во время военной операции в Газе в течение периода с 27 декабря 2008 г. по 18 января 2009 г., в числе других вопросов затрагивались и вопросы, связанные с ущербом окружающей среде. Несмотря на то, что Миссия в своем докладе ограничилась лишь констатацией в отдельном параграфе данной проблематики в самых общих чертах и по сути переадресовала вопрос Программе ООН по окружающей среде (ЮНЕП — UNEP)¹⁹, в других положениях, касающихся отдельных прав человека, все же указывала на связь таких прав с состоянием окружающей среды вследствие вооруженного конфликта²⁰.

Защита прав человека в контексте окружающей среды затрагивалась в прецедентной практике Африканской комиссии по правам человека и народов, примером чего может служить дело Центр действий по осуществлению социальных и экономических прав и Центр за экономические и социальные права против Нигерии (Social and Economic Rights Action Center (SERAC) and Center for Economic and Social Rights (CESR) v. Nigeria). Африканской комиссией по правам человека и народов было установлено, что безответственное развитие нефтедобычи, пренебрежение заботой о здоровье и окружающей среде общин, сброс токсичных отходов в окружающую среду и местные водотоки в нарушение международных

¹⁶ Международные договоры по правам человека. Т. 1 : Подборка замечаний общего порядка и общих рекомендаций, принятых договорными органами по правам человека. HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol. I) 27 May 2008. С. 107 // URL: http://www2.ohchr.org/english/bodies/icm-mc/docs/8th/HRI.GEN.1.Rev9_ru.pdf (дата обращения: 10 октября 2017 г.).

¹⁷ См.: Международные договоры по правам человека. Т. 1. С. 131, 132.

¹⁸ См.: HRC: Human Rights in Palestine and Other Occupied Arab Territories. Report of the United Nations Fact-Finding Mission on the Gaza Conflict (UN Doc. A/HRC/12/48 25 September 2009) // URL: <http://www.un.org/ru/documents/ods.asp?m=A/HRC/12/48> (дата обращения: 10 октября 2017 г.).

¹⁹ См.: HRC: Human Rights in Palestine and Other Occupied Arab Territories. § 1250, 1251.

²⁰ См.: HRC: Human Rights in Palestine and Other Occupied Arab Territories. § 1242, 1247, 1858.

экологических стандартов и другие действия привели к отравлению земли и воды в регионе и стали причиной серьезных негативных последствий²¹. При этом правительство было причастно к уничтожению источников пропитания, посевов и скота, а силы безопасности создали состояние террора и незащищенности, что сделало невозможным для многих жителей Огониленд (Ogoniland) возвращение на свои земли. Все это привело к недоеданию и голоду в общинах Огони (Ogoni)²². Сославшись на положения ст. 16 и 24 Африканской хартии прав человека и народов 1981 г., Африканская комиссия по правам человека и народов указала, что «данные права признают важность чистой и безопасной окружающей среды, которая тесно связана с экономическими и социальными правами, поскольку окружающая среда влияет на качество жизни и безопасность человека»²³. В данном контексте Комиссия указала: «Право на общий удовлетворительный уровень окружающей среды, гарантированное ст. 24 Африканской хартии, или право на здоровую окружающую среду, как это широко известно, тем самым налагает ясные обязательства на правительство. Оно требует от государства принятия разумных и других мер по предотвращению загрязнения и ухудшения состояния окружающей среды, содействия сохранению и обеспечению экологически устойчивого развития и использования природных ресурсов»²⁴.

В прецедентной практике Межамериканской системы по защите прав человека вопросы защиты прав человека в контексте охраны окружающей среды преимущественно были связаны с посягательством на земли коренных народов, эксплуатацией имеющихся на таких землях природных ресурсов, их затоплением в связи со строительством дамб (электростанций), а также последствиями вооруженных

конфликтов. Так, в Докладе о ситуации с правами человека в Эквадоре Межамериканской комиссии по правам человека затрагивались вопросы, касающиеся связи между правами человека и состоянием окружающей среды²⁵. Межамериканская комиссия по правам человека при обзоре влияния окружающей среды на права человека указала: «Американская конвенция по правам человека основывается на принципе, что права присущи человеку просто в силу того, что он является человеком. Уважение к неотъемлемому достоинству личности является принципом, который лежит в основе фундаментальной защиты права на жизнь и сохранение физического благополучия. Условия серьезного загрязнения окружающей среды, которые могут привести к серьезным физическим заболеваниям, ухудшению или страданию местного населения, являются несовместимыми с правом на уважение как человеческого существа»²⁶.

В прецедентной практике Европейского Суда по правам человека в основном рассматривались вопросы неблагоприятного воздействия загрязнения окружающей среды на человека сквозь призму права на уважение личной и семейной жизни. К примеру, в деле «Лопес Остра против Испании» ЕСПЧ указал: «Конечно, сильное загрязнение окружающей среды может сказаться на благополучии людей в такой степени, что крайне отрицательно отразится на их личной и семейной жизни, не подвергая, однако, серьезной опасности их здоровье. Независимо от того, рассматривается ли этот вопрос в свете позитивной обязанности государства, т.е. принимаются разумные и адекватные меры для обеспечения прав, предусмотренных ст. 8, § 1, или в контексте «вмешательства публичной власти», оправдываемого согласно ст. 8, § 2, в обоих этих случаях используемые

²¹ См.: AComHPR: Social and Economic Rights Action Center (SERAC) and Center for Economic and Social Rights (CESR) v. Nigeria. (Communication 155/96) 27 October 2001. § 1, 2 // URL: http://www.achpr.org/files/sessions/30th/comunications/155.96/achpr30_155_96_eng.pdf (дата обращения: 10 октября 2017 г.).

²² См.: AComHPR: SERAC and CESR v. Nigeria. § 9.

²³ См.: AComHPR: SERAC and CESR v. Nigeria. § 51.

²⁴ См.: AComHPR: SERAC and CESR v. Nigeria. § 52.

²⁵ См.: IACoMHR: Report on Situation of Human Rights in Ecuador. OEA/Ser.L/V/II.96, Doc. 10 rev. 1, 24 April 1997. Chapt. 9, Human Rights Issues of Special Relevance to the Indigenous Inhabitants of the Country // URL: <http://www.cidh.oas.org/countryrep/ecuador-eng/chapter-9.htm> (дата обращения: 10 октября 2017 г.).

²⁶ См.: IACoMHR: Report on Situation of Human Rights in Ecuador. OEA/Ser.L/V/II.96, Doc. 10 rev. 1, 24 April 1997. Chapt. 8, The Human Rights Situation of the Inhabitants of the Interior of Ecuador Affected by Development Activities // URL: <http://www.cidh.org/countryrep/ecuador-eng/chapter-8.htm> (дата обращения: 10 октября 2017 г.).

государством принципы по существу весьма близки. В любом случае необходимо стремиться к нахождению баланса между интересами индивидуума и общества в целом. И в том, и в другом случае за государством сохраняется определенный предел усмотрения»²⁷.

Сходный подход к вопросам защиты прав человека в случае нарушений, проистекающих от деятельности или деяний (действий либо бездействия), представляющих угрозу для окружающей среды, прослеживается в других делах, рассмотренных ЕСПЧ, а именно: «Пауэлл и Рейнер против Соединенного Королевства»²⁸, «Гуэрра и другие против Италии»²⁹, «Джакомелли против Италии»³⁰, «Тартар против Румынии»³¹ и многих других. Вместе с тем приходится признать, что интерпретация Суда по данному вопросу такова, что это делает практически невозможным применение и защиту указанного права в контексте вооруженного конфликта, поскольку в чрезвычайных условиях государства, пользуясь определенными пределами усмотрения, могут отдать предпочтение обеспечению в большей степени интересов общества, нежели индивида. Следовательно, такой подход представляется менее эффективным для целей защиты прав человека в контексте охраны окружающей среды во время вооруженных конфликтов.

Прецедентная практика ЕСПЧ демонстрирует и несколько иной подход к вопросу защиты прав человека в случае нарушений, проистекающих от деятельности или деяний (действий либо бездействия), представляющих угрозу для окружающей среды, что выражается в рас-

смотрении прав человека сквозь призму ст. 6 (право на справедливое судебное разбирательство) Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод 1950 г. Этот подход нашел отражение в делах «Зандер против Швеции»³², «Балмер-Шафрот и другие против Швейцарии»³³ и в целом ряде других дел. Данный подход, как представляется, также не способен обеспечить эффективную защиту прав человека в контексте охраны окружающей среды во время вооруженных конфликтов. Это обусловлено тем, что такой подход фокусируется на процессуальных правах, а не на субстантивных.

Совершенно другой подход прослеживается в деле «Ёнерйылдыз против Турции», которое касалось несчастного случая — смерти 39 человек вследствие взрыва метана, скопившегося на муниципальной свалке, и последовавшего за ним схода горы мусора, покрывшего прилегающие к свалке несколько незаконно построенных домов³⁴. Расследование и судебные процессы ограничились установлением степени халатности и назначением символических наказаний³⁵. Предметом рассмотрения в деле были нарушения государством положений ст. 2 (право на жизнь), ст. 6 (право на справедливое судебное разбирательство), ст. 8 (право на уважение частной и семейной жизни), ст. 13 (право на эффективное средство правовой защиты) Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод, а также ст. 1 Протокола № 1 к данной Конвенции (защита собственности). Европейский Суд по правам человека в части общих принципов,

²⁷ См.: ECtHR: Case of López Ostra v. Spain (Application no. 16798/90) Judgment, 09 December 1994 (§ 51). URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57905> (дата обращения: 10 октября 2017 г.).

²⁸ См.: ECtHR: Case of Powell and Rayner v. The United Kingdom (Application no. 9310/81) Judgment, 21 February 1990 // URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57622> (дата обращения: 10 октября 2017 г.).

²⁹ См.: ECtHR: (Grand Chamber) Case of Guerra and Others v. Italy (Applications nos. 116/1996/735/932) Judgment, 19 February 1998 // URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58135> (дата обращения: 10 октября 2017 г.).

³⁰ См.: ECtHR: Case of Giacomelli v. Italy (Application no. 59909/00) Judgment, 2 November 2006 // URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-77785> (дата обращения: 10 октября 2017 г.).

³¹ См.: ECtHR: Case of Tătar v. Romania (Application no. 67021/01) Judgment, 27 January 2009 // URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-90909> (дата обращения: 10 октября 2017 г.).

³² См.: ECtHR: Case of Zander v. Sweden (Application no. 14282/88) Judgment, 25 November 1993 // URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57862> (дата обращения: 10 октября 2017 г.).

³³ См.: ECtHR: (Grand Chamber) Case of Balmer-Schafroth and Others v. Switzerland (Application no. 67\1996\686\876) Judgment, 26 August 1997 // URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58084> (дата обращения: 10 октября 2017 г.).

³⁴ См.: ECtHR: (Grand Chamber) Case of Öneriyildiz v. Turkey (Application no. 48939/99) Judgment, 30 November 2004. § 10—20 // URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-67614> (дата обращения: 10 октября 2017 г.).

³⁵ См.: ECtHR: (Grand Chamber) Case of Öneriyildiz v. Turkey. § 21—43.

относящихся к предупреждению нарушений права на жизнь в результате опасной деятельности (материальный аспект ст. 2), указал: «Позитивное обязательство принимать все соответствующие меры по защите жизни, содержащееся в статье 2 Конвенции... прежде всего накладывает на государство обязанность введения законодательства и административной практики с целью обеспечить эффективное сдерживание от угрозы нарушения права на жизнь... Это обязательство, бесспорно, применяется к рассматриваемому виду опасной деятельности...»³⁶

В части общих принципов, относящихся к реакции судов, в случае предполагаемых нарушений права на жизнь (процессуальный аспект), ЕСПЧ отметил: «Если смерть наступила при обстоятельствах, ответственность за которые может быть возложена на государство, данная норма влечет обязанность государства обеспечивать всеми имеющимися в его распоряжении средствами адекватную реакцию судебных или иных органов с тем, чтобы законодательные и административные акты, призванные защищать право на жизнь, применялись должным образом, и любые нарушения данного права пресекались и наказывались...»³⁷ Отталкиваясь от общих принципов (материального и процессуального аспектов) права на жизнь, на основе анализа фактических обстоятельств дела ЕСПЧ в данном деле пришел к выводу, что «имело место нарушение процессуального аспекта статьи 2 Конвенции вследствие отсутствия (в связи с несчастным случаем, спровоцированным осуществлением опасной деятельности) адекватной «правовой» защиты, гарантирующей право на жизнь и предупреждающей подобное общественно опасное поведение в будущем»³⁸.

В отношении нарушения ст. 1 Протокола I к Европейской конвенции о защите прав челове-

ка и основных свобод ЕСПЧ признал незаконно построенные дома имуществом по смыслу указанной статьи³⁹. Суд отметил: «Подлинное, эффективное осуществление права, охраняемого данной нормой, не зависит от одной лишь обязанности государства не вмешиваться и может требовать обеспечения позитивных мер по защите, особенно если существует прямая связь между мерами, принятия которых заявитель вправе ожидать от государственных органов, и эффективным пользованием его имуществом»⁴⁰.

Согласно позиции Суда связанные с этим нарушения являлись не «вмешательством», а нарушением позитивного обязательства, так как государственные органы и служащие не сделали всего от них зависящего, чтобы защитить имущественные интересы заявителя⁴¹. Руководствуясь этим и основываясь на фактических обстоятельствах дела, ЕСПЧ в данном деле пришел к выводу, что имело место нарушение ст. 1 Протокола № 1 к Конвенции⁴². Наряду с этим, ЕСПЧ также установил нарушение государством ст. 13 Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод. Вместе с тем Суд не усмотрел необходимости рассматривать данную жалобу отдельно в части ст. 6 и 8 Конвенции⁴³.

В целом данный подход представляется более реальным с точки зрения практического применения и обеспечения защиты указанных прав во время вооруженного конфликта. В пользу этого свидетельствует то обстоятельство, что принятие мер в рамках позитивных обязательств государств по защите жизни и собственности больше соотносится с закрепленными в международном гуманитарном праве обязанностями сторон вооруженного конфликта принимать меры предосторожности (ст. 57, 58 Дополнительного протокола I⁴⁴; нормы 15-21

³⁶ См.: ECtHR: (Grand Chamber) Case of Öneriyildiz v. Turkey. § 89, 90.

³⁷ См.: ECtHR: (Grand Chamber) Case of Öneriyildiz v. Turkey. § 91—94, 96.

³⁸ См.: ECtHR: (Grand Chamber) Case of Öneriyildiz v. Turkey. § 118.

³⁹ См.: ECtHR: (Grand Chamber) Case of Öneriyildiz v. Turkey. § 124—129.

⁴⁰ См.: ECtHR: (Grand Chamber) Case of Öneriyildiz v. Turkey. § 134.

⁴¹ См.: ECtHR: (Grand Chamber) Case of Öneriyildiz v. Turkey. § 134, 135.

⁴² См.: ECtHR: (Grand Chamber) Case of Öneriyildiz v. Turkey. § 138.

⁴³ См.: ECtHR: (Grand Chamber) Case of Öneriyildiz v. Turkey. § 158—160.

⁴⁴ Дополнительный протокол к Женевским конвенциям от 12 августа 1949 года, касающийся защиты жертв международных вооруженных конфликтов (Протокол I) (Женева, 8 июня 1977 г.) // Женевские конвенции от 12 августа 1949 года и Дополнительные протоколы к ним. 5-е изд., доп. М.: Международный Комитет Красного Креста, 2011. С. 241—242.

ОМГП⁴⁵), соблюдать соразмерность (ст. 35 (2), 51 (5) (b), 56 (1), 57 (2) (a) (iii), 57 (2) (b), 85 (3) (b), (c) Дополнительного протокола I⁴⁶; норма 14 ОМГП⁴⁷) и проявлять должную заботу (ст. 55 Дополнительного протокола I⁴⁸; норма 44 ОМГП⁴⁹) при проведении нападений.

Таким образом, нельзя отрицать связь между правами человека и состоянием окружающей среды во время вооруженных конфликтов. Поскольку в международном праве прав человека количество специальных норм, которые предусматривают право человека на здоровую окружающую среду, незначительно, то лишь посредством толкования отдельных норм международного права прав человека возмож-

но обеспечить защиту прав человека в контексте охраны окружающей среды во время вооруженного конфликта. Это касается таких прав, как право на жизнь, право на достаточный жизненный уровень, право на наивысший достижимый уровень здоровья и др. Они могут обеспечить защиту касающихся окружающей среды прав человека в связи с вооруженными конфликтами. Вместе с тем разрабатываемый Комиссией международного права проект статей «Охрана окружающей среды в связи с вооруженными конфликтами» может внести существенный вклад в вопрос защиты касающихся окружающей среды прав человека в связи с вооруженными конфликтами.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. Маммадов У. Ю. Защита природной среды во время вооруженных конфликтов в контексте международного гуманитарного права // Российский юридический журнал. — 2015. — № 3 (102). — С. 117—129.
2. Маммадов У. Ю. Защита природной среды во время вооруженных конфликтов в контексте международного права окружающей среды // Российский юридический журнал. — 2015. — № 6 (105). — С. 54—67.
3. Маммадов У. Ю. Тенденция к усилению защиты природной среды в связи с вооруженными конфликтами // Научные труды. Российская академия юридических наук. — Вып. 16. — Т. 2. — М.: Юристъ, 2016. — С. 364—369.
4. Обычное международное гуманитарное право / Ж.-М. Хенкертс, Л. Досвальд-Бек; при участии К. Алверман, К. Дермана и Б. Ролла. — М.: Международный Комитет Красного Креста, 2006. Т. 1: Нормы. — 819 с.
5. Animistic Shrines of India // URL: http://sacredsites.com/asia/india/animistic_shrines.html.
6. Bodhi Tree, Bodhi Gaya // URL: http://sacredsites.com/asia/india/bodhi_tree.html.
7. *Condé V. H.* A Handbook of International Human Rights Terminology. — 2nd ed. (Human rights in international perspective; v. 8). — Lincoln and London: University of Nebraska Press, 2004. — 393 p.
8. Introduction to the Pilgrimage Places of India // URL: http://sacredsites.com/asia/india/pilgrimage_places.html.
9. Shiprock, New Mexico // URL: http://sacredsites.com/americas/united_states/shiprock.html.

Материал поступил в редакцию: 10 октября 2017 г.

⁴⁵ См.: Обычное международное гуманитарное право / Ж.-М. Хенкертс, Л. Досвальд-Бек; при участии К. Алверман, К. Дермана и Б. Ролла. М.: Международный Комитет Красного Креста, 2006. — Т. 1: Нормы. С. 65—86.

⁴⁶ Дополнительный протокол к Женевским конвенциям от 12 августа 1949 года. С. 229, 236—238, 241—242, 260—262.

⁴⁷ См.: Обычное международное гуманитарное право. Т. 1. С. 59—64.

⁴⁸ Дополнительный протокол к Женевским конвенциям от 12 августа 1949 года. С. 239.

⁴⁹ См.: Обычное международное гуманитарное право. Т. 1. С. 188—193.

LEGAL FRAMEWORK AND PRACTICE OF THE PROTECTION OF ENVIRONMENTAL HUMAN RIGHTS IN THE CONTEXT OF ARMED CONFLICT

MAMMADOV Uzair Yusuf-oglu — PhD in Law Associate Professor of the International and European Law Department, Kazan (Volga Region) Federal University
uzeyirm@yandex.ru
420008, Russia, Republic of Tatarstan, Kazan, Kremlevskaya ul., d. 18

Abstract. *The state of the environment in general and the negative effects of armed conflict in particular are issues to be addressed. The impact of these factors on human rights is obvious. The purpose of this article is to analyze norms and practice of international law to determine the possibility of the protection of environmental human rights in the context of armed conflict. The analysis of international legal norms shows a deficit of special rules providing for the protection of environmental human rights in the context of armed conflict. The volume of international law providing for the direct protection of the human right to a healthy environment is extremely limited. They represent the norms of “soft law” and are not legally binding or, in the most general terms, are enshrined in some regional instruments.*

The existing state of international legal regulation of this issue necessitates recourse to international judicial and non-judicial bodies. In this context, the practice of the African Commission on Human and Peoples Rights, Inter-American Commission on Human Rights, the European court on Human Rights, as well as acts adopted by the treaty bodies on human rights concerning the protection of individual human rights because of damage to the environment, may be relevant. The analysis of such practices and acts shows that the protection of environmental rights of the individual in the context of other human rights, namely: the right to life, right to adequate standard of living, the right to the highest attainable standard of health, right of ownership etc.

In general, the protection of environmental human rights in the context of other human rights is possible in the conditions of an armed conflict, taking into account the characteristics of the latter. Therefore, this approach can ensure the protection of environmental human rights in the context of armed conflict.

Keywords: *human rights, environment, armed conflict, international human rights law, the right to healthy environment, right to life, right to the highest attainable standard of living, right to the highest attainable standard of health, right of ownership.*

REFERENCES

1. *Mammadov, U. Yu.* The Protection of the Environment during Armed Conflicts in the Context of International Humanitarian Law // Journal of Russian Law. — 2015. — № 3 (102). — P. 117—129.
2. *Mammadov, U. Yu.* The Protection of the Environment during Armed Conflicts in the Context of International Environmental Law // Journal of Russian Law. — 2015. — № 6 (105). — P. 54—67;
3. *Mammadov, U. Yu.* Trend towards the Increased Protection of the Environment in Connection to Armed Conflict / Scientific Works. Russian Academy of Legal Sciences. Issue 16. Volume 2. — M.: OOO “Publishing House “Lawyer”, 2016. — 522 p. P. 364—369.
4. *Henckaerts, J.-M.* and *Doswald-Beck, L.*, with the participation of Alvermann K., Derman K. and B. Rolle. Customary International Humanitarian Law. Volume 1. Standards. M.: The International Committee of The Red Cross, 2006. — 819 p.
5. Animistic Shrines of India // < http://sacredsites.com/asia/india/animistic_shrines.html >.
6. Bodhi Tree, Bodh Gaya // < http://sacredsites.com/asia/india/bodhi_tree.html >.
7. *Condé, H. V.* A Handbook of International Human Rights Terminology. Second Edition. (Human rights in international perspective; V. 8). — Lincoln and London: University of Nebraska Press, — 2004. — 393 p.
8. Introduction to the Pilgrimage Places of India // < http://sacredsites.com/asia/india/pilgrimage_places.html >.
9. Shiprock, New Mexico // < http://sacredsites.com/americas/united_states/shiprock.html >.

МЕЖДУНАРОДНОЕ ЧАСТНОЕ ПРАВО

О. В. Луткова*

СПЕЦИАЛЬНЫЕ КОЛЛИЗИОННО-ПРАВОВЫЕ ПРИНЦИПЫ РЕГУЛИРОВАНИЯ ТРАНСГРАНИЧНЫХ АВТОРСКИХ ОТНОШЕНИЙ

Аннотация. В статье предложена оригинальная классификация принципов правового регулирования трансграничных авторских отношений, включающая три вида групп руководящих норм, вычлененных на основании ряда существенных критериев: системообразующие принципы, специальные материально-правовые и специальные коллизионные принципы. Подробному исследованию подвергнута группа специальных коллизионно-правовых принципов, структурно включающих следующие два вида основных регуляторов: закон государства, где испрашивается охрана произведения (*lex loci protectionis*), и закон государства происхождения произведения (*lex loci origins*).

Осуществлен анализ трансграничных авторско-правовых отношений не только с позиций разрозненных в силу национального режима международно-правовой охраны систем национального права и сепаратно регулируемых ими авторских отношений, как это отражено в большинстве современных научных исследований в сфере авторского права. Автор настоящего исследования использует системный подход, который позволил выявить общие фундаментальные основы регулирования соответствующих групп отношений в масштабе сообщества государств — участников системы международной охраны авторских прав. Анализ осуществлен через действие норм международных соглашений по авторскому праву в тандеме с национальными правовыми порядками государств, участвующих в этих соглашениях, а также одновременно через сравнительный анализ авторского права современных государств между собой. Выявленные системные регуляторы — принципы правового регулирования трансграничных авторских отношений — в условиях пробельности коллизионного и даже материально-правового регулирования в отдельных институтах авторского права могут выполнять функцию юридических ориентиров.

Ключевые слова: трансграничные авторские отношения, принципы правового регулирования, специальные коллизионно-правовые принципы, закон государства, где испрашивается охрана, *lex loci protectionis*, закон государства происхождения произведения, *lex loci originis*.

DOI: 10.17803/1729-5920.2018.135.2.129-139

Понятие, место и классификация принципов правового регулирования трансграничных авторских отношений. В теории права выделяют особые правовые положения, составляющие основу регулирования определенной сферы общественных отношений

(системы права (национального или международного), отрасли, подотрасли, институты и т.д.), — принципы права. Принципы права пронизывают каждый структурный элемент как системы международного (публичного) права, так и каждой из национальных систем права,

© Луткова О. В., 2018

* Луткова Оксана Викторовна, кандидат юридических наук, доцент, доцент кафедры международного частного права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА)

ovlutkova@mail.ru

125993, Россия, г. Москва, ул. Садовая-Кудринская, д. 9

и находятся в рамках любой системы в отношениях строгой иерархии: системообразующим принципам подчинены отраслевые, тем и другим одновременно подчинены подотраслевые принципы, принципы институтов права и т.д. Так, основным принципам международного (публичного) права — принципам суверенного равенства государств, уважения прав и основных свобод человека, неприменения силы и угрозы силой и др. — подчинены принципы (а также другие нормы) международного торгового права, международного экономического права, международного морского права, международного космического права и других отраслей международного (публичного) права. Однако при этом каждый самостоятельный структурный элемент любой системы права — отрасль, подотрасль, институт — могут иметь собственную специфику регулирования и, соответственно, специальные (собственные) принципы правового регулирования.

Являясь нормами одного и того же «уровня» юридической силы, принципы правового регулирования в определенном структурном элементе системы права не могут вступать в конфликт, противоречить или исключать друг друга. Они являются взаимосвязанными, взаимодополняющими и системообразующими в рамках системы конкретного структурного элемента.

Любая область правового регулирования в сфере международного частного права подчинена как общим принципам права в целом, так и основным принципам международного (публичного) права, поскольку все вопросы, возникающие в связи с соблюдением частных прав иностранных физических и юридических лиц на территории принимающего государства, должны регулироваться в рамках направленных на защиту интересов этих лиц взаимосогласованных межгосударственных договоренностей, имплементированных в национальное право договорившихся государств¹.

При этом специфика объекта регулирования каждого из элементов — подотраслей, инсти-

тутов — в структуре отрасли международного частного права обуславливает существование собственных принципов, среди которых в силу особенностей методов правового регулирования и порожденных этим фактом особенностей нормативного состава международного частного права выделяются материальные и коллизионные принципы регулирования трансграничных частноправовых отношений².

Применительно к сфере правового регулирования трансграничных авторских отношений целесообразна следующая классификация принципов, являющихся общими как для всей системы международной охраны авторских прав, так и для национальных систем авторского права, участвующих в международной системе охраны авторских прав государств³:

- *системообразующие принципы авторского права*: принцип исключительности авторских прав, принцип срочной охраны, принцип осуществления охраны в пользу автора и его правопреемников;
- *специальные материально-правовые принципы*: принцип автоматического предоставления авторско-правовой охраны; принцип унификации базовых критериев предоставления авторско-правовой охраны; принцип национального режима охраны; принцип компромисса в отношении формальностей;
- *специальные коллизионно-правовые принципы*: закон государства, где испрашивается охрана произведения (*lex loci protectionis*); закон государства происхождения произведения (*lex loci origins*).

Специальные коллизионно-правовые принципы регулирования трансграничных авторских отношений. Участие иностранного правообладателя в авторско-правовых отношениях предопределяет возникновение коллизионных вопросов, которые должны разрешаться на основании общего метода международного частного права, включая коллизионный способ⁴. Соответственно, участие иностранного правообладателя предопределяет также

¹ См. об этом: *Акимова Ю. М.* Принципы международного частного права : дис. ... канд. юрид. наук. М., 2015.

² См. об этом: *Акимова Ю. М.* Методология классификации принципов международного частного права // Актуальные проблемы российского права. 2013. № 5 ; *Она же.* Принципы коллизионного регулирования в международном частном праве // Правовое государство: теория и практика. 2013. № 3.

³ См. об этом: *Луткова О. В.* Принципы правового регулирования трансграничных авторских отношений // Вестник Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА). 2016. № 12 (28). С. 63—92.

⁴ См. об этом: *Международное частное право : учебник / отв. ред. Г. К. Дмитриева.* 4-е изд., перераб. и доп. М., 2016. С. 13.

формирование особых принципов правового регулирования трансграничных авторских отношений — коллизионных принципов, на специфику которых оказывает влияние проблема территориальной ограниченности авторских прав. Поскольку многие вопросы регулирования авторских прав в трансграничных отношениях особенно связаны с правопорядком государства, предоставляющего охрану, коллизионные принципы правового регулирования опираются на привязки к праву государств, на территории которых авторские права «оказывают юридический эффект»⁵.

Коллизионный принцип «закон государства, где истребуется охрана» (lex loci protectionis). Господствующим коллизионным принципом правового регулирования трансграничных авторских отношений является формула прикрепления lex loci protectionis. Прежде всего этот принцип отражен в базовом международном соглашении по авторскому праву — Бернской конвенции 1886 г.: *во-первых*, в п. 2 ст. 5 закреплено, что «помимо установленных настоящей Конвенцией положений, объем охраны, равно как и средства защиты, представляемые автору для охраны его прав, регулируются исключительно законодательством страны, в которой истребуется охрана»; *во-вторых*, в п. 8 ст. 7 закреплено правило об общем порядке определения сроков охраны авторских прав — «срок определяется законом страны, в которой истребуется охрана»; *в-третьих*, в ст. 14 bis 2 (а) установлено, что «определение лиц — владельцев авторского права на кинематографическое произведение сохраняется за законодательством страны, в которой истребуется охрана».

Из грамматического анализа текста приведенных норм следует, что право государства охраны произведения будет регулировать следующие вопросы: предоставляемый правообладателю объем охраны (объем прав

и обязанностей); виды средств защиты, предоставляемых правообладателю для охраны его прав; определение срока охраны авторских прав (в случае, если государство не пожелает следовать правилу о сравнении сроков охраны).

Однако в мировой доктрине международного авторского права, равно как и в актах правотворческой деятельности и правоприменительной практики разных государств, встречаются различные подходы к толкованию содержания конвенционной формулировки «lex loci protectionis» и установлению содержания этой коллизионной формулы в собственном (национальном) праве, которые влияют на выбор применимого к правоотношению права⁶.

1. *Право государства, для которого (в отношении которого) истребуется защита*. Существует концепция, что конвенционную формулу «страна, в которой истребуется защита» следует толковать в смысле «страна, для которой истребуется защита»⁷.

В Регламенте Европейского Союза о праве, подлежащем применению к внедоговорным обязательствам 2007 г. («Рим II») о коллизионном подходе «lex loci protectionis» упоминается как об «универсальном принципе», который следует сохранить, применительно к вопросу определения применимого права к спорам из нарушения прав интеллектуальной собственности во внедоговорных отношениях (ст. 26 преамбулы). Согласно этому принципу «правом, подлежащим применению к внедоговорному обязательству, возникающему вследствие нарушения права интеллектуальной собственности, является право страны, применительно к которой предъявляется требование о защите» (п. 1 ст. 8).⁸ Таким образом, речь идет о заинтересованном правопорядке, т.е. таком, который действует в государстве, на территории которого возник юридический эффект, повлекший необходимость в защите интеллекту-

⁵ См.: Крупко С. И. Нематериальная природа результатов интеллектуальной деятельности / средств индивидуализации в аспекте международного частного права // Хозяйство и право. 2014. № 11. С. 3.

⁶ Российскими исследователями были классифицированы варианты толкования коллизионной формулы lex loci protectionis в правопорядках разных государств. См., в частности: Крупко С. И. Нематериальная природа результатов интеллектуальной деятельности / средств индивидуализации в аспекте международного частного права. С. 3 ; Суспицына М. В. Коллизионное регулирование отношений интеллектуальной собственности : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2013. С. 18.

⁷ См.: Andre L. Law Applicable in Copyright Infringement in the Digital Environment // URL: <http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001396/139652e.pdf>.

⁸ Регламент (ЕС) № 864/2007 Европейского Парламента и Совета // URL: <http://eulaw.edu.ru/documents/legislation/collision/vnedogovornoe.htm>.

альных прав. При этом само нарушение прав, предопределившее юридически значимые последствия, могло произойти в другой юрисдикции (или нескольких юрисдикциях), но восстановить нарушенное право требуется применительно к конкретному государству, и для его восстановления должно быть применено право этого заинтересованного государства.

Именно таким образом коллизионный принцип «*lex loci protectionis*» истолкован в п. 1 ст. 110 Закона Швейцарской конфедерации о международном частном праве; в пар. 301 (1) (а) «Принципов интеллектуальной собственности, регулирующих юрисдикцию, выбор применимого права и судебные решения в трансграничных спорах»⁹ Американского института права; в ст. 3:102 «Принципов коллизионного регулирования отношений интеллектуальной собственности»¹⁰ Института Макса Планка; в ст. 301 (2) «Принципов определения интеллектуальных прав в международном частном праве»¹¹ — совместной разработки японских и корейских исследователей.

Такое толкование принципа прослеживается в правоприменительной практике и доктрине многих государств. Так, в доктрине и правоприменительной практике ФРГ и Швейцарской Конфедерации¹² привязка к праву государства, в отношении которого истребуется защита, толкуется не абстрактно, но с учетом волеизъявления истца как право государства, для которого истец отыскивает защиту. Таким образом, под *lex loci protectionis* понимается право госу-

дарства, на территории которого правообладатель хочет использовать свой нематериальный объект и защищать его от посягательств третьих лиц¹³. С. И. Крупко справедливо отмечает, что этот аспект особенно важен на стадии первичной квалификации, так как действия по нарушению исключительных прав на произведение, принадлежащее иностранному гражданину, могут быть совершены одновременно более чем в одном принимающем государстве, соответственно, становится важно, в отношении какого именно государства истец ищет защиту¹⁴.

Этот коллизионный подход отражен также в ст. 54 итальянского Статута международного частного права 1995 г. и является одним из самых больших и важных нововведений в итальянском коллизионном праве. Здесь использована привязка *lex loci protectionis* как единое коллизионное правило с учетом критерия «место эксплуатации» интеллектуального права, потому что «всегда можно определить место, где право используется. Закон защищающей страны решает все вопросы и проблемы, возникающие из трансграничных споров об интеллектуальной собственности, независимо от того, подлежат права регистрации или нет: существование и возникновение права, пределы действия права, возможность передачи, срок действия, признаки, моральные права, нарушения и средства судебной защиты»¹⁵. *Lex loci protectionis* применяется также к некоторым спорным вопросам, таким как автор-

⁹ Intellectual Property Principles Governing Jurisdiction, Choice of Law, and Judgments in Transnational Disputes // URL: http://www.ali.org/index.cfm?fuseaction=publications.fpage&product_code=1IPOT.

¹⁰ Полный текст на английском языке см.: http://www.cl-ip.eu/_www/files/pdf2/Final_Text_1_December_2011.pdf.

¹¹ Principles on Private International Law on Intellectual Property Rights Joint Proposal Drafted by Members of the Private International Law Association of Korea and Japan (Waseda University Global COE Project) // URL: <http://www.globalcoe-waseda-law-commcrce.org/activity/pdf/19/21.pdf>.

¹² См. об этом: Крупко С. И. Коллизионно-правовые аспекты регулирования интеллектуальной собственности // *Хозяйство и право*. 2014. № 11. С. 15.

¹³ Drexl J. The proposed Rome II regulation: European choice of law in the field of intellectual property // *Intellectual property and private international law: IIC Studies*. Vol. 24 / ed. J. Drexl, A. Kur. Oxford and Portland, Oregon : Hart Publishing, 2005.

¹⁴ См. об этом: Крупко С. И. Коллизионно-правовые аспекты регулирования интеллектуальной собственности. С. 15.

¹⁵ Есть противники такого регулирования (R. Luzzatto), утверждающие, что ст. 54 не может рассматриваться как правильный подход к выбору применимого права: ее следовало бы сформулировать как одностороннюю коллизионную норму, выбирающую итальянское право. Иностранные законы могут применяться только «непрямо» с тем, чтобы устанавливать охраноспособность произведений, возникших в другой юрисдикции, авторство и другие предварительные вопросы, относящиеся к нарушению прав и возможных средств судебной защиты.

ство и первичное правообладание авторским правом...»¹⁶. Таким образом, в Италии *lex loci protectionis* охватывает вопросы не только интеллектуального статута, в который входят немущественные характеристики, но и договорный статут¹⁷.

2. *Право страны, где истребуется защита*. Иная позиция состоит в утверждении, что «объем охраны, равно как и средства защиты, обеспечиваемые автору для охраны его прав» (ст. (2) 5 Бернской конвенции 1886 г.), связаны исключительно с *ответственностью* за нарушение права, и в силу этого должны регулироваться законодательством страны, в которой осуществляется процедура защиты — рассмотрение спора¹⁸.

Такой подход к разрешению коллизионных вопросов интеллектуальной собственности заложен в Модельном ГК для стран СНГ: согласно п. 1 ст. 1232 к правам на интеллектуальную собственность применяется право страны, где испрашивается защита этих прав. Нормы с аналогичным содержанием закреплены в законодательстве ряда стран СНГ (ст. 1132 ГК Белоруссии, ст. 1291 ГК Армении), а также в законодательстве ряда других государств, например, Венгрии (§ 19 Указа о международном частном праве 1979 г. № 13).

При таком подходе происходит подмена коллизионной формулы «страна, где истребуется защита» другой коллизионной формулой — «закон страны суда» (*lex fori*¹⁹). Такая позиция представляется ошибочной, поскольку: во-первых, «объем охраны» — категория, не

относящаяся исключительно к процедуре разрешения споров, не может быть истолкована как касающаяся только последствий нарушения исключительных прав²⁰; во-вторых, содержание термина «средства защиты» также следует понимать шире, чем исключительно в связи с процедурой рассмотрения споров. Правообладатель вправе подать иск в иной орган по рассмотрению споров, нежели суд страны, где имело место нарушение авторских прав. В частности, он может сделать это, используя принципы подсудности споров с иностранным элементом (например, по месту нахождения собственности ответчика). В этом случае основания для применения коллизионной привязки «закон страны суда» будут отсутствовать²¹. В силу приведенных аргументов представляется некорректным сводить действие п. 2 ст. 5 Бернской конвенции 1886 г. к смыслу коллизионной привязки «закон страны суда» (*lex fori*).

3. *Закон места причинения вреда (lex loci delicti commissi)*. Отдельная позиция относительно коллизионного регулирования авторских прав отражена в доктрине, правотворческой и судебной практике Японии: применимое право для осложненных иностранным элементом авторских отношений не установлено, тогда как, несмотря на участие Японии в Бернской конвенции 1886 г. (с 1899 г.), для решения вопросов о факте нарушения авторских прав и установления ответственности сформулирован иной принцип, нежели конвенционный «право страны, где истребуется защита», а именно — «закон

¹⁶ *Boschiero N., Ubertzazi B.* Italy / ed. by T. Kono. Intellectual Property and Private International Law: Comparative Perspectives. Oxford And Portland, Oregon, 2012. P. 735.

¹⁷ Единственное исключение составляют предварительные наименования произведений, созданные на основе договорных отношений.

¹⁸ См.: *Ginsburg J.* The Private International Law of Copyright in an Era of Technological Change // Hague Academy of International Law. 1998. P. 99.

Некоторые исследователи считают, что правовые последствия применения в этом случае *lex loci protectionis* и *lex fori* идентичны, а потому нет необходимости делать между ними различие. См.: *Леанович Е. Б.* Трансграничные аспекты охраны прав интеллектуальной собственности в условиях глобализации // Имущественные отношения в Российской Федерации. 2009. № 10.

¹⁹ О необходимости разграничения *lex loci protectionis* и *lex fori* см.: *Basedow J.* Codification of private law in the European Union: the making of a hybrid // *Europ. Rev. of private law.* Kluwer, 2001. Vol. 9. № 1. P. 35—49.

²⁰ Межправительственный комитет по авторскому праву. Тринадцатая сессия Комитета Всемирной конвенции, пересмотренной в 1971 г. Париж, 22—24 июня 2005 г. // URL: <http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001396/139652r.pdf>.

²¹ См. об этом: *Andre L.* Law Applicable in Copyright Infringement in the Digital Environment // URL: <http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001396/139652e.pdf>; *Терентьева Л. В.* Коллизионное регулирование авторских отношений в условиях развития Интернета (на примере России, США и Японии) // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2013. № 3. С. 151—177.

страны, где нарушение имело место» (*lex loci delicti commissi*)²². Возможно, такое коллизийное регулирование, закрепленное в Акте Японии, устанавливающем правила определения применимого права 1898 г. (с изменениями 2006 г., вступившими в силу в 2007 г.)²³, отчасти объясняется тем, что в Японии право интеллектуальной собственности трактуется как самостоятельная отрасль права, связанная с гражданским правом лишь посредством межотраслевых связей, но не как часть и целое. Нарушения в сфере авторского права Японии рассматриваются исключительно как нарушение договорных или недоговорных обязательств, повлекших причинение вреда, и в конкретной ситуации применяются коллизийные нормы Акта Японии, устанавливающего правила определения применимого права 1898 г., предусмотренные для соответствующего вида правоотношений. К отношениям из нарушения авторских прав по общему правилу (генеральная коллизийная привязка) применяется право «места наступления вредоносных последствий». Дополнительно действует правило (субсидиарная коллизийная привязка): если сторона не могла предвидеть место наступления вредоносных последствий, применимым должно быть право государства «места причинения вреда». В Акте также предусмотрена возможность избрания применимого права сторонами после совершения действия или обстоятельства, повлекших причинение вреда — «автономия воли сторон», однако суд не обязан учитывать такой выбор, если отношения связаны с правом другого государства²⁴.

Таким образом, в японской правовой системе сложился механизм регулирования, когда интеллектуальный статут в трансграничных отношениях не учитывается и подменяется статутным договорным или деликтным, для которых применимо единое коллизийное регулирование. Ситуация не соответствует потребностям регулирования трансграничных авторско-правовых отношений, поскольку условия для установления самого факта наличия интеллектуальных прав отсутствуют. Кроме того, толкование *lex loci protectionis* как права государства, где произошло противоправное действие или наступил результат такого действия, может послужить основанием для ответственности за действия, которые в государствах, где авторские права получили юридический эффект, не рассматриваются как противоправные.

Также необходимо отметить, что сам факт наличия коллизийной природы в формулировке ст. (2) 5 Бернской конвенции 1886 г. в доктрине и изредка в правоприменительной практике оценивается неоднозначно. Так, одной из научных концепций является восприятие структуры этой нормы как направленной на выбор применимого права (коллизийной)²⁵. Правоприменительные органы разных государств в большинстве случаев ссылаются в своих актах при выборе применимого права именно на ст. 2 (5) Бернской конвенции 1886 г. как на коллизийную норму²⁶. Иная научная концепция состоит в том, что ст. 2 (5) Бернской конвенции 1886 г. не является коллизийной нормой, а дополняет своим содержанием предыдущую статью Конвенции, закрепляющую оговорку о национальном режиме и лишь

²² *Doi T. Japanese Copyright Law in the 21st Century*. Oceana Publications, Inc Dobbs Ferry. N.Y., 2001. P. 46.

²³ *Yokomizo D. Japan* / ed. by T. Kono. Intellectual Property and Private International Law: Comparative Perspectives. Oxford And Portland, Oregon, 2012. P. 767.

²⁴ См. об этом решение по спору «Louis Kem v. Hiroshi Seki, Hanrei Taimuzu» (Number 242) 298 (Tokyo District Court, 3 October 1969).

²⁵ *Терентьева Л. В.* Коллизийное регулирование авторских отношений в условиях развития Интернета (на примере России, США и Японии) ; *Матвеев А. Г.* Вопрос о выборе применимого закона при нарушении авторского права в сети Интернет // Второй пермский конгресс ученых-юристов : материалы Международной научно-практической конференции. Пермь, 2011. С. 158.

²⁶ См., в частности, акты отечественных органов по рассмотрению споров: постановления Федерального арбитражного суда Уральского округа от 2 сентября 2013 г. № Ф09-6566/13 по делу № А07-15432/2012 ; от 4 апреля 2013 г. № Ф09-1735/13 по делу № А50-11568/2012 ; постановления Суда по интеллектуальным правам от 8 октября 2014 г. № С01-767/2014 по делу № А12-30130/2013 ; от 10 октября 2014 г. № С01-817/2014 по делу № А55-17979/2013.

Также ст. 2 (5) Бернской конвенции была квалифицирована как коллизийная норма судом США в известном споре «Subafilms, Ltd. v. MGM-Pathe Communications Co.» 24 F. 3d 1088 (9th Cir. 1994) (URL: <http://highereducation.mheducation.com/sites/dl/free/0072933992/336374/SubafilmsLtd.html>).

уточняет эту оговорку, применительно к национальному праву того государства, которое будет выбрано на основании иной подлинно коллизионной нормы, содержащейся в другом международном соглашении или в национальном праве государства²⁷. При этом встречаются и акты правоприменения, в которых суды отказываются воспринимать рассматриваемую норму как коллизионную²⁸.

Представляется, что, не являясь коллизионной нормой с точки зрения ее классической структуры и содержания, тем не менее ст. (2) 5 Бернской конвенции содержит в своей формулировке именно общее руководящее коллизионное начало (принцип) регулирования трансграничных авторско-правовых отношений в принимающем государстве, согласно которому каждое такое государство получает право подчинить большинство авторско-правовых отношений (объем охраны и средства защиты), имеющих юридический эффект на своей территории, отечественному праву. Трансформируя в национальное авторское право этот общий коллизионный принцип правового регулирования, государства могут как ссылаться на норму Конвенции напрямую, так и включать в национальные законы дублирующие коллизионные нормы, устанавливая при этом отступления и исключения. Этот вывод не противоречит как Руководству ВОИС к Бернской конвенции 1886 г. (п. ВС-5.10), где отмечено, что ст. (2) 5 Бернской конвенции

1886 г. подтверждает независимость защиты авторских прав в государствах-участниках и отсутствие необходимости ссылаться на право страны происхождения произведения²⁹, так и известной формулировке одного из постановлений Европейского суда справедливости, согласно которому целью ст. 5 Бернской конвенции 1886 г. «является не определение применимого права... а установление... общего правила системы национального режима»³⁰. Однако даже безотносительно того, является ли ст. (2) 5 Бернской конвенции 1886 г. именно коллизионной нормой, существование принципа *lex loci protectionis* как коллизионного принципа регулирования трансграничных авторско-правовых отношений является общепризнанным фактом в доктрине авторского права разных государств, в правоприменительной практике и правотворческой деятельности.

Обобщив существующие позиции на уровне доктрины и практики разных государств в отношении вариантов толкования формулировки п. 2 ст. 5 Бернской конвенции 1886 г., правотворческую, правоприменительную практику отдельных государств и их правовую доктрину, можно резюмировать, что в большинстве правовых систем государств-участников конвенционная формулировка «помимо установленных настоящей Конвенцией положений, объем охраны, равно как и средства защиты, представляемые автору для охраны его прав,

Французский суд применил ст. (2) 5 Бернской конвенции как коллизионную норму в решении по спору «Arretn 347 du 10 avril 2013 (11-12.508) — Courdecassation — Premierechambre civile ECLI:FR:CCASS:1213:C100347 Courdecassation» (URL: <https://www.courdecassation.fr/>).

Многими исследователями отмечается, что в судебной практике ФРГ и Швейцарии ст. (2) 5 устойчиво применяется как коллизионная норма. См., например: Крупко С. И. Соотношение принципа национального режима и коллизионного принципа *lex loci protectionis* // Хозяйство и право. 2014. № 11. С. 27.

²⁷ Крупко С. И. Соотношение принципа национального режима и коллизионного принципа *lex loci protectionis*. С. 27 ; Суспицына М. В. Указ. соч. С. 38 ; Concise European Copyright Law / eds. T. Dreier, V. Hugenholtz. Kluwer Law International, 2006. P. 24—30.

²⁸ В основном сторонники концепции ссылаются на решения судов, в которых применимое право выбиралось для установления автора произведения, что не вполне корректно, так как именно этот вопрос не входит в интеллектуальный статут и, как правило, применимое к нему право устанавливается на основании иной коллизионной привязки (*lex loci originis*). Подходящим примером будет являться рассмотренный французским судом спор «Tod`s SpA v. Heyraud SA» и постановление по этому решению Европейского суда справедливости (URL: <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?jsessionid=9ea7d0f130de90688f50f90d41ebbaaf9d03ed14ea3e.e34KaxilC3eQc40LaxqMbN4OaNuRe0?text=&docid=59866&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=13256Case№C-28/04>).

²⁹ URL: http://www.wipo.int/copyright/en/ecommerce/ip_survey/.

³⁰ URL: <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?jsessionid=9ea7d0f130de90688f50f90d41ebbaaf9d03ed14ea3e.e34KaxilC3eQc40LaxqMbN4OaNuRe0?text=&docid=59866&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=13256Case№C-28/04>.

регулируются исключительно законодательством страны, в которой истребуется защита», толкуется и закрепляется в национальном праве как коллизионный принцип «закон государства, для которого истребуется защита» (*lex loci protectionis*)³¹.

Закон государства происхождения произведения (lex loci originis). Еще одним руководящим коллизионным началом — принципом регулирования трансграничных авторско-правовых отношений является коллизионная формула «закон государства происхождения произведения» (*lex loci originis*).

Существует концепция, что формулировки отдельных положений Бернской конвенции, в которых упоминается государство происхождения произведения, носят характер правил-исключений, и, соответственно, как выбирающие в качестве применимого права право страны происхождения произведения, тоже должны применяться в порядке исключения³². К таким правилам-исключениям относятся п. 7 ст. 2 — произведения прикладного искусства; п. 8 ст. 7 — правило о сравнении сроков; ст. 14 bis (2) — форма письменного соглашения, которое авторы подписывают в пользу изготовителя кинематографического произведения, ст. 14 ter (2) — право долевого участия.

Однако правотворческой и правоприменительной практикой разных государств подтверждается, что формула «закон государства происхождения произведения» (*lex loci originis*) воспринята на национальном уровне как руководящее начало и используется как принцип коллизионного регулирования трансграничных авторско-правовых отношений.

Так, в правотворческой практике ряда государств коллизионный принцип *lex loci originis*

воспринимается даже как основной для регулирования трансграничных авторско-правовых отношений, включая также вопросы интеллектуального статута. В пункте 1 ст. 67 Закона об авторском праве, смежных правах и вопросах культуры Греции 1993 г.³³ и ст. 48 (1) Гражданского кодекса Португалии 1966 г.³⁴, ст. 60 Закона Румынии о регулировании отношений в сфере международного частного права 1992 г.³⁵ закреплены похожие формулировки, согласно которым ко всем вопросам, входящим в интеллектуальный статут, предусмотрено применение права государства, в котором произведение впервые стало доступно для общества; в случае если произведение не было опубликовано, предусмотрено применение права государства гражданства автора.

Соответственно, в доктрине международного авторского права нашла отражение позиция о том, что правовую охрану, предоставляемую авторским произведениям в государстве происхождения, целесообразно распространять на все другие государства³⁶, в которых проявится юридический эффект от существования соответствующих авторских прав, поскольку это способствует созданию правовой определенности: только одно применимое право, которое определяется по наименее уязвимому критерию. Однако на практике в связи с территориальным характером авторских прав такой подход может приводить к установлению в отношении одних и тех же авторских прав на произведение разных правообладателей в разных право порядках.

Чаще коллизионный принцип *lex loci originis* используется в национальном праве государств для установления применимого права к вопросу об определении автора произведе-

³¹ К такому же выводу приходит М. В. Суспицына. См.: Суспицына М. В. Указ. соч. С. 70.

³² См.: Intergovernmental Copyright Committee. Thirteenth session of the Committee of the Universal Convention as revised in 1971 Paris 22—24 June 2005 // URL: http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/copyright/120/wipo_pub_120_1971_10.pdf.

³³ Закон Греции № 2121/1993 «Об авторском праве, смежных правах и вопросах культуры» 1993 г., в ред. 2010 г. // Сайт ВОИС. URL: http://www.wipo.int/wipolex/ru/text.jsp?file_id=209258.

См. об этом также: *Sotiris P. Comparative Issues on Copyright Protection for Films in the US and Greece // Journal of Intellectual Property Rights. July, 2014. Vol. 19. I.4.*

³⁴ Гражданский кодекс: Указ-закон Португалии № 47377/66 от 25.11.1966 // Сайт ВОИС. URL: <http://www.wipo.int/wipolex/ru/details.jsp?id=7991>.

³⁵ Закон Румынской Республики 1992 г. № 105 применительно к регулированию отношений международного частного права // URL: <https://pravo.hse.ru/intprilaw/doc/041301>.

³⁶ См. такую позицию: *Schack H. The law applicable to unregistered IP rights after Rome II. Ritsumeikan Law Rev. 2009. № 26. P. 129 ; Austin G. W. Domestic Laws and Foreign Rights: Choice of Law in Transnational Copyright Infringement Litigation. 1999. 23 Colum.-VLA J.L. & Arts.*

ния, на фоне того, что интеллектуальный статут в целом регулируется на основании принципа *lex loci protectionis* (п. 3 ст. 1256 ГК РФ). В частности, этот коллизионный принцип был сформулирован американским судом в решении по известному спору Информационного агентства России ТАСС против издания «Русский курьер» («ITAR-TASS Russian News Agency v. Russian Kurier, Inc.»³⁷) в 1995 г. при разрешении вопроса о выборе применимого права для установления автора.

У подхода определения авторства на основании *lex loci originis* имеются противники, утверждающие, что, несмотря на запутанную редакцию нормы, закрепленной в п. 2 ст. 5 Бернской конвенции 1886 г., сформулированный в ней общий коллизионный принцип охватывает также и вопросы правообладания³⁸. Косвенное подтверждение этому обосновывают частным случаем коллизионного регулирования авторства, подчиненным *lex loci protectionis*: «Определение лиц — владельцев авторского права на кинематографическое произведение сохраняется за законодательством страны, в которой истребуется защита» (ст. 14 bis 2 (а)). Однако, представляется, напротив, именно ст. 14 bis 2 (а) включена в Бернскую конвенцию 1886 г. как исключение из общего правила коллизионного определения авторства по формуле *lex loci originis*, что подтверждается как национальной право-

творческой и правоприменительной практикой разных государств, так и мнением многих представителей доктрины³⁹ международного авторского права. Применение коллизионного принципа *lex loci originis* представляется многим исследователям наиболее целесообразным, поскольку приводит к решению вопроса о первоначальном авторстве по единому праву, которое будет одинаковым для всех случаев, независимо от того, судом какого государства будет рассматриваться спор.

Предложенная классификация специальных коллизионных принципов регулирования трансграничных авторско-правовых отношений — правила, закрепленные изначально в базовых международно-правовых соглашениях, трансформированные оттуда и значительно развитые в национальном праве государств — участников международной системы охраны авторских прав, в которую входят в настоящее время большинство государств мира. Соответственно, стандарты охраны, заложенные в этих принципах, в известной степени превосходят стандарты принципов исключительно международно-правовой охраны ввиду дополнения и развития национальным авторским правом государств. Такой результат соответствует эволюционным задачам правового регулирования авторских отношений, включая трансграничные, и не противоречит международным договоренностям государств.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. Крупко С. И. Соотношение принципа национального режима и коллизионного принципа *lex loci protectionis* // Хозяйство и право. — 2014. — № 11.
2. Маковский А. Л. Американская история // Вестник гражданского права. — 2007. — № 1.
3. Суспицына М. В. Коллизионное регулирование отношений интеллектуальной собственности : дис. ... канд. юрид. наук. — М., 2013.
4. Терентьева Л. В. Коллизионное регулирование авторских отношений в условиях развития Интернета (на примере России, США и Японии) // Право. Журнал Высшей школы экономики. — 2013. — № 3.
5. Austin G. W. Domestic Laws and Foreign Rights: Choice of Law in Transnational Copyright Infringement Litigation, 1999. 23 Colum.-VLA J.L. & Arts.

³⁷ United States District Court for the Southern District of New York. Itar-Tass Russian News Agency v. Russian Kurier, Inc.-886 F. Supp. 1120 (S.D.N.Y. 1995). P. 144—149 // URL: [https://en.wikisource.org/wiki/Itar-Tass_Russian_News_Agency_v._Russian_Kurier,_Inc._-886_F._Supp._1120_\(S.D.N.Y._1995\)](https://en.wikisource.org/wiki/Itar-Tass_Russian_News_Agency_v._Russian_Kurier,_Inc._-886_F._Supp._1120_(S.D.N.Y._1995)).

³⁸ См.: Plenter S. Choice of Law Rules for Copyright Infringements in the Global Information Infrastructure: A Never-ending Story? EIPR 2000. P. 313—320.

³⁹ См.: Ginsburg J. The Private International Law of Copyright in an Era of Technological Change // Hague Academy of International Law, 1998. P. 99.

6. Basedow J. Codification of private law in the European Union: the making of a hybrid // *Europ. Rev. of private law*. Kluwer, 2001. Vol. 9. № 1.
7. Boschiero N., Ubertazzi B. Italy / ed. by T. Kono. *Intellectual Property and Private International Law: Comparative Perspectives*. — Oxford And Portland, Oregon, 2012.
8. *Concise European Copyright Law* / eds T. Dreier, B. Hugenholtz. — Kluwer Law International, 2006.
9. Doi T. *Japanese Copyright Law in the 21st Century*. — Oceana Publications, Inc Dobbs Ferry. — N. Y., 2001.
10. Drexel J. The proposed Rome II regulation: European choice of law in the field of intellectual property // *Intellectual property and private international law: IIC Studies*. Vol. 24 / ed. J. Drexel, A. Kur. — Oxford and Portland, Oregon : Hart Publishing, 2005.
11. Ginsburg J. *The Private International Law of Copyright in an Era of Technological Change* // Hague Academy of International Law, 1998.
12. Plenter S. Choice of Law Rules for Copyright Infringements in the Global Information Infrastructure: A Never-ending Story? — *EIPR*. — 2000.
13. Schack H. The law applicable to unregistered IP rights after Rome II // *Ritsumeikan Law Rev.* — 2009. — № 26.
14. Tekinalp G., Nomer E., Boztosun A. O. *Private international law in Turkey*. — Kluwer Law International, 2012.
15. Yokomizo D. Japan / ed. by T. Kono. *Intellectual Property and Private International Law: Comparative Perspectives*. — Oxford And Portland, Oregon, 2012.

Материал поступил в редакцию 10 января 2017 г.

SPECIAL CONFLICT OF LAWS AND LEGAL PRINCIPLES ON REGULATION OF CROSS-BORDER COPYRIGHT RELATIONS

LUTKOVA Oksana Viktorovna — PhD in Law, Associate Professor, Associate Professor of the Department of Private International Law, Kutafin Moscow State Law University (MSAL) ovlutkova@mail.ru
125993, Russia, Moscow, ul. Sadovaya-Kudrinskaya, d. 9

Abstract. *The article provides the original classification of principles of legal regulation of cross-border copyright relations including three types of groups governing rules, described based on a number of essential criteria: systemic principles, specific substantive and specific conflict-of-laws principles. A detailed study covers a group of special conflict of laws and legal principles, structurally including the following two main regulators: the law of the State where protection of the work is claimed (lex loci protectionis), and the law of the State on the origin of the work (lex loci origins).*

The author conducts the analysis of cross-border copyright not only from the standpoint of disparate systems of national laws following national character of international legal protection, and separately regulated copyright relations, as reflected in most modern scientific research in the field of copyright. The author of this study uses a systematic approach that makes it possible to identify common fundamental principles of regulation of respective relations groups at the scale of the community of States parties to the international system of copyright protection. The analysis is conducted through the action of international agreements on copyright together with the national legal orders of the States participating in these agreements, and, simultaneously, through a comparative analysis of copyright modern States among themselves. The identified systemic regulators are the principles of legal regulation of cross-border copyright relations in the context of omissionship conflict and even substantive regulation in certain institutions copyright that can fulfill the function of legal guidelines.

Keywords: *cross-border copyright relations; principles of legal regulation; the special conflict of laws and legal principles; the law of the state where protection is claimed; lex loci protectionis; the law of the state of origin of the work; the lex loci originis.*



REFERENCES

1. *Krupko, S.I.* The Ratio of the Principle of National Regime and Conflict of Laws Principle of Lex Loci Protectionis // *Economy and Law*. 2014. No. 11.
2. *Makovskiy, A.L.* American History // *Civil Law Abstract*. 2007. No. 1.
3. *Suspitsyna, M.V.* Conflict Regulation of Intellectual Property Relations. Candidate Degree Thesis (Legal Sciences) Moscow, 2013.
4. *Terentyeva, L.V.* Conflict of Laws Regulation of Copyright Relations in the Conditions of Development of the Internet (following the example of Russia, USA and Japan). *Journal of Higher School of Economics*. 2013. No. 3.
5. *Austin, G.W.* Domestic Laws and Foreign Rights: Choice of Law in Transnational Copyright Infringement Litigation. 1999. 23 *Colum.-VLA J. L. & Arts*.
6. *Basedow, J.* Codification of Private Law in the European Union: the Making of a Hybrid // *Europ. Rev. of Private Law*. Kluwer, 2001. Vol. 9. No. 1.
7. *Boschiero, N., Ubertazzi, B.* Italy / Ed. by T. Kono. *Intellectual Property and Private International Law: Comparative Perspectives*. Oxford And Portland, Oregon, 2012.
8. *Concise European Copyright Law*. Eds T. Dreier, B. Hugenholtz. Kluwer Law International, 2006.
9. *Doi, T.* Japanese Copyright Law in the 21st Century. Oceana Publications, Inc Dobbs Ferry, N.Y., 2001.
10. *Drexel, J.* The proposed Rome II regulation: European choice of law in the field of intellectual property // *Intellectual property and private international law: IIC Studies*. Vol. 24 / Ed. J. Drexel, A. Kur. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2005.
11. *Ginsburg, J.* The Private International Law of Copyright in an Era of Technological Change // *Hague Academy of International Law*, 1998.
12. *Plenter, S.* The Choice of Law Rules for Copyright Infringements in the Global Information Infrastructure: A Never-ending Story? *EIPR* 2000.
13. *Schack, H.* The Law Applicable to Unregistered IP Rights after Rome II. *Ritsumeikan Law Rev.* 2009. No. 26.
14. *Tekinalp, G., Nomer, E., Boztosun, A.O.* Private International Law in Turkey. Kluwer Law International. 2012.
15. *Yokomizo, D.* Japan / Ed. by T. Kono. *Intellectual Property and Private International Law: Comparative Perspectives*. Oxford And Portland, Oregon, 2012.

ВЛИЯНИЕ «РЕПРОДУКТИВНОГО ТУРИЗМА» НА ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВО, РЕГУЛИРУЮЩЕ СУРРОГАТНОЕ МАТЕРИНСТВО

Аннотация. В статье рассматривается положение женщин — суррогатных матерей из низших каст Индии, которое обусловлено законодательным регулированием суррогатного материнства. Низкая стоимость услуг суррогатных матерей и законодательное регулирование, выгодное для генетических родителей, привлекают клиентов из-за рубежа, сделав Индию мировым центром суррогатного материнства. Последствиями этого является униженное положение суррогатных матерей, их незащищенность, что противоречит декларируемым демократическим ценностям, закрепленным в Конституции Индии. Защита демократических ценностей и закрепление старой кастовой системы характерны для Индии, что также закреплено в законодательстве. В ноябре 2016 г. был представлен новый билль, запрещающий суррогатное материнство на коммерческой основе. В настоящее время билль находится на рассмотрении. В статье показано, что, если билль будет принят, он хотя и решит некоторые проблемы, связанные с униженным положением суррогатных матерей, но не решит проблем, связанных: 1) с автономией суррогатных матерей; 2) защитой прав женщин низших каст, прибегающих к работе суррогатной матерью.

Кроме того, билль может вызвать новые социальные и экономические проблемы. Во-первых, внедрение билля сильно ударит по «репродуктивному туризму» в Индию, серьезно сократив отрасль. Во-вторых, запрет на суррогатное материнство на коммерческой основе оставит без работы немалую часть медицинского персонала ЭКО-клиник. Новый билль потребует немалых сил органов исполнительной власти и полиции, поскольку запрет распространяется на хорошо развитую отрасль в медицине, получившую международную известность. В противном случае внедрение билля может спровоцировать появление теневого рынка суррогатного материнства. В статье приводится ряд альтернативных мер с целью решить проблемы, вызванные «репродуктивным туризмом», такие как диагностика, оказание медицинской помощи суррогатным матерям после родов, контроль за содержанием суррогатных матерей и защитой их прав. Подобные меры уже давно и успешно используются в сфере экспериментов с участием людей и имеют международную законодательную основу.

Ключевые слова: суррогатное материнство, биоэтика, Индия, репродуктивный туризм.

DOI: 10.17803/1729-5920.2018.135.2.140-147

В современном мире мобильность граждан довольно высока. Люди покупают вещи по Интернету в других государствах, а также посещают другие государства с целью получить необходимые им медицинские услуги. Одним из критериев, определяющих, почему приходит-

© Саввина О. В., 2018

* Саввина Ольга Владимировна, кандидат философских наук, старший преподаватель кафедры этики факультета гуманитарных и социальных наук Российского университета дружбы народов fgsn.Dek@rudn.university 117198, Россия, г. Москва, ул. Миклухо-Маклая, д. 10/2

ся ехать в другую страну, — законодательное регулирование медицинских вмешательств в репродукцию человека, таких как аборт, экстракорпоральное оплодотворение и суррогатное материнство. Во многих странах действует запрет на применение вспомогательных репродуктивных технологий (ВРТ), в том числе суррогатного материнства. Изначально законодательство стран во многом влияет на карту «репродуктивного туризма», но впоследствии репродуктивный туризм может влиять на законодательство. Этот обратный процесс особенно виден на примере законодательного регулирования гестационного суррогатного материнства в Индии.

Гестационное суррогатное материнство появилось относительно недавно — в 1980-е гг. Оно включает в себя процедуру экстракорпорального оплодотворения женщины, не являющейся генетической матерью будущего ребенка (имплантация в матку женщины эмбриона, созданного *in vitro* — в пробирке). Половые гаметы в данном случае берутся у генетических родителей (отца и матери). Чаще всего к суррогатному материнству прибегают пары, которые не могут иметь детей по состоянию здоровья, а также «нетрадиционные» пары, состоящие из мужчин-гомосексуалистов.

Законодательное регулирование данной практики суррогатного материнства значительно различается в разных странах. Можно выделить три позиции, отраженные в законодательстве: 1) суррогатное гестационное материнство запрещено как на добровольной, так и на коммерческой основе; 2) разрешено на добровольной безвозмездной основе, но запрещено на коммерческой; 3) разрешено как на добровольной безвозмездной, так и на коммерческой основе. Россия относится к последней категории. В странах первой категории нередким наказанием является тюремный срок.

Некоторые пары, желающие прибегнуть к услугам суррогатной матери и проживающие на территории стран, в которых суррогатное материнство запрещено, ищут решение проблемы за рубежом. Следует заметить, что культурные традиции, вероисповедание сильно влияют на законы, регулирующие суррогатное материнство¹. Изначально законодательство стран не брало в расчет отношение других стран к данной проблеме, что вызывало немало этических проблем и юридических казусов. «Репродуктивный туризм» стал развиваться самопроизвольно, и основными факторами, привлекающими клиентов из-за рубежа, стали: 1) законодательство, удобное для генетических родителей, защищающее их права; 2) доступные цены. Франция и Германия изначально не признавали практики суррогатного материнства и не давали гражданства детям, рожденным при помощи суррогатной матери за рубежом, причем сами родители являлись гражданами Франции и Германии соответственно. В итоге родители просто не имели легальной возможности привезти своих родных детей домой. Обычно их привозили как взятых на усыновление и меняли гражданство детей. Данный трюк не всегда получался, поскольку в странах рождения, например на Украине, ребенку автоматически присваивается гражданство родителей. В таком случае оформить усыновление собственных детей не представляется возможным². В последние годы страны Евросоюза пересмотрели свою политику в отношении суррогатного материнства.

Во Франции с 2015 г. регистрация детей, рожденных суррогатными матерями за границей, стала возможна³. Ранее дети, появившиеся на свет при помощи данной технологии, не могли претендовать на французское гражданство. Годом раньше Германия, закон которой также запрещает суррогатное материнство, пришел к признанию родительских прав пары,

¹ Саввина О. В. Этические и юридические проблемы практики медицинских вмешательств в репродукцию человека (на примере абортов и суррогатного материнства) // Lex Russica. 2016. № 12 (121). С. 224—229.

² Seema Mohapatra. Stateless Babies & Adoption Scams: A Bioethical Analysis of International Commercial Surrogacy // 30 Berkeley J. Int'l Law. 2012. 412. URL: <http://scholarship.law.berkeley.edu/bjil/vol30/iss2/4>.

³ McBrien W. France Reviews its Surrogacy Laws: Surrogate Children Now Legally Recognized // URL: <http://www.circlesurrogacy.com/blog/2015/07/07/france-reviews-surrogacy-laws-surrogate-children-legally-recognized/> (дата обращения: 08.02.2017).

⁴ Reis D. German Federal Court of Justice on Surrogacy and German Public Policy // URL: <http://conflictflaws.net/2015/german-federal-court-of-justice-on-surrogacy-and-german-public-policy/> (дата обращения: 08.02.2017).

прибегшей к суррогатному материнству за рубежом, и возможности получить немецкое гражданство детям⁴. Очень вероятно, что этим переменам поспособствовал именно «репродуктивный туризм» граждан этих стран. Случаи, когда родители не могут привезти детей домой и дать им свое гражданство, часто освещаются в СМИ и на ток-шоу, вызывают общественный диссонанс, привлекая внимание к проблеме законодательного регулирования суррогатного материнства. Таким образом, система права отдельных стран больше не может игнорировать отношение соседей к суррогатному материнству. Таким образом, «репродуктивный туризм» начинает влиять на законодательство стран, регулирующие вспомогательные репродуктивные технологии. Страны пытаются адаптироваться к «репродуктивному туризму» и нивелировать его последствия для своих институтов и граждан.

Цена процедуры и оплата суррогатным матерям является вторым, после законодательства, наиболее важным критерием выбора клиентов-иностранцев. Весомую часть стоимости всего предприятия составляет оплата «работы» суррогатной матери. В развивающихся или небогатых странах женщины готовы предоставлять услуги за меньшую плату, и это значительно снижает стоимость всего процесса суррогатного материнства. Вознаграждение суррогатной матери в Индии колеблется от 800 до 10 000 долларов, в то время как в США оно составляет 35 000 долларов⁵. Заработная плата врачей также отличается от оплаты труда врачей в экономически развитых странах, поэтому клиенты часто предпочитают развивающиеся страны.

Индия обладает обоими преимуществами: законодательство, либеральное к генетиче-

ским родителям, и относительно низкая стоимость процедуры суррогатного материнства. Эти факторы сделали Индию международным центром суррогатного материнства. Эта новая медицинская отрасль Индии, во многом ориентированная на внешний рынок (75 % клиентов индийских клиник экстракорпорального оплодотворения — иностранцы⁶) сыграла с Индией злую шутку, усугубив социальные проблемы в государстве.

На протяжении столетий индийское общество было стратифицировано. Каста — это европейский термин (от португальского «casta» — род, порода, вид или от латинского «castus» — чистый)⁷. Варны подразделяются на «джати» (снскр. рождение, происхождение, родня), которых довольно много. «Именно джати является базовой ячейкой индийского традиционного общества на всем документированном протяжении истории вплоть до настоящего времени»⁸. Часто «джати» занимают одним профессиональным делом и называются одинаково на всей территории распространения языка или же территории всей страны⁹. Переход из одной джати в другую весьма проблематичен даже в наши дни. Начиная с середины XX столетия правительство Индии пытается бороться с дискриминацией «неприкасаемых» и постулирует демократические ценности. В 1997 г. в Индии впервые был избран Президент из «неприкасаемых»¹⁰. Несмотря на то, что касты до сих пор играют огромную роль в Индии и распространены сертификаты, подтверждающие касту, государству удалось добиться некоторых успехов на пути к демократическим ценностям. Дискриминация «неприкасаемых» каст из четвертой низшей варны «шудр» (существуют и «чистые» касты «шудр») запрещена Конституцией Индии

⁵ *Seema Mohapatra*. Stateless Babies & Adoption Scams: A Bioethical Analysis of International Commercial Surrogacy. С. 420—422 ; Surrogacy Fees & Costs // Surrogacy America. URL: <https://www.surrogacyamerica.com/prospective-parents/surrogacy-cost-fees> (дата обращения: 14.02.2017) ; *Cunha D*. The Hidden Costs of International Surrogacy // URL: <https://www.theatlantic.com/business/archive/2014/12/the-hidden-costs-of-international-surrogacy/382757/> (дата обращения: 14.02.2017).

⁶ *Baliev A*. Reconceiving Surrogacy: Toward a Reproductive Justice Account of Indian Surrogacy Hypatia. Vol. 26, No. 4 (Fall, 2011). С. 717.

⁷ *Успенская Е. Н.* К вопросу о природе индийской касты // Журнал социологии и социальной антропологии. 2009. № 3. Т. 12. С. 151.

⁸ *Успенская Е. Н.* К вопросу о природе индийской касты. С. 151.

⁹ *Успенская Е. Н.* Антропология индийской касты / Музей антропологии и этнографии им. Петра Великого (Кунсткамера). СПб. : Наука, 2010. С. 330.

¹⁰ *Успенская Е. Н.* К вопросу о природе индийской касты. С. 151.

в 1950 г. и объявлена уголовным преступлением. Эта же Конституция действует и поныне, хотя и выдержала немало изменений: в нее было внесено более 500 поправок¹¹. Характерной особенностью Конституции Индии является «провозглашение достаточно широкого круга прав, свобод и обязанностей граждан и фактическое сохранение кастовой системы и большого разрыва в уровне развития различных этнических групп страны»¹². Государство, с одной стороны, закрепляет кастовый строй, а с другой — пытается внедрить демократические ценности. Статья 15 Конституции утверждает «запрещение дискриминации по мотивам религиозной, расовой, кастовой принадлежности, пола или места рождения»¹³. В то же время в административной практике Индии существует понятие «община», которое, по сути, означает «каста»¹⁴, что говорит о распространности старых порядков и структуре общества.

Возвращаясь к суррогатному материнству, заметим, что стоимость услуг суррогатных матерей довольно низка, и на эту работу соглашаются, как правило, женщины из низших каст. При этом они не рассматривают данную работу как нечто, на что дается информированное согласие. Индианки рассматривают суррогатное материнство как нужду, выпавшую на их долю ввиду рождения, покорно принимая свою участь (несмотря на то, что Конституция Индии запрещает дискриминацию по принципу места рождения и касты). Мало кому приходит в голову бороться за свои права или пытаться привлечь к ответственности ЭКО-клинику, если женщина получила ощутимый урон своему здоровью, ведь, во-первых, в суррогатных матерях нет недостатка, а во-вторых, закон их практически не защищает¹⁵. Известны случаи смерти суррогатных матерей, которые просо-

чились в прессу¹⁶. Таким образом, униженное положение суррогатных матерей добавляет противоречий в индийскую практику и законодательство. Ориентируясь на денежный поток из-за рубежа, государство мешает собственным правовым нововведениям, закрепляя старое кастовое устройство общества, а также создает «дыру» между постулируемыми ценностями, нормами права и реальным ходом вещей, когда новые практики регулируются старыми традициями, привычным жизненным укладом. Подобная ситуация не может не вызывать возмущения со стороны тех, кто разделяет демократические ценности, к тому же эксплуатация женщин в Индии привлекает внимание многих зарубежных исследователей и журналистов.

Понимая негативные стороны суррогатного материнства и последствия для общества и права в Индии, власти пошли на попятную, внося 21 ноября 2006 г. в Парламент новый законопроект, регулирующий суррогатное материнство — *The Surrogacy (Regulation) Bill, 2016*¹⁷. На 1 марта 2017 г. билль находится на рассмотрении. Новый билль — это разворот на 180 градусов в сфере регулирования суррогатного материнства. Во-первых, данный законопроект запрещает суррогатное материнство на коммерческой основе, оставляя лишь «альтруистическое» суррогатное материнство. Суррогатная мать может быть только родственником (не обязательно кровным) и не получает никакого вознаграждения, кроме компенсации медицинских расходов и расходов, связанных с вынашиванием и рождением ребенка. Кроме того, женщина может лишь единожды в жизни стать суррогатной матерью, ее возраст должен быть 25—35 лет, она должна быть замужней или разведенной, вдовой и иметь хотя бы одного своего ребенка. За нарушения положений

¹¹ *Гаранжа А. П.* Конституция Индии 1949 года, общая характеристика, порядок принятия, изменения // Курс лекций по конституционному праву зарубежных стран. 2008. URL: <http://lib.sale/pravo-zarubejnyih-konstitutsionnoe/konstitutsiya-indii-1949-goda-obschaya-31799.html> (дата обращения: 27.02.2017).

¹² *Гаранжа А. П.* Указ. соч.

¹³ Конституция Индии // Интернет-библиотека конституций Романа Пашкова. URL: <http://worldconstitutions.ru/?p=28> (дата обращения: 27.02.2017).

¹⁴ *Успенская Е. Н.* К вопросу о природе индийской касты. С. 154.

¹⁵ *Baliey A.* Op. cit.

¹⁶ *Desai K.* India's surrogate mothers are risking their lives. They urgently need protection // URL: <https://www.theguardian.com/commentisfree/2012/jun/05/india-surrogates-impoverished-die> (дата обращения: 27.02.2017).

¹⁷ *The Surrogacy (Regulation) Bill, 2016* // PRS Legislative Research. URL: <http://www.prsindia.org/billtrack/the-surrogacy-regulation-bill-2016-4470/> (дата обращения: 27.02.2017).

билля предусмотрено наказание до 10 лет тюремного заключения.

В контексте нового билля иностранцам будет очень сложно прибегнуть к услугам индийской суррогатной матери. Казалось бы, новый документ положит конец эксплуатации индийских суррогатных матерей из низших каст. В то же время документ таит в себе много опасностей. В Индии образовалась целая индустрия, значительный процент прибыли которой приносят иностранные клиенты, и новый билль, если будет принят, сильно ударит по этой экономической нише, разорив многие ЭКО-клиники и оставив без работы их медицинский персонал. Это вызовет недовольство некоторых слоев населения и, помимо убытков отрасли, добавит нестабильность в обществе. Кроме того, рынок суррогатных матерей Индии не знал дефицита. У клиентов могли быть предпочтения к росту, цвету кожи или происхождению суррогатной матери, но для непривередливого клиента, для которого важна лишь способность женщины выносить ребенка, желающие зарабатывать всегда находились. Это свидетельствует о том, что индийские женщины, несмотря на все недостатки данной «работы», охотно за нее берутся. Если билль вступит в силу, вполне возможно развитие теневого нелегального рынка суррогатных матерей в Индии. Открытым также остается вопрос, справедливо ли поступит государство, просто запретив женщинам становиться суррогатными матерями и отобрав у них шанс на решение их материальных проблем, которые они вряд ли могут решить иным способом. Вырастив за последние десятилетия целую отрасль, пусть и включающую в себя эксплуатацию женщин низших каст, государство не может ее уничтожить в короткие сроки без последствий.

Вторым открытым вопросом остается автономия женщин, претендующих на роль суррогатной матери. В рамках нового законопроекта женщины, которые возьмут на себя данную роль из альтруистических соображений, в меньшей степени должны подвергаться эксплуатации, чем раньше. Однако законопроект не учитывает желание тех женщин, которые хотели бы «работать» на коммерческой основе. Сейчас им приходится рисковать

здоровьем и порой жизнью, чтобы получить вознаграждение, а новый закон и вовсе отбирает у них право выбора. Женщины низших каст остаются такими же бесправными, как и ранее, но теперь они теряют даже возможность жертвовать собой ради своих близких, обычно — своих родных детей, нуждающихся в лечении, нормальном питании, одежде и жилплощади. Законопроект не защищает эксплуатируемых ныне женщин, и даже урезает их права. Стоит добавить, что это происходит на фоне либерализации законов европейских стран: регистрация детей, рожденных в Индии путем суррогатного материнства, и присвоение им гражданства европейских стран (Франция, Германия) теперь легальны, если их генетические родители — граждане этих стран.

Таким образом, новый индийский билль о суррогатном материнстве кажется идущим вразрез как со сложившейся отраслью в медицине, ее экономикой, так и с защитой прав человека, в данном случае — защитой прав уязвимых групп, часто проживающих за чертой бедности. Билль также не решает проблем с автономией суррогатной матери, ее способностью самостоятельно принимать решения. В международном законодательстве, в частности — в Хельсинкской декларации, регулирующей эксперименты с участием людей, существует понятие — *vulnerable groups*, уязвимые группы¹⁸. Оно непосредственно связано с другим понятием — информированное добровольное согласие. Оно подразумевает получение согласия от пациента и/или участника медицинского эксперимента на медицинское вмешательство, при этом пациент должен быть проинформирован о рисках, пользе лечения/эксперимента, последствиях при отказе от лечения, альтернативных методах лечения, целях эксперимента (если речь идет о медицинском эксперименте).

Одним из первых документов, определяющих информированное добровольное согласие, был Нюрнбергский кодекс 1947 г.¹⁹ К уязвимым группам относятся те группы людей, которые по определенным причинам не могут дать информированное согласие на медицинское вмешательство и/или возможность дать это согласие находится под вопросом, когда

¹⁸ WMA Declaration of Helsinki // Официальный сайт World Medical Association. URL: <http://www.wma.net/en/30publications/10policies/b3/> (дата обращения: 27.02.2017).

¹⁹ The Nuremberg Code // Office of History National Institute of Health. URL: <https://history.nih.gov/research/downloads/nuremberg.pdf> (дата обращения: 27.02.2017).

на индивида легко может быть оказано влияние заинтересованной стороной. К группам, которые не могут дать информированное добровольное согласие, традиционно относят несовершеннолетних, психически больных (признанных недееспособными); а к группам, имеющим данное право, но на решение которых при этом может быть оказано влияние, можно отнести бедных, неспособных оплатить лечение людей, людей с неизлечимым диагнозом, необразованных (не способных читать и писать) и т.д. Каждое государство, а также международные организации, такие как Всемирная медицинская ассоциация, Всемирная организация здравоохранения, защищают права данных групп путем создания законодательных актов, деклараций, рекомендаций и других документов — как имеющих юридическую силу, так и носящих рекомендательный характер.

В настоящий момент индийских женщин низших каст легко можно отнести к уязвимым группам. Они дают свое информированное согласие не от хорошей жизни. Новый билль как раз призван защитить их права, запретив эксплуатацию данных групп граждан. К сожалению, новый закон не только защищает женщин, но и отбирает у них возможность стать суррогатной матерью. Это не самый лучший путь, если индийское правительство пытается закрепить демократические права и свободы. Женщины низших каст будут защищены новым биллем от эксплуатации, но они будут и лишены права выбора. Логичнее было бы защищать женщин другим путем, например, введя дополнительный контроль ЭКО-клиник или обязав ЭКО-клиники предоставить медицинскую помощь и диагностику суррогатным матерям после родов, предъявить требования к содержанию суррогатных матерей со стороны ЭКО-клиник. К тому же владельцы клиник с большей охотой пошли бы на подобные меры, поскольку, даже если расходы ЭКО-клиник увеличатся, владельцы сохраняют бизнес. Разницу в стоимости можно было бы компенсировать

за счет повышения цен на услуги ЭКО-клиник, в том числе на услуги суррогатных матерей. Даже в случае повышения цен предложение процедуры экстракорпорального оплодотворения с участием суррогатной матери в Индии все равно было бы выгоднее, чем в США и целом ряде экономически развитых стран, особенно учитывая тот факт, что в некоторых странах Европы данная медицинская услуга запрещена. Таким образом, власти Индии могли бы защитить свои «уязвимые группы» — женщин низших каст, находящихся за чертой бедности, и сделать вклад в развитие их автономии, когда работа суррогатной матери не кажется жестоким роком, а приобретает черты осознанного выбора.

Подводя итог, следует заметить, что новый билль очень напоминает регулирование суррогатного материнства в Великобритании²⁰, бывшей метрополии Индии. В то же время такое радикальное решение может быть реакцией на последствия «репродуктивного туризма» в Индию и обсуждения судеб суррогатных матерей в СМИ, а также западных исследований «суррогатного туризма» в Индию.

Если репродуктивный билль будет принят, это не только решит некоторые проблемы, связанные с «репродуктивным туризмом» в Индии, но и обострит старые социальные противоречия, также отраженные в законодательстве: существование кастовой структуры общества и движение в сторону демократических ценностей. Без сомнения, появятся и новые проблемы: развившаяся отрасль медицины, ориентированная на зарубежных клиентов, будет сопротивляться уничтожению — появляется вероятность возникновения теневого рынка. Как следствие внедрения билля вырастет безработица среди медицинского персонала, занятого в данной медицинской отрасли. Но самое проблемное — это положение женщин из низших каст, которые от нового билля не приобретают ни автономии, ни защиты, а только лишаются возможности решить материальные проблемы на свой страх и риск.

²⁰ *Cunha D.* Op. cit.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. *Гаранжа А. П.* Конституция Индии 1949 года, общая характеристика, порядок принятия, изменения // Курс лекций по конституционному праву зарубежных стран. 2008. — URL: <http://lib.sale/pravo-zarubejnyih-konstitutsionnoe/konstitutsiya-indii-1949-goda-obschaya-31799.html> (дата обращения: 27.02.2017).
2. Конституция Индии // Интернет-библиотека конституций Романа Пашкова. — URL: <http://worldconstitutions.ru/?p=28> (дата обращения: 27.02.2017).
3. *Саввина О. В.* Этические и юридические проблемы практики медицинских вмешательств в репродукцию человека (на примере аборт и сурrogатного материнства) // Lex Russica. — 2016. — № 12 (121). — С. 224—229.
4. *Успенская Е. Н.* Антропология индийской касты / Музей антропологии и этнографии им. Петра Великого (Кунсткамера). — СПб. : Наука, 2010.
5. *Успенская Е. Н.* К вопросу о природе индийской касты // Журнал социологии и социальной антропологии. — 2009. — № 3. — Т. 12. — С. 150—171.
6. *Balieu A. R.* E-conceiving Surrogacy: Toward a Reproductive Justice Account of Indian Surrogacy Hypatia. — Vol. 26. — No. 4 (Fall, 2011).
7. *Cunha D.* The Hidden Costs of International Surrogacy // URL: <https://www.theatlantic.com/business/archive/2014/12/the-hidden-costs-of-international-surrogacy/382757/> (дата обращения: 14.02.2017).
8. *Desai K.* India's surrogate mothers are risking their lives. They urgently need protection // URL: <https://www.theguardian.com/commentisfree/2012/jun/05/india-surrogates-impovertised-die> (дата обращения: 27.02.2017).
9. *McBrian W.* France Reviews its Surrogacy Laws: Surrogate Children Now Legally Recognized // URL: <http://www.circlesurrogacy.com/blog/2015/07/07/france-reviews-surrogacy-laws-surrogate-children-legally-recognized/> (дата обращения: 08.02.2017).
10. *Reis D.* German Federal Court of Justice on Surrogacy and German Public Policy // URL: <http://conflictflaws.net/2015/german-federal-court-of-justice-on-surrogacy-and-german-public-policy/> (дата обращения: 08.02.2017).
11. *Seema Mohapatra.* Stateless Babies & Adoption Scams: A Bioethical Analysis of International Commercial Surrogacy // 30 Berkeley J. Int'l Law. 2012. 412. URL: <http://scholarship.law.berkeley.edu/bjil/vol30/iss2/4>.
12. Surrogacy Fees & Costs // Surrogacy America. — URL: <https://www.surrogacyamerica.com/prospective-parents/surrogacy-cost-fees> (дата обращения: 14.02.2017).
13. The Nuremberg Code / Office of History National Institute of Health // URL: <https://history.nih.gov/research/downloads/nuremberg.pdf> (дата обращения: 27.02.2017).
14. The Surrogacy (Regulation) Bill, 2016 / PRS Legislative Research // URL: <http://www.prsindia.org/billtrack/the-surrogacy-regulation-bill-2016-4470/> (дата обращения: 27.02.2017).
15. WMA Declaration of Helsinki // World Medical Association. — URL: <http://www.wma.net/en/30publications/10policies/b3/> (дата обращения: 27.02.2017).

Материал поступил в редакцию 7 апреля 2017 г.

THE INFLUENCE OF “REPRODUCTIVE TOURISM” ON LEGISLATION GOVERNING SURROGACY

SAVVINA Olga Vladimirovna — PhD in Philosophy, Senior Lecturer of the Faculty of the Humanities and Social Sciences, RUDN University
fgsn.Dek@rudn.university
117198, Russia, Moscow, ul. Miklukho-Maklaya, d. 10/2

Abstract. *The article discusses the plight of women — surrogate mothers from the lower castes of India, which is the result of legislative regulation of surrogate motherhood. The low cost of services of surrogate mothers and legal regulation advantageous for the genetic parents, attract clients from abroad, making India the world centre of surrogacy. The consequence is a humiliating situation of surrogate mothers, their vulnerability, and contrary to the declared democratic values enshrined in the Constitution of India. The protection of democratic values and*

consolidation of the old caste are natural of India, which is also enshrined in the legislation. In November 2016, a new bill prohibiting surrogacy on a commercial basis was presented. Currently the bill is pending. The article shows that if the bill is passed, it will solve some of the problems associated with the humiliated position of surrogate mothers, but will not solve problems related to 1) the autonomy of surrogate mothers; 2) protection of the rights of women of the lower castes applying for the job of a surrogate mother.

In addition, the bill may cause new social and economic problems. Firstly, the introduction of the bill will hit “reproductive tourism” in India, seriously reducing the industry. Secondly, the ban on surrogate motherhood on a commercial basis will be a significant part of the medical staff of IVF clinics. A new bill will require considerable powers of Executive authorities and police, since the ban applies on a well-developed industry in medicine, having gained international fame. Otherwise, the introduction of the bill may create a black market of surrogacy. The article provides a number of alternative measures to solve problems caused by “reproductive tourism”, such as diagnosis, medical aid to surrogate mothers after childbirth, control over the content of surrogate mothers and the protection of their rights. Similar measures have already been successfully used in the field of experiments with the participation of the people, and have international legal framework.

Keywords: surrogate motherhood, bioethics, India, reproductive tourism.

REFERENCES

1. *Garanzha, A.P.* Lectures on the Constitutional Law of Foreign Countries. 2008. / The Constitution of India 1949, General Description, Order of its Acceptance, Amendments. URL: <http://lib.sale/pravo-zarubejnyih-konstitutsionnoe/konstitutsiya-indii-1949-year-obschaya-31799.html> (Accessed: <http://lib.sale/pravo-zarubejnyih-konstitutsionnoe/konstitutsiya-indii-1949-goda-obschaya-31799.html> 27.02.17).
2. Constitution of India. Roman Pashkov Internet Library of Constitutions. URL: <http://worldconstitutions.ru/?p=28> (Accessed: 27.02.17).
3. *Savvina, O.V.* Ethical and Legal Issues of the Practice of Medical Interventions in Human Reproduction (Following the Example of Abortion and Surrogacy) / *Lex Russica*. — No. 12 (121). — P. 224-229.
4. *Uspenskaya, E.N.* Anthropology of Indian Castes / E. N. Uspenskaya; the Museum of Anthropology and Ethnography after Peter The Great (Kunstkamera). — Saint Petersburg: Science, 2010.
5. *Uspenskaya, E.N.* To the Qestion on the Nature of Indian Caste. *Journal of Sociology and Social Anthropology*. — No. 3. — Vol. XII. — 2009. P. 150-171.
6. *Baliey, A.* Reconceiving Surrogacy: Toward a Reproductive Justice Account of Indian Surrogacy *Hypatia* vol. 26, No. 4 (Fall, 2011).
7. *Cunha D.* The Hidden Costs of International Surrogacy // URL: <https://www.theatlantic.com/business/archive/2014/12/the-hidden-costs-of-international-surrogacy/382757/> (Accessed: 14.02.2017).
8. *Desai K.* India's surrogate mothers are risking their lives. They urgently need protection // URL: <https://www.theguardian.com/commentisfree/2012/jun/05/india-surrogates-impoverished-die> (Accessed: 27.02.2017).
9. *McBrien W.* France Reviews its Surrogacy Laws: Surrogate Children Now Legally Recognized // URL: <http://www.circlesurrogacy.com/blog/2015/07/07/france-reviews-surrogacy-laws-surrogate-children-legally-recognized/> (Accessed: 08.02.2017).
10. *Reis D.* German Federal Court of Justice on Surrogacy and German Public Policy // URL: <http://conflictoflaws.net/2015/german-federal-court-of-justice-on-surrogacy-and-german-public-policy/> (Accessed: 08.02.2017).
11. *Seema Mohapatra.* Stateless Babies & Adoption Scams: A Bioethical Analysis of International Commercial Surrogacy // 30 *Berkeley J. Int'l Law*. 2012. 412. URL: <http://scholarship.law.berkeley.edu/bjil/vol30/iss2/4>.
12. Surrogacy Fees & Costs // *Surrogacy America*. — URL: <https://www.surrogacyamerica.com/prospective-parents/surrogacy-cost-fees> (Accessed: 14.02.2017).
13. The Nuremberg Code / Office of History National Institute of Health // URL: <https://history.nih.gov/research/downloads/nuremberg.pdf> (Accessed: 27.02.2017).
14. The Surrogacy (Regulation) Bill, 2016 / PRS Legislative Research // URL: <http://www.prsindia.org/billtrack/the-surrogacy-regulation-bill-2016-4470/> (Accessed: 27.02.2017).
15. WMA Declaration of Helsinki // World Medical Association. — URL: <http://www.wma.net/en/30publications/10policies/b3/> (Accessed: 27.02.2017).

DOI: 10.17803/1729-5920.2018.135.2.148-159

Юридический характер российской криминологии не вызывает сомнений. Во-первых, отечественная криминология «выросла» из русского уголовного права. Если основатель науки криминологии — Ч. Ломброзо был судебным медиком и психиатром, а американская криминология создавалась преимущественно социологами, то фундамент российской криминологии закладывался классиками русского уголовного права М. Н. Гернетом, С. К. Гогелем, М. В. Духовским, Н. А. Неклюдовым, А. А. Жижиленко, М. М. Исаевым, А. А. Пионтовским, С. В. Познышевым, И. Я. Фойницким, М. П. Чубинским и др.¹ Владение юридическим мышлением и знание материального уголовного права — это сильная сторона российской криминологии, которая определяет предметность криминологических исследований и направленность их выводов. В этой связи вряд ли можно согласиться с утверждением, что криминология была «пристегнута» к уголовному праву постановлением ЦК КПСС «О мерах по дальнейшему развитию юридической науки и улучшению юридического образования в стране»²: оно полностью игнорирует исторический путь развития отечественной криминологической науки. В трудные времена тоталитаризма и свертывания криминологических исследований уголовно-правовая наука стала нишей, в которой сохранились криминологические знания и бесценные кадры криминологов. Так, А. А. Герцензон, который в 1926—1930-х гг. работал научным сотрудником Московского кабинета по изучению личности преступника и преступности, впоследствии опубликовал множество трудов по уголовному праву³. Именно он оказался тем ученым, который внес неоценимый вклад в возрождение

криминологии в России в 1960-е гг. Характерно, что классики отечественной криминологии — лауреаты Государственной премии 1984 г. за цикл трудов «Разработка теоретических основ советской криминологии» — И. И. Карпец, В. Н. Кудрявцев, Н. Ф. Кузнецова, А. Б. Сахаров, А. М. Яковлев — являлись признанными авторитетами в сфере уголовно-правовой науки.

Во-вторых, криминология по номенклатуре научных специальностей отнесена к юридическим наукам⁴. Отсюда — императив знания и понимания хотя бы элементарных теоретических основ юриспруденции и положений уголовного права при исследовании криминальных феноменов, который нередко игнорируется представителями политологии, социологии, экономики, психологии и других наук⁵. В результате происходит подмена точных уголовно-правовых и криминологических терминов расплывчатыми понятиями (например, вместо «преступление», «преступность», «уголовная политика» — «силовое принуждение»)⁶; взамен характеристики существующей системы противодействия преступности и определения возможных путей ее оптимизации предлагаются общие (поверхностные) рассуждения на «заданную тему» (в частности, без опоры на юридические знания, без анализа эффективности применения Федерального закона от 25.07.2002 № 114-ФЗ «О противодействии экстремистской деятельности», норм УК РФ о преступлениях экстремистской направленности и УИК РФ сочиняется авторская карательная стратегия противодействия экстремизму⁷).

В-третьих, история государства и права России свидетельствует о возникновении отечественного криминологического законо-

¹ Миллюков С. Ф. Криминология уголовного закона // Криминология : XX век. СПб., 2000. С. 177.

² Разогреева А. М. (Пост)советская административная криминология: игра на понижение // Криминологические основы уголовного права : материалы X Российского конгресса уголовного права, состоявшегося 26—27 мая 2016 г. М., 2016. С. 226.

³ Герцензон Алексей Адольфович // URL: <http://www.ru.wikipedia.org>.

⁴ Приказ Минобрнауки России от 25.02.2009 № 59 (ред. от 14.12.2015) «Об утверждении Номенклатуры научных специальностей, по которым присуждаются ученые степени» // СПС «КонсультантПлюс».

⁵ Клеймёнов М. П., Клеймёнов И. М. Профанация криминологии // Криминологический журнал БГУЭП. 2010. № 2. С. 13—20.

⁶ Колотуша В. В. Силовое принуждение в социальном процессе и его особенности в пограничной сфере : автореф. дис. ... д-ра филос. наук. М., 2009.

⁷ Сальников Е. В. Экстремистское насилие в обществе: феномен, сущность, стратегии социального бытия : автореф. дис. ... д-ра филос. наук. Краснодар, 2015.

дательства в начале XIX в. — в 1832 г. издан Устав о предупреждении и пресечении преступлений (в Своде законов Российской империи). Впоследствии в него вносились многочисленные изменения и дополнения (1864, 1867, 1881, 1883, 1887, 1890, 1893, 1896, 1899, 1900, 1902, 1903, 1906, 1910 гг.)⁸, что свидетельствует о том, что этот закон активно применялся. Этот уникальный нормативный правовой акт, которому не было аналогов во всем мире⁹, имел ряд интересных особенностей, к которым относятся: а) связь с духовно-нравственными императивами (сохранение благоговения, благопристойности и тишины во время богослужений; почитание отца и матери, уважение к старшим; общий запрет производства казенных работ в воскресные и праздничные дни; запрет лжепредсказаний и лжепредзнаменований и пр.); б) устранение источников вредного влияния на людей, пресечение отклоняющегося поведения (выявление сочинителей ругательных и оскорбительных сочинений (пасквилей) или изображений и подметных писем, запрет тайных обществ, пресечение роскоши и мотовства, пьянства, порочного и развратного поведения, непотребных и соблазнительных сборищ и др.); в) определение мер предупреждения отдельных видов преступлений (убийств и телесных повреждений, ссор, драк и побоев, ростовщичества, запрещенных игр, обмана, подлога и клеветы, воровства, разбоя, грабежа и приносодержательства).

Как видим, Устав о предупреждении и пресечении преступлений имел определенную идеологическую основу, которая позволяла объективно выявлять криминогенные источники, реагировать на них, и в этом плане он являет собой позитивный пример для создания аналогичного нормативного правового акта в России в Новейшее время. Чтобы убедиться в этом, достаточно сопоставить содержание § 156 Устава («Полиция ни в каком случае не позволяет возникать непотребным и соблазнительным сборищам и повсеместно искореняет

оныя, под каким бы видом и названием они ни существовали») ¹⁰ со зрелищами современных ночных клубов («упражнения с шестом») или деятельностью многочисленных салонов для мужчин, предлагающих различные варианты эротического массажа.

Существенный вклад в развитие криминологического законодательства был сделан в советский период, в особенности в 1970-х гг. Достаточно назвать некоторые нормативные правовые акты того времени: постановление Совета народных комиссаров СССР и ЦК ВКП(б) от 31.05.1935 «О ликвидации детской беспризорности и безнадзорности», постановление ЦК КПСС и Совета министров СССР 02.03.1959 «Об участии трудящихся в охране общественного порядка в стране», постановление Совета министров СССР от 31.08.1966 «О мерах по усилению борьбы с преступностью», приказ МВД СССР от 14.04.1969 «О введении в действие Инструкции по основам организации и тактики предотвращения преступлений органами милиции», Указ Президиума Верховного Совета РСФСР от 25.08.1972 «О принудительном лечении и трудовом перевоспитании больных наркоманией», приказ МВД СССР от 02.03.1978 «О введении в действие Положения об основах организации профилактики преступлений органами внутренних дел». В этой связи Д. А. Шестаков совершенно правильно ставит вопрос о наличии криминологического законодательства, включая в него отдельные нормы международного права, федеральные законы, законы субъектов Федерации, проекты нормативных правовых актов¹¹.

Криминологическое законодательство включает в себя:

1. Международные конвенции: Конвенция ООН против коррупции 2003 г., Конвенция ООН против транснациональной организованной преступности 2000 г., Конвенция ООН о борьбе с финансированием терроризма 1999 г., Конвенция ООН о борьбе против незаконного оборота наркотических средств и психотропных веществ 1988 г., Конвенция

⁸ Емельянов В. М. История профилактики правонарушений в России в дореволюционный период // Концепт. Научно-методический электронный журнал. 2015. Т. 13. С. 2376—2380. URL: <http://e-koncept.ru/2015/85476.htm>.

⁹ Иванов И. И. Криминалистическая профилактика преступлений (комплексное научно-практическое исследование). СПб., 2004. С. 20.

¹⁰ Свод уставов о предупреждении и пресечении преступлений // URL: <http://www.ru.rus-sky.com>.

¹¹ Шестаков Д. А. Криминологическое законодательство и право противодействия преступности // Криминология вчера, сегодня и завтра. 2013. № 1 (28). С. 48—49.

ООН о борьбе с незаконными актами, направленными против безопасности морского судоходства 1988 г., Конвенция Совета Европы против торговли человеческими органами 2015 г., Конвенция Совета Европы по контрафактной медицинской продукции и аналогичной преступной деятельности, представляющей угрозу для здравоохранения 2011 г., Конвенция Совета Европы о защите детей от сексуальной эксплуатации и сексуальных злоупотреблений 2007 г., Конвенция Совета Европы о предупреждении терроризма 2005 г., Конвенция Совета Европы о противодействии торговле людьми 2005 г., Конвенция Совета Европы об отмывании, выявлении, изъятии, конфискации доходов от преступной деятельности и финансировании терроризма 2005 г., Конвенция Шанхайской организации сотрудничества против терроризма 2009 г. и др. Их криминологическая сущность определяется целями, которые выражены в профилактике, предупреждении, предотвращении криминальных проявлений (превентивный аспект); разработке законоположений и криминализации деяний (правотворческий аспект); определении общих процедурных условий и правил по реализации правовых мер (правоприменительный аспект) организации эффективной борьбы с преступностью, облегчении сотрудничества на национальном и международном уровнях, совершенствовании планов подготовки и планов координации действий в чрезвычайных ситуациях (управленческий аспект), защите прав потерпевших, людей и объектов (виктимологический аспект); обмене информацией, создании механизма мониторинга (информационно-аналитический аспект).

2. Нормативные правовые акты, принятые в рамках Содружества Независимых Государств, следующие: Концепция взаимодействия государств — участников СНГ в борьбе с преступностью 1999 г.; Договор государств — участников СНГ о противодействии легализации (отмыванию) преступных доходов и финансированию терроризма 2007 г.; соглашения государств — участников СНГ: о сотрудничестве в борьбе с незаконным оборотом наркотических средств, психотропных веществ и прекурсоров 2000 г.; о взаимодействии по обеспечению безопасности лиц, подлежащих государственной охране 2008 г.; о сотрудничестве в борьбе с незаконным изготовлением и оборотом огнестрельного оружия, боеприпасов, взрывчатых веществ и взрывных устройств

2008 г.; о сотрудничестве в сфере обеспечения информационной безопасности 2008 г.; о сотрудничестве в борьбе с преступлениями, совершаемыми с использованием информационных технологий, 2013 г. и др.

Отдельный и очень важный блок таких нормативных правовых актов составляют программы сотрудничества государств — участников СНГ по противодействию наиболее криминогенным явлениям и борьбе с преступностью, которые транслируют общие договоренности и концептуальные установки в практическую деятельность. К ним относятся: Программа сотрудничества в противодействии незаконной миграции на 2015—2019 годы; Программа сотрудничества в борьбе с незаконным оборотом наркотических средств, психотропных веществ и их прекурсоров и противодействию наркомании на 2014—2018 годы; Программа сотрудничества в борьбе с торговлей людьми на 2014—2018 годы; Программа сотрудничества государств в борьбе с преступлениями, совершаемыми с использованием информационных технологий, на 2016—2020 годы и др. Они нацелены на осуществление взаимодействия и координацию деятельности сторон по следующим основным направлениям:

- выявление угроз безопасности и криминологическое прогнозирование рисков;
- разработка ключевых криминологических понятий (в частности, информационной преступности, информационного терроризма и др.), формирование глоссариев;
- совместный анализ состояния, структуры, динамики и последствий транснациональной преступности, результатов работы по выявлению, предупреждению, раскрытию, расследованию преступлений, исполнению наказаний;
- подготовка информации о борьбе с преступностью Совету глав государств, другим органам СНГ, а также органам государственной власти государств — участников СНГ;
- выработка согласованной стратегии и совместных мер борьбы с криминальными явлениями;
- координация и совершенствование механизмов взаимодействия компетентных органов в области противодействия преступному поведению;
- создание совместного банка данных о транснациональных преступных группах, их лидерах и участниках;

- обмен информацией, накопление и использование информационных систем, оперативных учетов и архивов;
- профессиональное обучение и переподготовка кадров (содействие в подготовке кадров и повышении квалификации специалистов);
- взаимодействие в международных организациях и международных форумах по вопросам противодействия преступности;
- изучение и оценка эффективности совместных усилий компетентных органов государств — участников СНГ в борьбе с преступностью, распространение опыта в этой области;
- обмен опытом работы, проведение рабочих встреч, консультаций, совещаний, практических конференций и семинаров;
- обеспечение безопасности объектов государственной охраны и защита охраняемых объектов;
- обеспечение собственной безопасности уполномоченных государственных органов;
- проведение совместных научных исследований;
- развитие согласованных форм и методов профилактики преступлений и иных правонарушений;
- реализация совместных и/или согласованных мероприятий по пресечению криминальных операций;
- развитие сотрудничества с международными организациями, неправительственными организациями, а также институтами гражданского общества в сфере противодействия криминальному поведению.

3. Федеральное криминологическое законодательство, включающее:

- *федеральные законы* (от 23.06.2016 № 182-ФЗ «Об основах системы профилактики правонарушений», от 24.06.1999 № 120-ФЗ «Об основах системы профилактики безнадзорности и правонарушений несовершеннолетних», от 25.07.2002 № 114-ФЗ «О противодействии экстремистской деятельности», от 06.03.2006 № 35-ФЗ «О противодействии терроризму», от 25.12.2008 № 273-ФЗ «О противодействии коррупции», от 17.07.2009 № 172-ФЗ «Об антикоррупционной экспертизе нормативных правовых актов и проектов нормативных правовых актов», от 03.12.2012 № 230-ФЗ «О контроле за соответствием

- расходов лиц, занимающих государственные должности, и иных лиц их доходам», от 07.08.2001 № 115-ФЗ «О противодействии легализации (отмыванию) доходов, полученных преступным путем, и финансированию терроризма» и др.);
- *стратегии* (Стратегия противодействия экстремизму в Российской Федерации до 2025 года, Стратегия государственной антинаркотической политики Российской Федерации до 2020 года, Национальная стратегия противодействия коррупции);
- *концепции* (Концепция противодействия терроризму в Российской Федерации 2009 г., Концепция общественной безопасности в Российской Федерации 2013 г., Концепция государственной системы обнаружения, предупреждения и ликвидации последствий компьютерных атак на информационные ресурсы Российской Федерации 2014 г., Концепция реализации государственной политики по снижению масштабов злоупотребления алкогольной продукцией и профилактике алкоголизма среди населения Российской Федерации на период до 2020 года);
- *иные нормативные правовые акты*, нацеленные на предупреждение (профилактику, предотвращение, пресечение) преступлений, организацию борьбы с преступностью, минимизацию и ликвидацию криминальных последствий (например, Государственная программа противодействия незаконному обороту наркотиков, утвержденная постановлением Правительства РФ от 15.04.2014 № 299).

Именно в такой целеустремленности приведенных актов заключается их криминологический характер. Иначе говоря, они являются криминологическими по существу и могут быть обозначены в качестве центра (ядра) федерального криминологического законодательства. К этому «ядру» следует отнести и ведомственные нормативные правовые акты криминологического содержания, в частности, приказ МВД РФ от 17.01.2006 № 19 «О деятельности органов внутренних дел по предупреждению преступлений» (вместе с Инструкцией о деятельности органов внутренних дел по предупреждению преступлений).

К «чисто» криминологическим нормативным правовым актам логично присовокупить отдельные криминологические нормы иных федеральных правовых актов, которые обра-

зуют «периферию» криминологического законодательства, например, ст. 19 Федерального закона от 27.07.2004 № 79-ФЗ «О государственной гражданской службе в Российской Федерации», посвященную урегулированию конфликта интересов на гражданской службе. Ее криминологическая направленность сомнений не вызывает. Статья 20 этого Закона также направлена на предупреждение правонарушений коррупционного характера, поскольку устанавливает обязанность гражданского служащего представлять сведения о доходах, об имуществе и обязательствах имущественного характера. Аналогичные нормы содержат федеральные законы «О муниципальной службе в Российской Федерации», «О прокуратуре Российской Федерации», «О полиции» и др.

4. Законы и иные нормативные правовые акты криминологического содержания, принятые органами власти субъектов РФ, как, например, Закон Омской области от 29.04.2009 № 1154-ОЗ «О противодействии коррупции в Омской области». Чаще всего такие акты во многом дублируют содержание федеральных законов, что в целом свидетельствует о низком качестве регионального криминологического законодательства. Главная причина такого низкого качества видится в непривлечении квалифицированных специалистов (криминологов) для участия в работе по подготовке законопроектов. Правда, следует оговориться, что отдельные субъекты РФ являются лидерами и новаторами в сфере криминологического законодательства, и их опыт заслуживает изучения, обобщения и внедрения. Например, в Ульяновской области функционирует институт Уполномоченного по противодействию коррупции. Функции Уполномоченного по противодействию коррупции определены Законом Ульяновской области от 20.07.2009 № 83-ЗО «О противодействии коррупции в Ульяновской области» и направлены на защиту прав и интересов граждан и общественных институтов от возможных коррупционных проявлений в деятельности представителей государственного и муниципального управленческого аппарата. Силами регионального Уполномоченного по противодействию коррупции и сотруд-

ников отдела обеспечения его деятельности с 2010 г. проводится антикоррупционный мониторинг. Одним из главных направлений этой работы является контроль эффективности работы элементов организационной структуры по противодействию коррупции, которая создана и функционирует в органах государственной власти и местного самоуправления¹².

5. Муниципальные правовые акты криминологической направленности. Им может быть адресован аналогичный упрек в низком качестве, что дезавуирует саму идею криминологического законодательства муниципального уровня. Обращаясь к анализу соответствующих документов (например, постановлению Администрации Полтавского муниципального района Омской области от 09.02.2015 № 33 «Об утверждении комплексной программы Полтавского муниципального района «Борьба с преступностью, профилактика преступлений и правонарушений, обеспечение безопасности дорожного движения в Полтавском муниципальном районе на 2015—2017 годы») можно констатировать «дежурный» характер запланированных мер («привлечь население к охране общественного порядка»), обилие общих формулировок (типа «проведение мероприятий по противодействию нарушениям расового, национального и религиозного равноправия граждан»), непонимание важности реализации задач анализа и прогноза криминологической обстановки. Создается впечатление, что такие нормативные правовые акты принимаются «для отписки», для имитации деятельности, а не в целях реальной работы по предупреждению преступлений.

Между тем муниципальный уровень разработки и реализации криминологического законодательства является чрезвычайно значимым с точки зрения профилактики многих видов преступного поведения. Об этом свидетельствуют «Руководящие положения для муниципалитетов. Активизация действий по борьбе с торговлей людьми на местном уровне»¹³.

Общей целью данных руководящих положений является предоставление местным участникам деятельности по борьбе с торговлей людьми знаний и правильных инструментов

¹² Уполномоченный по противодействию коррупции в Ульяновской области // URL: <http://www.anticorrupt-ul.ru>.

¹³ Йокинен А., Сорренто Л., Буховска С., Полатсиде В. Руководящие положения для муниципалитетов. Активизация действий по борьбе с торговлей людьми на местном уровне. Совет государств Балтийского моря, МВД Латвии, 2015. 80 с. URL: <http://www.cbss.org>.

для усиления их роли в работе против торговли людьми, а также повышение эффективности действий по борьбе с торговлей людьми путем обеспечения надлежащего и своевременного выявления жертв, адекватного и долгосрочного предоставления помощи и защиты. Ожидается, что данные руководящие положения будут наиболее актуальны для экспертов и практиков, работающих в больших и средних городах и/или муниципалитетах, и обладающих по крайней мере некоторыми знаниями о торговле людьми. Конкретными целями руководящих положений являются: содействие обеспечению прав жертв; повышение информированности местных участников деятельности по борьбе с торговлей людьми о данной проблеме; выделение некоторых перспективных мероприятий, которые были разработаны в регионе и за его пределами, где муниципалитеты и/или местные органы власти играют важную роль в решении вопросов противодействия торговле людьми и предоставления защиты жертвам; привлечение местных субъектов деятельности к борьбе с торговлей людьми на местном уровне путем участия в решении задач общего характера и реализации конкретных мер, направленных на преодоление проблем и улучшение ситуации. Следует обратить внимание, что многие из предложенных мер могут быть интегрированы в местную социальную, экономическую политику и практику предупреждения преступности (например, включены в программы, которые касаются решения проблем социального отчуждения и маргинализации, безопасной миграции, интеграции мигрантов, борьбы с бедностью, получения образования, насилия в отношении женщин и т.д.). Подчеркивается важность создания проактивных, а не реактивных стратегий предотвращения указанных негативных явлений. Такие проактивные стратегии являются наиболее экономически эффективными и в итоге позволяют сэкономить больше ресурсов¹⁴.

Таким образом, ответственный подход к разработке муниципального криминологического законодательства дает свои положительные результаты.

Итак, можно сформулировать три промежуточных вывода. Первый: криминологическое

законодательство существует, и это — юридический факт. Поэтому заявление о том, что криминологического законодательства как самостоятельной комплексной отрасли нет¹⁵, — не что иное, как отрицание действительности. Криминологическое законодательство как система международных, федеральных и региональных нормативных правовых актов криминологического содержания и направленности существует и активно развивается. Нежелание признать эту очевидность вредит общему делу противодействия преступности и угрожает национальной безопасности страны. Разумеется, речь идет не о частном мнении, а о государственном признании, за которым последуют новые законодательные инициативы, стратегические изменения в уголовной политике, существенные уточнения в системе юридического образования и др. Положительным примером здесь является криминологическое законодательство Республики Беларусь, стержневым (системообразующим) компонентом которого выступают Закон от 10.11.2008 № 453-З «Об основах деятельности по профилактике правонарушений», Указ Президента Республики Беларусь от 29.05.2007 № 244 «О криминологической экспертизе» (в соответствии с которым заключение криминологической экспертизы имеет обязательный характер), Указ Президента Республики Беларусь от 06.06.2011 № 230 «О мерах по совершенствованию криминологической экспертизы» (которым закреплен надзор Генеральной прокуратуры за точным и единообразным исполнением законодательных актов в сфере проведения криминологической экспертизы)¹⁶.

В России существует некий аналог криминологической экспертизы — в виде антикоррупционной экспертизы нормативных правовых актов и проектов нормативных правовых актов. Но, во-первых, он охватывает только часть работы по криминологической экспертизе, поскольку криминогенные положения законопроекта не исчерпываются коррупционностью. Во-вторых, заключения антикоррупционной экспертизы имеют рекомендательный характер, что во многом превращает их в фикцию (имитацию антикоррупционной деятельности).

¹⁴ Йокинен А., Сорренто Л., Буховска С., Полатсиде В. Указ. соч. С. 3—14.

¹⁵ Лопашенко Н. А. Уголовная политика. М., 2009. С. 68.

¹⁶ См.: Клеймёнов И. М. Сравнительная криминология. М., 2012. С. 315—322; Шилин Д. В. Правовая основа криминологической экспертизы в Республике Беларусь // Законность. 2014. № 1. С. 70—73.

Обязательность криминологической экспертизы проектов нормативных правовых актов резко меняет статус криминологии: из науки факультативной (к рекомендациям которой можно прислушиваться или нет) она превращается в науку императивную и становится вровень с юридическими отраслями знаний, рекомендации которых реализованы в законе.

Отсюда следует второй вывод — о необходимости повысить престиж криминологии и создать условия для устранения непонимания исключительной роли и значимости криминологии в решении практически всех международных и национальных проблем. Развитие преступности и анализ реагирования на него свидетельствуют об изменении роли криминологии в современном мире (она становится все более организующей и ведущей в системе социальных наук) и указывают на важность уточнения ее предмета. Традиционное понимание предмета криминологии как науки о преступности, ее причинах, личности преступника, предупреждении преступности явно устарело. В предмет криминологии следует включить основы анализа негативных социальных явлений и процессов и организации противодействия преступлениям и иным правонарушениям (аналитическую разведку), а также криминологическое законодательство и криминологическое право. Очень современно звучит тезис о стратегической роли криминологии в настоящее время и особенно — в обозримом будущем¹⁷.

Третий вывод касается императива сконцентрировать силы научной общественности на разработке криминологического права. Следует констатировать, что за криминологов эту работу никто не сделает. В этой связи замечателен пример специалистов в области оперативно-розыскной деятельности, разрабатывающих теоретические основы отрасли оперативно-розыскного права, которые находят аргументы в обоснование собственного предмета правового регулирования¹⁸. При этом важно уточнить, что усилия должны быть направлены на разработку именно криминологического права — а не профилактического права или права противодействия преступности, как

полагает известный криминолог Д. А. Шестаков¹⁹. Только при таком решении проблемы можно обеспечить понимание социальной значимости криминологии и укрепление ее престижа в современной России.

Замечено, что престиж криминологии сравнительно высок в условиях демократии и низок в государствах с авторитарным (тем более тоталитарным) политическим режимом. В развитых демократических государствах криминология востребована во всех четырех измерениях: на государственном уровне (что выражается в реализации криминологических рекомендаций в уголовной политике), в среде научного сообщества (что видно из престижности организаций профессиональных криминологов, их участия в международных форумах, официального признания значимости результатов криминологических исследований), в образовательном пространстве (что усматривается в обязательности или, напротив, факультативности изучения криминологии в юридических вузах) и с точки зрения интересов гражданского общества (о чем свидетельствует практика опросов населения для оценки состояния преступности и реального участия общественности в превентивных программах).

Иная ситуация складывается в тоталитарных государствах. Как известно, сталинскому тоталитаризму криминология была не нужна. Вождь народов и без криминологов знал, в чем причины преступности и как с ней бороться. Поэтому криминология в период 1930—1960-х гг. находилась фактически под запретом. Причина этого заключается в том, что криминология — наука с мощным критическим потенциалом. Она и не может быть иной, поскольку любое криминологическое исследование «выводит» на проблемы несоответствия деклараций и социальной реальности. Криминология имеет своим предметом — в самом широком обобщении — социальное зло и закономерно формулирует такие выводы, которые звучат как упреки, нередко адресованные власти. Любая власть не любит критики, тоталитарная власть ее не терпит. Поэтому любая критика власти при тоталитаризме запрещена и преследуется — часто в уголовном порядке. В це-

¹⁷ Долгова А. И. Нужна ли криминология и криминологический взгляд на преступность // URL: <http://www.crimas.ru>.

¹⁸ Кузнецов Е. В. Теоретические основы формирования отрасли оперативно-розыскного права : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Волгоград, 2014.

¹⁹ Шестаков Д. А. Указ. соч. С. 49.

лом можно предположить наличие обратной зависимости между развитием тоталитаризма и криминологии: движение в направлении тоталитаризма сопровождается свертыванием криминологических исследований²⁰.

Таким образом, признание криминологического законодательства и криминологического права способствует повышению престижа криминологии в государстве, обществе, образовательной среде, а значит — укреплению демократических начал государственного развития.

Предметом криминологического права как отрасли законодательства являются общественные отношения, урегулированные нормативными правовыми актами в связи с изучением и анализом негативных социальных явлений и процессов криминологической экспертизой нормативных правовых актов; установлением и реализацией мер по обеспечению мер безопасности личности, общества и государства от угроз криминального характера; организацией комплексной деятельности государств, национальных органов власти, общественных организаций, религиозных объединений и граждан по противодействию общественно опасным деяниям, негативным социальным явлениям и процессам. Как видим, криминологические правоотношения возникают в публичной и частной сферах в связи с экспертно-аналитической и управленческой деятельностью по противодействию общественно опасным явлениям и процессам, а также по поводу обеспечения безопасности от криминальных угроз.

Таким образом, можно выделить три вида криминологических правоотношений, образующих в своей совокупности предмет криминологического-правового регулирования.

Первый вид — экспертно-аналитические правоотношения, возникающие между государственными органами и субъектами антикоррупционных экспертиз нормативных правовых актов и проектов нормативных правовых актов, между заказчиками и исполнителями криминологических исследований. Они реализуются исследовательскими методами.

Второй вид — профилактические отношения, существующие между, с одной сторо-

ны, субъектами деятельности по устранению (ограничению) криминогенных факторов и, с другой стороны, объектами профилактического воздействия (прежде всего лицами, склонными к совершению общественно опасных девиаций).

Третий вид — охранительные правоотношения, возникающие в публичной и частной сферах в связи с обеспечением криминологической безопасности. Их субъектами выступают государственные органы, корпорации, иные бизнес-структуры, общественные организации, религиозные объединения и граждане. Они, как правило, связаны с использованием методов прогнозирования и планирования.

Криминологическое правовое регулирование является особенно важным и необходимым в связи с угрозами терроризма, экстремизма, коррупции, деятельностью преступных организаций и группировок, в том числе транснациональных, связанной с незаконным оборотом наркотических средств и психотропных веществ, оружия, боеприпасов, взрывчатых веществ, организацией незаконной миграции и торговлей людьми²¹. Оно является комплексным по своему характеру и интегрирует в себе возможности различных отраслей права по противодействию преступности и иным общественно опасным социальным девиациям.

Криминологическое право как отрасль права только начинает формироваться, поскольку не сложилась еще убедительная концепция его содержания. Например, уголовное право как отрасль права имеет развернутое определение: это система правовых норм о преступном и наказуемом, включающая в себя нормы, предусматривающие общие правила регламентации уголовно-правовых отношений, а также нормы о признании преступлениями отдельных видов опасного отклоняющегося поведения и о наказании за них, основанные на указанных выше общих правилах²². В отношении криминологического права высказываются очень спорные суждения. Известный криминолог Д. А. Шестаков говорит: «Мне видится, что вслед за криминологическим правом, возникающим рядом с уголовным правом и постепенно теснящим его, простирается дорога к законодательному

²⁰ Клеймёнов М. П., Клеймёнов И. М. Престиж криминологии в мире и в России // Криминологический журнал БГУЭП. 2012. № 1. С. 8—9.

²¹ Указ Президента РФ от 31.12.2015 № 683 «О Стратегии национальной безопасности Российской Федерации» // СЗ РФ. 2016. № 1 (ч. 2). Ст. 212.

²² Лопашенко Н. А. Основы уголовно-правового воздействия. СПб., 2004. С. 13.

воплощению пронизанного едиными принципами праву противодействия преступности (ППП). Вырисовывается вот какое его строение. Верхний слой — Основы (предупредительного и наказательного) законодательства о противодействии преступности. Под ним слой кодексов: 1) кодекс предупреждения преступлений (и мер безопасности); 2) кодекс об уголовной ответственности и ресоциализации молодежи; 3) кодексы — Уголовный, Уголовно-процессуальный, Уголовно-исполнительный»²³.

Такая вавилонская башня ППП вряд ли будет построена. И не только потому, что слишком различен язык ее возможных строителей: криминологов, криминалистов, процессуалистов, пенитенциаристов. Главная причина заключается в неправильной целевой установке. Криминология как формирующаяся отрасль права должна не конкурировать с другими отраслями права и тем более не подавлять их, а вступать с ними в сотрудничество. В то же время мысль о криминологическом кодексе — именно криминологическом, а не кодексе предупреждения преступлений, представляется плодотворной. В этом кодексе следует прежде всего закрепить стратегическую роль криминологии, обеспечивающую прогнозирование криминальных угроз национальной безопасности, их минимизацию и устранение. Поразительно, что в Федеральном законе «О стратегическом планировании» ни слова не сказано о коррупции²⁴. Как можно осуществлять стратегическое

планирование в Российской Федерации, координировать сферы государственного и муниципального стратегического управления и бюджетной политики, не учитывая коррупционный фактор? Вопрос поставлен как риторический, но квалифицированный ответ на него можно получить только со знанием криминологии.

В современных условиях криминологическое законодательство и криминологическое право призваны сыграть интегрирующую роль, которая видится в двух ипостасях. Во-первых, в нормативные правовые акты различных отраслей права (предпринимательского, банковского, экологического и др.) целесообразно включать актуальные криминологические положения. Следует сказать, что в плане противодействия коррупции в действительности так и происходит. Во-вторых, формализованный (нормативно закрепленный) криминологический анализ, прогнозирование, планирование будут способствовать конструктивному разрешению социальных противоречий и противодействовать бюрократическим инициативам усиления налогового бремени на население.

Именно в интеграции различных отраслей права по отношению к решению крупных проблем следует видеть генеральный путь развития отечественного законодательства. Самой крупной проблемой современности является преступность. Следовательно, юридическая роль криминологии будет неуклонно возрастать.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. Долгова А. И. Нужна ли криминология и криминологический взгляд на преступность // URL: <http://www.crimas.ru>.
2. Емельянов В. М. История профилактики правонарушений в России в дореволюционный период // Концепт. Научно-методический электронный журнал. — 2015. — Т. 13. — С. 2376—2380. URL: <http://e-koncept.ru/2015/85476.htm>.
3. Иванов И. И. Криминалистическая профилактика преступлений (комплексное научно-практическое исследование). — СПб.: Университет МДВ РФ, 2004. — 162 с.
4. Йокинен А., Сорренто Л., Буховска С., Полатсиде В. Руководящие положения для муниципалитетов. Активизация действий по борьбе с торговлей людьми на местном уровне. Совет государств Балтийского моря, МВД Латвии. — 2015. — 80 с. URL: <http://www.cbss.org>.
5. Клеймёнов И. М. Сравнительная криминология. — М.: Норма, 2012. — 368 с.
6. Клеймёнов М. П., Клеймёнов И. М. Престиж криминологии в мире и в России // Криминологический журнал БГУЭП. — 2012. — № 1. — С. 5—13.

²³ Шестаков Д. А. Указ. соч. С. 49.

²⁴ Федеральный закон от 28.06.2014 № 172-ФЗ (ред. от 03.07.2016) «О стратегическом планировании в Российской Федерации» // СЗ РФ. 2014. № 29 (ч. 1). Ст. 3378; 2016. № 26 (ч. 1). Ст. 3879.

7. Клеймёнов М. П., Клеймёнов И. М. Профанация криминологии // Криминологический журнал БГУЭП. — 2010. — № 2. — С. 13—20.
8. Колотуша В. В. Силовое принуждение в социальном процессе и его особенности в пограничной сфере : автореф. дис. ... д-ра филос. наук. — М., 2009. — 39 с.
9. Кузнецов Е. В. Теоретические основы формирования отрасли оперативно-розыскного права : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — Волгоград, 2014. — 22 с.
10. Лопашенко Н. А. Основы уголовно-правового воздействия. — СПб. : Юридический центр-Пресс, 2004. — 339 с.
11. Лопашенко Н. А. Уголовная политика. — М. : Волтерс Клувер, 2009. — 579 с.
12. Милуков С. Ф. Криминология уголовного закона // Криминология : XX век. — СПб. : Юридический центр-Пресс, 2000. — С. 177—203.
13. Разогреева А. М. (Пост)советская административная криминология: игра на понижение // Криминологические основы уголовного права : материалы X Российского конгресса уголовного права, состоявшегося 26—27 мая 2016 г. — М. : Юрлитинформ, 2016. С. 225—228.
14. Сальников Е. В. Экстремистское насилие в обществе: феномен, сущность, стратегии социального бытия : автореф. дис. ... д-ра филос. наук. — Краснодар, 2015. — 41 с.
15. Шестаков Д. А. Криминологическое законодательство и право противодействия преступности // Криминология вчера, сегодня, завтра. — 2013. — № 1 (28). — С. 47—49.
16. Шилин Д. В. Правовая основа криминологической экспертизы в Республике Беларусь // Законность. — 2014. — № 1. — С. 70—73.

Материал поступил в редакцию 28 февраля 2017 г.

CRIMINOLOGICAL LEGISLATION AND CRIMINOLOGICAL LAW IN RUSSIA

KLEYMENOV Mikhail Petrovich — Doctor of Law, Professor, Honored Scientist of the Russian Federation, Head of the Department of Criminal Law and Criminology, Dostoevsky Omsk State University
klim798@mail.ru
644065, Russia, Omsk, ul. 50 Let Profsoyuzov, d. 100/1

Abstract. *Criminology is a legal science, for a good reason claiming the formation of their own branch of law. Criminological legislation as a system of international, Federal and regional regulations of criminological content and focus is actively developing. The subject of the criminological law as a branch of law are the public relations regulated by legal acts in connection with the study and analysis of the negative social phenomena and processes of criminological expertise of normative legal acts.*

The aims are the establishment and implementation of measures to ensure the security of an individual, the society and the State from threats of a criminal nature; the organization of complex activities of States, national authorities, public associations, religious associations and citizens on combating socially dangerous acts, negative social phenomena and processes. There are three types of criminological relations forming the subject matter of criminological and legal regulation. The first is expert-analytical relations arising between state bodies and subjects of anti-corruption expertise of normative legal acts and drafts of regulations between ordering customers and performers of criminological research. The second is the prevention of the relations existing between stakeholders on elimination (restriction) of criminogenic factors and objects of preventive action.

The third is protective legal relations arising in public and private spheres in the provision of criminological security, which are the subjects of state bodies, corporations, other business structures. In modern conditions, the criminological law and criminological legislation should play an integrating role for other branches of the law in addressing the issues of criminalization of social relations, corruption, extremism, terrorism, drug abuse, transnational organized crime. The growing importance of criminology in the modern world, due to total criminalization of social relations, indicate the importance of clarifying its subject. The traditional understanding of the subject of criminology as a science of crime and its causes, the identity of the offender, crime prevention is clearly outdated. The subject of criminology should include a framework for the analysis of negative social

phenomena and processes and the organization of counteraction to crimes and other offences (analytical intelligence), and criminological legislation and criminological law.

Keywords: *criminological law, criminological legislation, criminological relationship, criminological and legal regulation, the prestige of criminology, crime prevention.*

REFERENCES

1. *Dolgova, A.I.* Do we Neew Criminology and Criminological Outlook on Crime. — Access mode: <http://www./http://www.crimas.ru>.
2. *Emelyanov, V. M.* History of Crime Prevention in Russia in the Pre-Revolutionary period // Scientific-Methodical Electronic Journal "Concept". — 2015. — Vol.13. — PP. 2376-2380. — Access mode: <http://e-koncept.ru/2015/85476.htm>.
3. *Ivanov, I.I.* Criminological crime prevention (a complex scientific and practical study). Spb.: University of the Russian Federation Ministry of the Interior, 2004. -162 p.
4. *Jokinen, A., Sorrento, L., Bukowska, S., Palatsides, V.* Guidelines for Municipalities. Intensification of Action to Combat Trafficking at the Local Level. The Council of the Baltic Sea States, Ministry of Internal Affairs of Latvia. — 2015.- 80 p. — Access Mode: <http://www.hate/http://www.cbss.org>.
5. *Kleymentov, I.M.* Comparative Criminology. — M.: Norma, 2012. — 368 p.
6. *Kleimenov, M.P., Kleimenov, I.P.* Prestige of Criminology in the World and in Russia // Russian Journal of Criminology. — 2012. — No. 1. — P. 5-13.
7. *Kleimenov, M.P., Kleimenov, I.M.* Profanation of Criminology // Russian Journal of Criminology. — 2010. — No. 2. — P. 13—20.
8. *Kolotusha, V.V.* Coercion in the Social Process and its Specifics in the Border Area. Candidate Degree Thesis (Philosophy). Abstract. — M., 2009. — 39 p.
9. *Kuznetsov, E.V.* Theoretical Bases of Formation of Branch Operational Search Law. Candidate Degree Thesis (Legal Sciences). Abstract. Volgograd, 2014. — 22 p.
10. *Lopashenko, N.A.* The Basics of Criminal and Legal Impact. — SPb.: Legal Centre-Press, 2004. — 339 p.
11. *Lopashenko, N.A.* Criminal Policy. — M.: Wolters Kluwer, 2009. — 579 p.
12. *Milyukov, S.F.* Criminology of Criminal Laws // Criminology of the XX Century. — SPb.: Legal Centre-Press, 2000. — P. 177-203.
13. *Razogreva, A.M.* (Post)Soviet Administrative Criminology: Selling Short // Criminological Foundations of Criminal Law. Proceedings of the X Russian Congress on Criminal Law, held on May 26-27, 2016 — M.: Yurlitinform, 2016. P. 225-228.
14. *Salnikov, E.V.* Extremist Violence in Society: Phenomenon, Essence, Strategy of Social Existence. Candidate Degree Thesis (Philosophy). Abstract. Krasnodar, 2015. — 41 p.
15. *Shestakov, D.A.* Criminalological Legislation and Law of Combating Crime // Criminology: Yesterday, Today and Tomorrow. — 2013. — № 1 (28). — P. 47-49.
16. *Shilin, D.V.* The Legal Basis of Criminological Expertise in the Republic of Belarus // Legality. — 2014. — No. 1. — P. 70—73.

СУДЕБНАЯ ВЛАСТЬ В ПОЛИТИКО-ПРАВОВЫХ ВОЗЗРЕНИЯХ М. М. КОВАЛЕВСКОГО

Аннотация. *Статья посвящена анализу взглядов ученого-юриста конца XIX — начала XX в. М. М. Ковалевского на судебную власть. В своих многочисленных работах, посвященных государственно-правовой проблематике, он рассматривает такие вопросы, как роль и значение суда в государстве, функции судебной власти и основополагающие принципы правосудия. В результате анализа воззрений М. М. Ковалевского на судебную власть приходим к следующим выводам. Во-первых, Российское государство, заимствуя зарубежный опыт в устройстве судов, не являлось «рабским подражанием» иностранным образцам. Правовые институты, как, например, институт мировых судей, а также принципы правосудия внедрялись с учетом национальных особенностей, сохраняя самобытность и обычаи русского народа. Во-вторых, М. М. Ковалевский не мыслил правового демократического государства без независимого суда, учрежденного на началах равенства перед законом и судом, несменяемости судей, гласности, состязательности, участия народа в отправлении правосудия. В-третьих, суд ученый рассматривает в качестве гарантии обеспечения личных прав, с одной стороны, и в качестве ограничителя государственной власти — с другой. Оценивая суд как главную гарантию прав человека и будучи рьяным защитником свободы, М. М. Ковалевский в то же время понимает, что, с одной стороны, правосудие есть гарантия свободы, а с другой — свобода может быть ограничена в интересах правосудия. В-четвертых, М. М. Ковалевский выступил за создание административной юстиции в государстве, акцентировав внимание на праве обжаловать действия должностных лиц, вплоть до министров, в суд, а также создании административных судов. Возможность обжаловать действия должностных лиц в суд он считал большей гарантией, нежели закрепление прав и свобод в декларациях.*

М. М. Ковалевским были подняты вопросы в сфере судебной власти, имеющие крайне важное значение для построения конституционного государства, многие из которых («свободный» суд, учреждение административных судов, ответственность должностных лиц перед судом, несменяемость судей) являются актуальными и в современной юридической науке.

Ключевые слова: *судебная власть, суд, правосудие, принципы правосудия, функции правосудия, Судебная реформа 1864 г., М. М. Ковалевский.*

DOI: 10.17803/1729-5920.2018.135.2.160-170

Судебная власть, судоустройство и судопроизводство представляют собой особый научный интерес, как на современном этапе развития юридической науки, так и при рассмотрении ее исторических этапов. Суд из-

давна являлся тем учреждением, в которое обращались за защитой своих прав, свобод и законных интересов. Однако в истории были периоды, когда суд превращался из защитника в палача. Поэтому сфера судебной власти

© Стрельникова И. Ю., 2018

* Стрельникова Ирина Юрьевна, доцент кафедры теории и истории права и государства Крымского филиала Российского государственного университета правосудия
irina.strelnikova81@mail.ru
295006, Россия, Республика Крым, г. Симферополь, ул. Павленко, д. 5

на каждом историческом периоде развития государства подлежит тщательному изучению. Вторая половина XIX — начало XX в. занимают одно из центральных мест в вопросах изучения судебной системы Российского государства. Это обусловлено проведением Судебной реформы в 1864 г., ее реализацией в последующие годы, формированием конституционного государства. Эти процессы подтолкнули отечественных юристов к осмыслению роли и значения судов, их компетенции, основных начал, на которых должен формироваться суд. Одним из тех, кто должным образом оценил роль суда в формировании правового государства, был М. М. Ковалевский.

Максим Максимович Ковалевский — один из наиболее ярких представителей отечественной юриспруденции конца XIX — начала XX в. Родился будущий юрист в Харьковской губернии, юридическое образование получил в Императорском Харьковском университете (1868—1871), затем продолжил обучение за границей. Преподавал в лучших учебных заведениях России — Московском и Санкт-Петербургском университетах, был избран в 1906 г. членом первой Государственной думы от Харьковской губернии, а в 1907 г. — членом Государственного совета от Академии наук и университетов. Поэтому он имел возможность свои теоретические наработки применить на практике.

Круг интересов М. М. Ковалевского был достаточно широк. Это различные вопросы в области истории, юриспруденции, социологии, политологии. Особенностью его научных работ в сфере государствоведения и правоведения является тесное переплетение истории политических учений с историей государственных и правовых институтов. Он прекрасно владел историко-сравнительным методом. Умело связывал политико-правовое учение с историческими событиями. Так, например, он проводил связь между учением Гоббса и первой англий-

ской революцией, взглядами Руссо и событиями Великой французской революции, теорией Монтескье и конструированием власти в европейских государствах и Америке. Вообще историю политических учений и историю государственных институтов ученый-юрист считал взаимосвязанными и отмечал, что они не могут быть поняты друг без друга¹. А. А. Боголепов в своей статье «Ковалевский как историк политической мысли» указал на то, что последний использовал новый метод, который можно назвать политическим «ввиду принципиального признания связи исследуемых теорий с политикой», а также использовал новую периодизацию, связанную со сменой форм государственного устройства (хотя до конца ее не разработал)². Сам же Ковалевский писал, что политическая литература у русского народа слабо представлена, малоизвестна широкому кругу читателей. Поэтому он считал своим долгом популяризировать то, что долгое время находилось под семью печатями, восполнить пробелы.

Научный интерес М. М. Ковалевского разнообразен и многосторонен. Среди государственно-правовых вопросов его волновали эволюция форм государственного устройства, взаимосвязь государства и личности, учение о личных правах, свободе личности и ее гарантиях, обычное право и др. Поэтому ученым, занимающимся изучением научного наследия М. М. Ковалевского, сложно определить его основную идею. Так, Я. М. Магазинер выделил в качестве основной политической идеи Ковалевского осуждение доктрины, построенной на принципе всемогущества государства³.

Научное творчество М. М. Ковалевского неоднократно становилось объектом исследования. Предметом изучения стали его политико-правовые взгляды (А. А. Боголепов, Ю. А. Комнатная, Я. М. Магазинер⁴ и др.), социологическая теория (Ю. Е. Ардабацкая, Б. Г. Сафронов⁵ и др.), политическая теория

¹ Ковалевский М. М. Труды по политической социологии и политологии / отв. ред. А. О. Бороноев. СПб., 2012. С. 7.

² Ковалевский М. М. Труды по политической социологии и политологии. С. 662.

³ Магазинер Я. М. Политическая идея М. М. Ковалевского в связи с характеристикой его личности // Труды по политической социологии и политологии. С. 666.

⁴ Боголепов А. А. М. М. Ковалевский как историк политической мысли // Вестник Европы. 1916. № 7. С. 249—269 ; Комнатная Ю. А. Политико-правовые воззрения М. М. Ковалевского : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Саратов, 2002. 25 с.

⁵ Ардабацкая Ю. Е. Социологические взгляды М. М. Ковалевского на эволюцию российской государственной власти : дис. ... канд. соц. наук. Саратов, 2003. 160 с. ; Сафронов Б. Г. Ковалевский как социолог. М., 1960. 257 с.

(С. В. Павлова⁶ и др.). Также изучению подверглись и более узкие темы, которыми занимался М. М. Ковалевский, например эволюция государственной власти⁷, теория демократии и парламентаризма⁸, учение о личных правах⁹, обычное право¹⁰ и др.

Несмотря на активизацию изучения научного наследия М. М. Ковалевского в постсоветское время, остаются малоизученными отдельные аспекты его многогранного творчества. Таковыми являются, например, вопросы судебной власти, судоустройства и отправления правосудия. Данная тема не нашла своего освещения в современной литературе, очевидно, по той причине, что у Ковалевского нет специальной работы, посвященной указанной проблеме. Его взгляды на судебную власть и судоустройство разбросаны по многочисленным статьям и монографиям, вплетены во многие сопредельные темы. В этой связи представляется интересным собрать воедино воззрения ученого-юриста на роль суда в государстве, функции судебной власти, ключевые начала судоустройства и судопроизводства, отношение к Судебной реформе 1864 г.

Изучая историю политической мысли о государственных учреждениях и историю самих учреждений, М. М. Ковалевский не мог обойти стороной такой важный институт, как судебная власть. Как уже отмечалось выше, специальных работ, посвященных судебной власти и правосудию, у Ковалевского нет. Но он неоднократно обращался к суду, когда изучал формы государственного устройства, гарантии свободы личности, гарантии обеспечения прав граждан. При этом в свойственной ему манере, используя историко-сравнительный метод, он освещает судебные учреждения Англии, Франции, Америки и, конечно же, России. Суды нашего государства он исследует в контексте проведения Судебной реформы 1864 г.

М. М. Ковалевский как представитель либерального направления оценил Судебную реформу 1864 г. как одну из наиболее прогрессивных. Однако подчеркнул, что по сравнению с Крестьянской реформой 1861 г. она была менее оригинальна и, соответственно, менее интересна для иностранной аудитории. М. М. Ковалевский отмечал, что Судебная реформа в общих чертах следовала английскому и французскому образцам. Так, из английской судебной системы был заимствован институт мировых судей, институт присяжных заседателей. Но большее сходство нововведения в России имели с французскими судами: это, в частности, разграничение судебной и исполнительной власти, введение единого кассационного суда, ограничение права апелляции специальными судами, отдельные вопросы судопроизводства, связанные с допросами, состязательностью процесса. В то же время Ковалевский определил, что из европейских судебных систем были заимствованы общие принципы судоустройства и судопроизводства. В качестве примера ученый привел введение суда присяжных только для рассмотрения уголовных дел.

Юрист отмечал, что нововведения в России имели как положительный, так и отрицательный характер. В качестве положительного примера он приводил тот факт, что «вместо того, чтобы поддерживать прокурора, как это обыкновенно происходит во Франции, председатель суда в России должен выразить свое личное мнение и показать присяжным как те факты, которые подтверждают обвинение, так и те, которые говорят в пользу подсудимого»¹¹. В качестве отрицательного примера М. М. Ковалевский привел уничтожение Судебной реформой института присяжных стряпчих, в результате чего истец и адвокат были поставлены «лицом к лицу», и, таким образом, тяжущийся

⁶ Павлова С. В. Политическая теория М. М. Ковалевского : автореф. дис. ... канд. политол. наук. М., 1998. 27 с.

⁷ Наумов А. А. Проблема эволюции государственной власти в социологии М. М. Ковалевского : автореф. дис. ... канд. соц. наук. М., 2007. 23 с.

⁸ Асеев С. Ю. Развитие теории демократии в концепции М. М. Ковалевского : автореф. дис. ... канд. ист. наук. Барнаул, 2000. 24 с. ; Шаратов С. Ф. М. Ковалевский о демократии и парламентаризме. СПб., 1906. 20 с.

⁹ Васин А. Л. Права личности в российском государствоведении дореволюционного периода : дис. ... канд. юрид. наук. Казань, 1999. 189 с.

¹⁰ Игнатьева М. В. М. М. Ковалевский как антрополог права : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. СПб., 2006. 24 с.

¹¹ Ковалевский М. Очерки по истории политических учреждений России. СПб., 1908. С. 189—190.

оказался беззащитным в финансовых отношениях с адвокатом, который мог вытягивать из него любую сумму денег.

Исходя из вышеуказанных положений, М. М. Ковалевский делает вывод, что «судебная система и судопроизводство не являются рабским подражанием английскому и французскому образцам, но скорее родом применения к русским условиям тех общих принципов, которые медленно развивались теорией и практикой наиболее просвещенных европейских народов»¹².

Как известно, многие прогрессивные идеи реформы были ограничены или сведены на нет в 1880—1890-х гг. На это указал и М. М. Ковалевский, отметив, что и после проведения Судебной реформы бюрократия сохранила свое главенство над судом. За 40 лет существования судебных уставов в них было внесено около 700 изменений. «Бюрократия заподозрила в неблагонадежности и суд присяжных, и несменяемость судей, и адвокатуру»¹³, тем самым доказывая несовместимость нового суда с существующим в России политическим строем. В этой связи Ковалевский цитировал министра юстиции Муравьева, который утверждал, что суд «должен быть прежде всего верным и верноподданным проводником и исполнителем самодержавной воли монарха, всегда направленной к охранению закона и правосудия. С другой стороны, суд, как один из органов правительства, должен быть солидарен с другими его органами во всех законных их действиях и начинаниях»¹⁴. Поэтому суд должен охранять не только законный порядок, но и достоинство государства и правительственной власти. При таком условии, отмечает М. М. Ковалевский, суду могла быть отведена только полицейская роль.

Однако ученый желал видеть суд свободным от ограничений, которым он подвергался последние 40 лет. Говоря о свободном суде, М. М. Ковалевский признает такие важные принципы правосудия, как несменяемость

судей, гласность, состязательность и участие народа в лице присяжных заседателей¹⁵. Об этом же он писал, резюмируя учение конституционалистов первой половины XIX в.: «Судам предоставлена была в то же время независимость благодаря принципу несменяемости их членов и обеспечена известная популярность ввиду гласности их решений и участия в них народного элемента в лице присяжных (впрочем, только в сфере уголовной юстиции)»¹⁶.

В своем труде «Чем Россия обязана союзу объединенного дворянства» М. М. Ковалевский выступил против «наступления» дворянства на несменяемость судей. Он приводил слова отдельных представителей дворянства, которые считали, что «если судьи останутся несменяемы, то спасения нет для России»¹⁷, а также что в местностях терроризированных «несменяемость должна быть отменена, дабы достойнейшие лица заняли места тех, кто попал на них в порядке несменяемости»¹⁸. Такой гнев дворянства был вызван тем, что суд недостаточно строг по отношению к печати. Из рассмотренных примерно 170 дел против прессы по Саратовской губернии обвинительный приговор был вынесен только по одному делу¹⁹.

Для М. М. Ковалевского суд может быть действенным органом только при реализации принципа разделения властей. К нему он неоднократно обращается при исследовании форм политического устройства различных государств. Однако отношение к теории разделения властей Ш. Л. Монтескье у М. М. Ковалевского достаточно неоднозначное. Так, он считал, что Монтескье, говоря о полном соблюдении и равновесии властей, довел теорию разделения властей Лильборна и Локка до абсурда²⁰. В то же время неправильно будет говорить о том, что он выступил против данной теории, так как считал, что сосредоточение власти в одних руках будет губительно для свободы. М. М. Ковалевский анализирует то, как принцип разделения властей был воплощен во Франции, Англии, США, и вскрывает его отрицательные

¹² Ковалевский М. Очерки по истории политических учреждений России. С. 190.

¹³ Ковалевский М. Из истории государственной власти в России. М., 1905. С. 111.

¹⁴ Указ. соч.

¹⁵ Ковалевский М. М. Труды по политической социологии и политологии. С. 566.

¹⁶ Указ. соч. С. 283.

¹⁷ Указ. соч. С. 573.

¹⁸ Указ. соч.

¹⁹ Указ. соч.

²⁰ Ковалевский М. М. Труды по политической социологии и политологии. С. 231.

стороны. Так, во Франции, на основе теории Монтескье был предложен принцип, согласно которому деятельность администрации не должна быть стесняема судами. В связи с этим для обжалования преступлений по должности необходимо предварительное разрешение высшего органа исполнительной власти. Это же правило было применено и по отношению к министрам. В результате французская Конституция 1791 г. закрепила правило, по которому судебное обжалование действий администрации допускалось с разрешения законодательного собрания. Несмотря на критику такого положения с точки зрения опасности, какой грозят свободе граждан подобные ограничения, «начало «беспорности» действий администрации было установлено на практике, частью под влиянием унаследованных традиций, частью в угоду теоретическому требованию о разделении и обособлении властей»²¹.

Итак, Ковалевский делает заключение, что составители Декларации 1789 г. допустили серьезную ошибку, не устранив возможности нарушающих свободу и равенство действий со стороны законодательной и исполнительной власти; не сделав суд стражем конституционности законов; не предусмотрев начала административной юстиции, в том числе не наделив граждан правом судебной защиты публичных прав и не предусмотрев судебный контроль за администрацией²². А Конституция 1791 г. — не более как последовательное развитие и доведение до абсурда теории разделения властей²³.

Все французские конституции, кроме двух (1793 г. и консульско-имперской), воплотили принцип разделения властей путем открытого признания или тайного проведения. Но больше всего практических неудобств, связанных с данным принципом, проявилось в Соединенных Штатах Америки. «Здесь, — пишет Ковалевский, — в угоду принципа, министерство зависит всецело от президента, его назначающего, и, чтобы не нарушить независимости законодательной власти, не имеет доступа в палаты Конгресса иначе, как в силу специального приглашения»²⁴. В результате происходят частые

конфликты между Президентом и министрами, с одной стороны, и Конгрессом — с другой. Однако от комитетов Конгресса зависит выделение средств на покрытие издержек администрации. Нередко министры вступают в соглашения с комитетами и подчиняются их требованиям. «Таким образом, — резюмирует Ковалевский, — и в Соединенных Штатах законодательная власть в лице комитетов от палат берет на себя верховное руководство администрацией»²⁵.

Чувствуется симпатия М. М. Ковалевского к английскому устройству, в котором был проигнорирован принцип разделения властей Монтескье. «Чуждая всяким отвлеченным политическим принципам, и в частности навязанному ей Монтескье началу разделения властей, Англия в руках мировых судей соединяет административно-полицейские, судебные и до некоторой степени законодательные функции в смысле права издавать местные распоряжки и регулировать ими обыденные жизненные факты, начиная от рыночных цен и заработной платы и оканчивая народной нравственностью»²⁶. Мировые судьи Англии оказывали влияние практически на все сферы жизнедеятельности. Перечисляя функции мировых судей, Ковалевский отмечает, что мировой судья является и следователем, и полицейским надзирателем, и судебным следователем, и третейским разбирателем, и полицейским, и гражданским судьей. Кроме того, начиная с XVI в. его функции дополнились контролем за приходами, рассмотрением жалоб на приходские власти. Мировые судьи лишены только функций военной власти. Назначались мировые судьи из поместного сословия, или джентри. Таким образом, в руках мировых судей сосредоточились администрация и правосудие, чего нельзя сказать об американских штатах. Теория разделения властей была хорошо усвоена политическими деятелями, и функции английских мировых судей были разделены в штатах между комиссарами от графств и собственно судьями. Первые не вмешивались в сферу мировой юстиции, а вторым было запрещено принимать административные меры²⁷.

²¹ Ковалевский М. М. Труды по политической социологии и политологии. С. 243.

²² Указ. соч. С. 243.

²³ Указ. соч. С. 256.

²⁴ Указ. соч. С. 341.

²⁵ Указ. соч. С. 342.

²⁶ Указ. соч. С. 502.

²⁷ Указ. соч. С. 520.

Одна из важнейших функций судебной власти, к которой М. М. Ковалевский обращался неоднократно в своих работах, — это судебный контроль за исполнительной и законодательной властями, который, по его мнению, является единственно действительным. Так, анализируя политическую мысль второй половины XIX в., ученый определил, что идея ответственности правительственных лиц перед судом находит все больше сторонников. В этом аспекте суд одновременно выступает как ограничитель для государственной власти и как средство гарантии обеспечения личных прав. Так, он писал, что в Англии личные права обеспечиваются благодаря судам. Однако суды могут защитить граждан от произвола администрации, но не парламента, который может упразднить личные вольности²⁸. И только в Соединенных Штатах Америки суд может защитить личные права от посягательства со стороны законодательной власти. Размышляя над взглядами М. М. Ковалевского относительно гарантий личных прав, Я. М. Магазинер сделал вывод, что, «признавая исключительное общественное значение закона, Ковалевский ценит его прежде всего как гарантию личных прав и, поскольку считает эту гарантию недостаточной, приветствует подчинение самого закона, в интересах личной свободы, контролю судебной власти»²⁹.

М. М. Ковалевский однозначно выступил в поддержку ответственности должностных лиц перед судом. Об этом он писал в программе своей партии демократических реформ³⁰. Ответственность должностных лиц, в том числе министров, перед судом означала следующее. Во-первых, министры привлекаются к ответственности по суду только за противозаконные деяния. В случае же проведения ими нецелесообразной политики, должны наступать иные последствия, которые зависят от представи-

тельных палат, а не от суда. Во-вторых, если министры совершили противозаконные действия при исполнении ими служебных обязанностей, то данное дело подлежит ведению на общих основаниях. То есть для открытия судебного дела не требуется разрешения со стороны каких-либо органов или должностных лиц. В основе этих положений лежало понимание того, что судебная ответственность в правовом государстве существует для всех одинаково — как для правительственных лиц, так и для их подвластных³¹.

Партия демократических реформ, по словам Ковалевского, в вопросе защиты прав граждан от незаконных действий должностных лиц следовала английскому образцу, предусматривая возмещение убытков государством в случае произвольного задержания лица, а также признавая право петиций не только за частными лицами, но и за целыми группами.

Широкое распространение в этой связи получила мысль подчинять дела против должностных лиц не обыкновенным судам, а административным. И Ковалевский также поддержал эту идею, отметив, что для административных судов должны быть предусмотрены те же гарантии, и в первую очередь несменяемости и гласности. Возможность обратиться в административный суд с жалобой на действия должностного лица является большей гарантией, нежели закрепление прав и свобод в декларациях, которые нарушаются законодателями и правителями.

Вообще для М. М. Ковалевского суд является едва ли не единственной гарантией обеспечения прав личности. Так, он обращается к словам римских юристов: «где есть право, там должно быть и средство к его защите — суд»³². Раньше всех данное правило усвоили англичане. Например, провозглашая свободу от произвольных арестов, снабдили ее исковой

²⁸ Ковалевский М. М. Труды по политической социологии и политологии. С. 670.

²⁹ Указ. соч. С. 670.

³⁰ Партия демократических реформ была создана в 1905 г. В поддержку партии М. М. Ковалевский выступил с речью на митинге в Москве накануне выборов в первую Государственную думу. Его речь имела большой успех и была издана в виде брошюры под названием «Политическая программа партии демократических реформ» (см.: Ковалевский М. М. Моя жизнь : Воспоминания. М., 2005. С. 350). М. М. Ковалевский хотя и вступил в партию, но всегда оставался независимым от партийных программ. Если его мнение не совпадало с программными положениями партии, он не боялся озвучивать его. Поэтому, с одной стороны, его уважали, а с другой — считали недисциплинированным.

³¹ Ковалевский М. М. Учение о личных правах // Опыт русского либерализма : антология. М. : Канон, 1997. С. 173.

³² Ковалевский М. М. Труды по политической социологии и политологии. С. 239.

охраной, поставили стражем ее суды королевства. Свобода совести признается, но под условием ненарушения требований общественного порядка и охраняющего их права. Свобода мыслей в печати также имеет место быть. Однако за личное оскорбление в печати можно потребовать возмещения вреда и убытков, и это в Англии «покажется столь же отвечающим правовому сознанию нации, сколько во Франции — несовместимым с честью, требующей якобы решения дела с помощью частного поединка»³³. Признается свобода сходов, но если лица нарушили общественный порядок, то наступает судебная ответственность. А те, кто воспользовался правом петиций, могут быть привлечены к ответственности по суду за нарушение чести граждан. И, несмотря на то, что в Англии не было закона, который бы закреплял права и свободы личности, как, например, во Франции Декларация прав человека и гражданина, по мнению М. М. Ковалевского, они лучше защищались именно на островном государстве. «При отсутствии в английском законодательстве чего-либо подобного той статье Декларации прав, которая говорит о равенстве граждан перед законом, практика судов обеспечивает это равенство в большей степени, чем на континенте, в частности, чем во Франции»³⁴, — подчеркивал М. М. Ковалевский. Более того, он считал, что если признавать содержание деклараций неотъемлемых прав личности раз и навсегда установленным, то это будет являться тормозом для дальнейшего политического развития³⁵.

В вопросе обеспечения прав личности американцы пошли еще дальше. Суды защищали не только от произвола администрации, но и от тирании законодательной власти. Так, законы, которые противоречили данным началам, объявлялись неконституционными и не подлежали исполнению. Частные лица имели право обжаловать в суд данные законы, если они затрагивали их интересы, а суд, в случае доказанности, обязан был освободить жалобщика от подчинения таким законам.

Таким образом, для М. М. Ковалевского гарантией личных прав является возможность

призвать в суд любого, кто их нарушит. Ученый приходит к заключению, что основу личных прав составляет «судебная ответственность, ответственность как частного лица, так и чиновника, ответственность всех и каждого, от мала до велика, кто с добрыми даже намерениями превысил бы предоставленные ему законом правомочия»³⁶.

Судебная защита у М. М. Ковалевского основана на принципе равенства всех перед законом и судом. Данный принцип, отмечал ученый, не является изобретением Французской революции, так как утвердился в Англии в XVII в. Равенство всех перед законом и судом лежит в основе прирожденных прав англичанина. «Этими правами признана равная для всех возможность самоопределения в сфере как материальных, так и нравственных интересов, и в частности неприкосновенность лица, жилища, свобода петиций и сходов. Такие вольности признавались общим достоянием всей нации, ее историческим наследием; они предполагали своей основой равенство всех перед законом и судом»³⁷, — утверждал М. М. Ковалевский. Равноправие граждан, наравне с представительством всего грамотного населения на выборах в Государственную думу, стали основными идеями, с которыми он выступил в поддержку партии демократических реформ.

Равенство всех перед законом и судом М. М. Ковалевский отстаивал не только в своих научных работах, но и в Государственном совете, в который был избран в 1907 г. В своих воспоминаниях он описывал один случай, который произошел на заседании, посвященном реформе местного суда, где рассматривался вопрос о недопущении евреев в мировые судьи «ввиду несогласия их морали с христианской». На это Ковалевский ответил следующее: «Предполагаю, что Вы считаете Русскую империю государством правовым, но основу правового государства составляет равенство граждан-подданных перед законом, судом, налогом, государственной службой»³⁸. Эти основы для него являлись неопровержимыми истинами, о которых он не боялся говорить

³³ Ковалевский М. М. Учение о личных правах. С. 173—174.

³⁴ Указ. соч. С. 197.

³⁵ Указ. соч. С. 185.

³⁶ Указ. соч. С. 175—176.

³⁷ Ковалевский М. М. Труды по политической социологии и политологии. С. 288.

³⁸ Ковалевский М. М. Моя жизнь : Воспоминания. С. 402.

в Государственной думе и Государственном совете, заявлять протесты, собирать подписи под непопулярными решениями. Так, М. М. Ковалевский вспоминал, что однажды ему удалось под своим особым мнением в пользу евреев собрать только три подписи. Однако его это не останавливало, так как он относился к тем людям, для которых «религиозная свобода и обеспечение личности от произвола столь же необходимы, как пища и воздух»³⁹.

Размышляя над построением конституционного государства в России, ученый-юрист отводил судам еще одну важную функцию — разграничение закона и указа. Следует отметить, что данная проблема была озвучена Ковалевским не впервые. Вопрос разграничения законов и указов был достаточно актуальным в России в XIX—XX вв. В 1894 г. Н. М. Коркунов защитил докторскую диссертацию в Санкт-Петербургском университете под названием «Указ и закон». Ценность данного вопроса заключалась в том, что невозможно построить государство на началах законности, не имея четкого представления о том, что есть закон и как он соотносится с другими актами государственной власти. Не будем останавливаться на выводах, которые сделал Коркунов, отметив лишь то, что он отвел важное место судебной власти в этом вопросе. Так, он указал на то, что обеспечить строгое разграничение законов и других актов высочайшей воли может только независимый суд при условии предоставления ему права толковать закон⁴⁰. Вопрос о разграничении законов и других высочайших повелений наиболее четко проявился после Судебной реформы 1864 г. Поскольку до этой реформы даже судебные решения приобретали форму и авторитет закона, так как суд не был отделен от администрации, и решение судебных дел доходило до государственного совета и, таким образом, они решались верховной властью. Кроме того, согласно дореформенному законодательству суд не имел права толковать законы. Так, Коркунов приводит выдержку из закона, действовавшего до Судебной реформы 1864 г., согласно которой судебные учреж-

дения должны были выносить свои решения «на точных словах закона, не переменяя в них без доклада Императорскому Величеству ни единой буквы и не допуская обманчивого непостоянства самопроизвольных толкований»⁴¹. После проведения реформы суд обязан был в случае противоречия между указом и законом принять решение исходя из общего смысла законов.

В свою очередь, М. М. Ковалевский утверждал, что, если России суждено стать конституционной державой, то необходимо, чтобы Государственная дума превратилась из законосовещательного органа в законодательный. Но это возможно при условии четкого разграничения закона и указа. «Первый должен вотироваться Думой, второй — представляет собой мнение Государственного совета, утвержденное государем»⁴². И в этом вопросе ключевую роль Ковалевский отводил судебной власти. Так, он считал, что высшим судебным органам необходимо предоставить решение вопроса о том, в какой мере тот или другой указ уклонился от действительного смысла закона. В таких случаях указ не подлежал бы применению судьями при вынесении ими решений, а «созданный ими таким образом прецедент воспрепятствовал бы и на будущее время обращению указа в закон, т.е. сделал бы невозможным его применение во всех однохарактерных случаях»⁴³. Ковалевский проводит параллель с дореволюционной Францией, подчеркивая, что «на такой мысли о контроле высшего суда за закономерностью указов построено было право верховных палат в дореволюционной Франции, парламентов, счетных палат, палат денежных сборов и т.д., право отказывать во внесении в свои протоколы новых эдиктов или указов ввиду их несогласия с законами страны»⁴⁴. Верховные суды не были связаны эдиктами, не внесенными в протокол. Однако Ковалевский делает вывод, что четкое разграничение закона и указа, хотя и будет содействовать в русском обществе развитию чувства законности, но едва ли пустит глубокие корни в стране, где личная

³⁹ Ковалевский М. М. Моя жизнь : Воспоминания. С. 402.

⁴⁰ Коркунов Н. М. Русское государственное право : в 2 т. СПб., 1909. Т. 1 : Введение и Общая часть. С. 221.

⁴¹ Коркунов Н. М. Русское государственное право. Т. 2 : Часть Особенная. С. 39.

⁴² Ковалевский М. М. Труды по политической социологии и политологии. С. 474.

⁴³ Указ. соч.

⁴⁴ Указ. соч.

⁴⁵ Ковалевский М. М. Труды по политической социологии и политологии. С. 475.

воля государя имела в течение веков силу закона⁴⁵.

Еще одна важная мысль прослеживается у М. М. Ковалевского. Он признает не только свободу судейского усмотрения, но и судебную практику как источник права. Так, он отмечает, что «нравственность опережает право и, следовательно, находится с ним в частичном столкновении. Я считаю это явление нормальным и не могу представить себе эволюцию общества без постепенной выработки новых правил, регулирующих новые общественные отношения, правил, которым санкций может не доставать, которые могут вступать в коллизию с существующим юридическим строем, что, однако, не мешает им сперва получить скромное признание в форме судебных приговоров, а затем быть включенными в общую систему права»⁴⁶. Так как суд является более мобильным по сравнению с законодателем, то в условиях динамично развивающихся отношений это обеспечивает его первичность в формировании права. Сначала формируется судебная практика, а затем на ее основе выработанные положения становятся нормой права и включаются в законодательство. Английский и американский суды наделяются большой свободой при рассмотрении дел, имеют право толковать правовые нормы, и это способствует обеспечению прав и свобод личности в большей степени, чем там, где суды не наделяются такой свободой.

Таким образом, М. М. Ковалевский, не ставя самоцелью изучение судебной власти, тем не менее в работах, посвященных государственному устройству, затрагивает важнейшие стороны судебной власти. Он рассматривает такие вопросы, как роль и значение суда в государстве, функции судебной власти и основополагающие принципы правосудия.

Важная мысль прослеживается в работах М. М. Ковалевского — заимствование зарубежного опыта, в том числе при проведении Судебной реформы 1864 г., не является безусловным, «рабским подражанием» иностранным образцам. Правовые институты, как, например, институт мировых судей, а также принципы правосудия внедрялись с учетом национальных особенностей, со-

храняя самобытность и обычаи русского народа.

Ковалевский отводит крайне важную роль суду. Он рассматривает его в качестве гаранта личных прав, с одной стороны, и в качестве ограничителя государственной власти — с другой. В первую очередь М. М. Ковалевский рассматривает суд как гарантию свободы, поскольку тема свободы личности у Ковалевского является ключевой. Однако, будучи рьяным защитником свободы, он прекрасно отдает себе отчет, что, с одной стороны, правосудие есть гарантия свободы, а с другой — свобода может быть ограничена в интересах правосудия. При этом он акцентирует внимание не на гражданской или уголовной (хотя, конечно же, рассматривает суд в качестве гарантии от незаконного преследования и наказания), а на административной юстиции. Среди важных вопросов, поднятых им, следует отметить ответственность должностных лиц перед судом и необходимость создания специальных административных судов. Возможность обжаловать действия должностных лиц в суд ученый считает большей гарантией, нежели закрепление прав и свобод в декларациях. К компетенции административных судов также следует отнести рассмотрение споров о полномочиях между земскими и центральными органами.

Среди основополагающих принципов правосудия он выделяет несменяемость судей, гласность, состязательность, участие народа в отправлении правосудия, равенство всех перед законом и судом. Также эти принципы он называет гарантиями «свободного суда», имея в виду независимый суд. Но применительно к российскому суду он использует именно термин «свободный» в связи с тем, что пореформенный суд подвергся огромному количеству ограничений.

Таким образом, М. М. Ковалевский очертил круг вопросов в сфере судебной власти, имеющих крайне важное значение для построения конституционного государства, многие из которых («свободный» суд, учреждение административных судов, ответственность должностных лиц перед судом, несменяемость судей) являются актуальными и в современной юридической науке.

⁴⁶ Ковалевский М. Современные социологи. СПб., 1905. С. 139.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. Боголепов А. А. М. М. Ковалевский как историк политической мысли // Вестник Европы. — 1916. — № 7. — С. 249—269.
2. Ковалевский М. Из истории государственной власти в России. — М. : Книгоиздательство Е. Д. Мягкова «Колокол», 1905. — 111 с.
3. Ковалевский М. М. Моя жизнь: Воспоминания. — М. : Российская политическая энциклопедия (РОССПЭН), 2005. — 784 с.
4. Ковалевский М. Очерки по истории политических учреждений России / пер. А. Баумштейна ; под ред. Е. Смирнова. — СПб. : Изд. Н. Глаголева, 1908. — 242 с.
5. Ковалевский М. Современные социологи. — СПб. : Изд. Л. Ф. Пантелеева, 1905. — 414 с.
6. Ковалевский М. М. Труды по политической социологии и политологии / отв. ред. А. О. Бороноев ; сост. Д. В. Миронов, С. Д. Савин. — СПб. : Центр содействия образованию, 2012. — 696 с.
7. Ковалевский М. М. Учение о личных правах // Опыт русского либерализма : антология. — М. : Канон, 1997. — С. 168—212.
8. Коркунов Н. М. Русское государственное право : в 2 т. / под ред., доп. М. Б. Горенберг. — 6-е изд. — СПб. : Тип. М. М. Стасюлевича, 1909. — Т. 1 : Введение и Общая часть. — 623 с. ; Т. 2 : Часть Особенная. — 739 с.
9. Магазионер Я. М. Политическая идея М. М. Ковалевского в связи с характеристикой его личности // Вестник Европы. — 1917. — № 3. — С. 305—326.
11. Сафронов Б. Г. М. М. Ковалевский как социолог. — М. : Изд-во Московского ун-та, 1960. — 257 с.
12. Шарапов С. Ф. М. Ковалевский о демократии и парламентаризме. — СПб., 1906. — 20 с.

Материал поступил в редакцию 2 марта 2017 г.

JUDICIAL POWER IN THE POLITICAL AND LEGAL VIEWS OF M.M. KOVALEVSKY

STRELNIKOVA Irina Yurievna — Associate Professor of the Department of State and Law Theory and History, Russian State University of Justice
irina.strelnikova81@mail.ru
295006, Russia, Republic of Crimea, Simferopol, ul. Pavlenko, d. 5

Abstract. *The article is devoted to the analysis of the views of the scholar and lawyer of the late XIX — early XX centuries M.M. Kovalevsky on the judiciary. In his numerous works devoted to state legal issues, he considers such issues as the role and importance of the court in the state, the judiciary and fundamental principles of justice. The analysis of the views of M.M. Kovalevsky on the judiciary makes it possible to draw the following conclusions. Firstly, the Russian government, borrowing foreign experience in the establishment of the courts, were not “slavish imitation” of foreign models. Legal institutions, such as Magistrate Judges, and the principles of justice were implemented according to national circumstances, while maintaining the identity and customs of the Russian people. Secondly, M.M. Kovalevsky could not imagine a democratic state without an independent court established on the basis of equality before the law and the court, of the irremovability of judges, publicity, competitiveness, the participation of the people in the administration of justice. Thirdly, on the one hand, the scientist considers the court as a guarantee of individual rights, but on the other had as a limiter of state power. Assessing the court as the main guarantee of human rights and being a zealous defender of freedom, M.M. Kovalevsky at the same time understands that, on the one hand, justice is a guarantee of freedom, but on the other hand liberty may be restricted in the interests of justice. Fourthly, M.M. Kovalevsky called for the establishment of administrative justice in the state, focusing on the right to appeal actions of officials, up to Ministers, the courts, and the establishment of administrative courts. The possibility to appeal against actions of officials in court had found greater guarantee than securing rights and freedoms in declarations. M.M. Kowalevsky raised the questions in the field of the judiciary, crucial for building a constitutional state, many of which (“free” court, the establishment of administrative tribunals, the responsibility of officials before the court, tenure of judges) are still relevant in the modern legal science.*

Keywords: *judiciary, court, justice, principles of justice, judicial functions, the judicial reform of 1864, M.M. Kovalevsky.*

REFERENCES

1. *Bogolepov, A.A.* M.M. Kovalevsky as a Historian of Political Thought // Herald of Europe. 1916. — No. 7. — P. 249-269.
2. *Kovalevsky, M.* From the History of State Power in Russia. — Moscow. E.D. Myagkov Publishing House "Kolokol", 1905. — 111 P.
3. *Kovalevsky, M.M.* My Life: Memories. — M.: "Russian Political Encyclopedia" (ROSSPEN), 2005. — 784 p.
4. *Kovalevsky, M.* Essays on the History of Political Institutions in Russia / Translated by A. Baumstein, ed. by E. Smirnov. — SPb.: Publishing House of N. Glagoleva, 1908. — 242 p.
5. *Kovalevsky, M.* Modern Sociologists. SPb.: L.F. Panteleev Publishing House, 1905. 414 p.
6. *Kovalevsky, M.M.* Works on Political Sociology and Political Science / A.O. Boronoyev (Ed.), comp. by D.V. Mironov, S.D. Savin. — SPb.: Center for the Promotion of Education, 2012. — 696 p.
7. *Kovalevsky, M.M.* A Study on Personal Rights // Experience of Russian Liberalism. Anthology. — M.: Canon, 1997. — P. 168—212.
8. *Korkunov, N.M.* Russian State Law: In 2 Vols. Vol.1. Introduction and General Part / M.B. Gorenberg (ed. and suppl.). — 6th ed. — SPb.: M.M. Stasyulevich Printing House, 1909. — 623 p.
9. *Korkunov, N.M.* Russian State Law: In 2 Vols. Vol.2. Special Part / M.B. Gorenberg (ed. and suppl.). — 6th ed. — SPb.: M.M. Stasyulevich Printing House, 1909. 739 p.
10. *Magaziner, Ya.M.* Political Idea of M. M. Kovalevsky in Connection with the Characteristics of the Personality // Vestnik Evropy. — 1917. — No. 3. — P. 305—326.
11. *Safronov, B.G.* M.M. Kovalevsky as a Sociologist. — M.: Publishing House of Moscow University, 1960. — 257 p.
12. *Sharapov, S.F.* M. Kovalevsky on Democracy and Parliamentarism. — SPb., 1906. — 20 p.

ЗАМЕТКИ НА ПОЛЯХ

УЧЕНИЕ О ТРАНСПОРТНЫХ ПРЕСТУПЛЕНИЯХ: ИНФОРМАЦИОННО-СПРАВОЧНЫЕ АСПЕКТЫ

Рецензия на: Белокобыльский Н. Н. Транспортная безопасность. Термины. Понятия. Определения: словарь. (М. : Статут, 2017. 352 с.); Белокобыльский Н. Н. Транспортные преступления в науке уголовного права: библиография. 1950—2016. (М. : Статут, 2017. 256 с.)

Имя кандидата юридических наук, доцента кафедры уголовного права МГУ имени М. В. Ломоносова Н. Н. Белокобыльского известно всем, кто занимается уголовно-правовыми проблемами безопасности движения и эксплуатации транспорта (транспортными преступлениями). Защитив в 1981 г. диссертацию на тему «Уголовная ответственность за нарушение правил безопасности движения и эксплуатации железнодорожного транспорта», он на протяжении уже более трех десятков лет исследует различные аспекты достаточно сложной, актуальной, социально значимой проблемы противодействия транспортным преступлениям средствами уголовного права. За это время опубликовал ряд работ, внесших существенный вклад в учение о преступлениях, посягающих на безопасное функционирование транспорта, получивших положительную оценку не только коллег «по цеху», но и практических работников. Так, в 1988 г. издал монографию «Безопасность движения и эксплуатации железнодорожного транспорта: уголовно-правовые и криминологические проблемы» (Саранск, 1988), в 1991 г. (совместно с А. И. Чучаевым) — «Механизм транспортных преступлений» (Саратов, 1991). Является автором ярких, запоминающихся статей.

В прошлом году Н. Н. Белокобыльский подготовил и выпустил сразу две работы, которые, хотя и являются информационно-справочными, тем не менее обогащают теорию уголовного права, представляют интерес не только для специалистов уголовного права, но и для широкого круга читателей.

Первая работа по жанру — словарь, охватывает более 4 000 терминов, понятий и определений. Сам автор характеризует его следующим образом: «В работе приводится информационный материал, в котором отражены даты, факты и события, непосредственно связанные с историей транспорта: предпосылками возникновения, становления, формирования и развития, в том числе приоритетность разра-

ботки видов транспорта и их инфраструктуры, особенно путей сообщения. Уделено внимание правовым актам, посвященным вопросам регулирования движения транспорта» (С. 6).

Как отмечает автор, каждый из приведенных терминов, понятий и определений имеет самостоятельное значение: во-первых, содержит исключительное смысловое значение, а в ряде случаев — несколько смысловых значений; во-вторых, не дублирует, но может расширить значение другого понятия; в-третьих, не является в полной мере взаимозаменяемым. При этом в работе обоснованно подчеркивается, что развитие транспортной системы как в России, так и за рубежом, появление не только новых видов транспортных средств, но и транспорта как такового, его инфраструктуры обуславливают появление новых терминов, понятий и определений.

Весь материал словаря сгруппирован в четыре раздела: социально-экономические, иностранные, специальные технические и юридические термины, понятия и определения. Вероятно, подобная классификация возможна, но, как нам представляется, при этом нарушаются основы деления указанных смысловых единиц. Например, те же иностранные термины могут одновременно относиться к социально-экономическим, специальным техническим, юридическим, и наоборот. Так, термин «акванавт» автором включен в социально-экономический раздел, но он, безусловно, иностранный, имеет латинские и греческие корни. «Авиа» с латинского — птица; следовательно, все производные слова, а также сложные словообразования являются иностранными (в том числе «авиасалон» — термин, отнесенный автором к социально-экономическим; «салон» с французского — выставка). Даже всем привычное слово «автомобиль» пришло из других языков. Более того, как нам представляется, большинство терминов, используемых в области современного транспорта, имеют иностранные корни. А главное — никакого соци-

ально-экономического смысла в приведенных и некоторых других терминах не содержится.

Кроме того, вызывает сомнение обоснованность включения ряда терминов, понятий и определений, например, в социально-экономический раздел. Так, в нем значатся названия городов (Архангельск и др.), технические системы и устройства (автомотриса, башмак и др.), учения (аэродинамика, аэрология и др.).

С учетом современного состояния транспорта как системы вряд ли есть необходимость упоминания в словаре, посвященном транспортной безопасности, таких слов, как «арба», «арык», «байдара» (местный термин, употребляется на Камчатке), «безобразный», «бесплатный» и др.

Вторая работа («Транспортные преступления в науке уголовного права») заявлена как библиография научных исследований, посвященных преступлениям против безопасности движения и эксплуатации автотранспорта, воздушного, водного и железнодорожного транспорта, а также криминологическим проблемам состояния, динамики и предупреждения транспортной преступности с 1950 по 2016 г. Фактически же, на наш взгляд, это самостоятельное (заметим, в целом очень добросовестное) научное исследование. Автором проделана поистине титаническая работа. Издание включает библиографическое описание диссертационных и монографических работ, журнальных статей, рецензий и статей, опубликованных в сборниках международных конгрессов и конференций. Причем в числе периодических изданий представлены как журналы, которые в настоящее время уже не выходят, так и те, которые продолжают издаваться, но уже с новым названием, и современные издания.

Наряду с этим, в работе даны извлечения из Уголовных кодексов РСФСР 1922, 1926, 1960 гг. и УК РФ 1996 г. Приведены статистические данные по диссертационным исследованиям уголовно-правовых проблем безопасности функционирования транспорта за 1950—2016 гг. Небезынтересно узнать, что за указанный период времени подготовлено и защищено 163 диссертации, 12 из которых являются докторскими, а 151 — кандидатскими.

Однако при оценке этих данных надо иметь в виду, что Н. Н. Белокобыльский, на наш взгляд, включает в их число и работы, в которых лишь частично, «попутно» затрагиваются вопросы безаварийного функционирования транспорта и транспортных средств. Так, к числу таковых исследований можно отнести диссертации М. С. Гринберга (Преступления

против общественной безопасности в сфере взаимодействия человека и техники. Свердловск, 1973), В. Е. Квашиса (Преступная неосторожность: криминологические проблемы. М., 1983), Б. М. Леонтьева (Ответственность за хозяйственные преступления по советскому уголовному праву. М., 1969), И. М. Тяжковой (Ответственность за неосторожные преступления при использовании источников повышенной опасности. М., 2003). Необоснованно расширен и круг кандидатских диссертаций, ряд из которых также не могут считаться посвященными проблемам транспортных преступлений.

Несомненный интерес представляет осуществленная классификация проблем, исследованных в диссертациях. Автор их интегрирует в следующие группы:

- 1) общие проблемы квалификации преступлений против безопасности движения и эксплуатации транспорта — 22 диссертации;
- 2) проблемы квалификации преступлений против безопасности движения и эксплуатации:
 - а) железнодорожного (в том числе и метрополитена) транспорта — 10;
 - б) воздушного транспорта (в том числе правил международных полетов и правил использования воздушного пространства) — 6;
 - в) водного транспорта (морского и внутреннего водного) — 5;
- 3) проблемы квалификации преступлений против безопасности дорожного движения и эксплуатации транспортных средств (в том числе нарушение правил, обеспечивающих безопасную работу транспорта) — 38;
- 4) проблемы квалификации нарушения требований в области транспортной безопасности — 2;
- 5) проблемы квалификации недоброкачественного ремонта транспортных средств и выпуска их в эксплуатацию — 3;
- 6) проблемы квалификации приведения в негодность транспортных средств или путей сообщения — 3;
- 7) проблемы квалификации управления транспортными средствами в состоянии опьянения — 7;
- 8) проблемы квалификации оставления в опасности и неоказания помощи терпящим бедствие — 9;
- 9) проблемы квалификации неправомерного завладения транспортным средством (угон) — 24;

10) проблемы назначения наказания за преступления против безопасности движения и эксплуатации транспорта — 1;

11) криминологические проблемы предупреждения преступлений против безопасности движения и эксплуатации транспорта — 33.

К сожалению, проблемы автором представлены крупными блоками, на самом деле палитра вопросов, исследовавшихся в диссертациях о транспортных преступлениях, намного ярче, богаче, разнообразнее.

Кроме того, в указанной классификации обращают на себя внимание два момента: во-первых, отнесение к числу транспортных преступлений угона транспортного средства. Несмотря на то, что в теории уголовного права некоторые авторы это деяние относят к числу таковых, однако законодатель считает его преступлением против собственности. Во-вторых, согласно классификации проблемы уголовно-правового обеспечения безопасности трубопроводного транспорта якобы вообще не рассматривались в диссертационных исследо-

ваниях, между тем это не так. В 1985 г. в Томске была защищена кандидатская диссертация И. Н. Кременовым, посвященная уголовно-правовым проблемам безопасности трубопроводного транспорта. Кстати сказать, эта работа приводится в перечне диссертаций, данном в рецензируемом словаре.

Но, независимо от сказанного, осуществленная выборка проблем практически значима, по крайней мере хотя бы исходя из двух обстоятельств: во-первых, она дает представление об определенных предпочтениях в выборе тем диссертаций; во-вторых, косвенно указывает на проблемы, ускользающие от внимания исследователей.

В заключение можно еще раз отметить: литература о транспортных преступлениях пополнилась добротными информационно-справочными работами, представляющими интерес для любого, кто занимается вопросами уголовно-правового и криминологического обеспечения безаварийного функционирования транспорта.

Ю. В. Грачева,

*доктор юридических наук, профессор
кафедры уголовного права Московского государственного
юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА),*

А. И. Коробеев,

*доктор юридических наук, заведующий кафедрой уголовного права
и криминологии Дальневосточного федерального университета,
заслуженный деятель науки России,*

А. И. Чучаев,

*доктор юридических наук, профессор
кафедры уголовного права Московского государственного
юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА)*

Материал поступил в редакцию 6 декабря 2017 г.

STUDY ON TRANSPORT CRIMES: BACKGROUND ASPECTS

(Rev.: Belokobylsky N.N. Transport security. Terms, Concepts. Definitions: Dictionary. M.: Statut, 2017. 352 P.; Belokobylsky, N.N. Transport Crime in the Science of Criminal Law. Bibliography. 1950-2016. M.: Statut, 2017. 256 p.)

Gracheva Yu. V. — Doctor of Law, Professor of the Department of Criminal Law, Kutafin Moscow State Law University (MSAL)

Korobeev A. I. — Doctor of Law, Head of the Department of Criminal Law and Criminology, Far Eastern Federal University, Honoured Worker of Science of the Russian Federation

Chuchaev A. I. — Doctor of Law, Professor of the Department of Criminal Law, Kutafin Moscow State Law University (MSAL)

УСЛОВИЯ ОПУБЛИКОВАНИЯ И ТРЕБОВАНИЯ К ПРЕДОСТАВЛЯЕМЫМ В ЖУРНАЛ МАТЕРИАЛАМ И ИХ ОФОРМЛЕНИЮ

Более подробная информация содержится на сайте журнала lexrussica.ru

1. В журнале публикуются результаты научных исследований и научные сообщения авторов, изложенные в форме научных статей или рецензий в соответствии с тематикой журнала (далее — статья).
2. К сотрудничеству приглашаются авторы — ведущие специалисты, ученые и практики. При прочих равных условиях преимущественное право на опубликование имеют:
 - профессорско-преподавательский состав МГЮА (Университет имени О.Е. Кутафина) — перед сотрудниками иных вузов и научных учреждений;
 - лица, имеющие ученые степени, — перед аспирантами и соискателями.
3. Один автор может опубликовать в течение года не более трех своих статей. Все исключения необходимо заранее согласовывать с редакцией.
4. Направление автором статьи для опубликования в журнале считается акцептом, то есть согласием автора на заключение лицензионного договора о передаче права использования статьи в журнале «Lex Russica». Содержание договора опубликовано на сайте журнала.
5. Автор направляет в редакцию журнала статью согласно условиям и порядку предоставления и опубликования статей, а также требованиям к оформлению статей, размещенным на сайте журнала. При несоблюдении указанных требований редакция оставляет за собой право вернуть статью автору без рассмотрения.
6. Статья направляется в редакцию. Автору необходимо зарегистрироваться в системе, указав все запрашиваемые данные. Для аспирантов и соискателей обязательна для заполнения информация о научном руководителе / консультанте, его контактная информация (в поле «Дополнительные сведения»). В дальнейшем для отправки очередной статьи заново вводить эти данные не требуется. При добавлении новой статьи откроется окошко регистрации статьи, где приводятся все данные о статье (соавторы, название статьи, название журнала, название рубрики, ключевые слова на русском, аннотация на русском, библиография на русском). Текст статьи прикрепляется к регистрационной форме в виде файла, сохраненного в любой версии Word с расширением .doc, .docx или .rtf.
7. Требования к содержанию и объему статьи:
 - объем статьи должен составлять от 25 до 50 тыс. знаков (с пробелами, с учетом сносок) или 15–30 страниц А4 (шрифт — Times New Roman, высота шрифта — 14 пунктов; межстрочный интервал — полуторный, абзацный отступ — 1,25 см, поля: левое — 3 см, правое — 1,5 см, верхнее и нижнее — 2 см). Опубликование материалов меньшего или большего объема должно согласовываться с редакцией журнала;
 - статья должна быть написана на актуальную тему, отвечать критерию новизны, содержать определенное новаторство в подходе к изучаемой теме/проблеме;
 - в статье должны быть отражены результаты научного исследования, основанного на анализе теоретических конструкций, нормативных актов, материалов правоприменительной практики;
 - материал, содержащийся в статье, не должен быть только описательным, констатировать существующее положение вещей (статьи, значительная часть которых содержит воспроизведение нормативного материала, будут отклоняться);
 - в материале должна быть соблюдена фактологическая и историческая точность;
 - необходимо обращать внимание на аккуратное использование заимствованного материала, точность цитирования.
8. Все аббревиатуры и сокращения, за исключением заведомо общеизвестных, должны быть расшифрованы при первом употреблении в тексте.
9. Следует точно указывать источник приводимых в рукописи цитат, цифровых и фактических данных.

10. При оформлении ссылок необходимо руководствоваться библиографическим ГОСТом 7.0.5-2008. Ссылки оформляются в виде постраничных сносок (размещаются в тексте как подстрочные библиографические ссылки), нумерация сплошная (например с 1-й по 32-ю). Сноски набираются шрифтом Times New Roman. Высота шрифта — 12 пунктов; межстрочный интервал — одинарный. Знак сноски в тексте ставится перед знаком препинания (точкой, запятой, двоеточием, точкой с запятой). Пример оформления смотрите на сайте журнала.
- Ссылки на иностранные источники следует указывать на языке оригинала, избегая аббревиатур и по возможности максимально следуя таким же требованиям, как и при оформлении библиографии на русском языке.
- Ссылки на электронные ресурсы следует оформлять в соответствии с библиографическим ГОСТом 7.82-2001. Необходимо указывать заголовок титульной страницы ресурса, полный адрес местонахождения ресурса и в круглых скобках дату последнего посещения веб-страницы.
11. При оформлении списка литературы (библиографии) необходимо руководствоваться библиографическим ГОСТом 7.1-2003. В библиографическом списке не указываются правовые источники (нормативные акты, судебные решения и иная правоприменительная практика). Пример оформления смотрите на сайте журнала.

Журнал зарегистрирован Федеральной службой по надзору в сфере связи,
информационных технологий и массовых коммуникаций (Роскомнадзор)

ПИ № ФС77-58927 от 5 августа 2014 г.

ISSN 1729-5920

Подписка на журнал возможна с любого месяца.

Распространяется через объединенный каталог «Пресса России»
и интернет-каталог агентства «Книга-Сервис».

Подписной индекс в объединенном каталоге «Пресса России» — 11198.

При использовании опубликованных материалов журнала ссылка на «Lex Russica» обязательна.

Перепечатка допускается только по согласованию с редакцией.

Точка зрения редакции не всегда совпадает с точкой зрения авторов публикаций.

Ответственность за достоверность информации в рекламных объявлениях несут рекламодатели.

Московский государственный юридический университет имени О.Е. Кутафина (МГЮА)

Телефон редакции: (8-499)244-88-88 (доб. 556).

Почтовый адрес редакции: 125993, г. Москва, ул. Садовая-Кудринская, д. 9.

E-mail: lex-russica@yandex.ru

Объем: 20,69 усл.-печ.л., формат 60x84¹/₈. Тираж 250 экз. Дата подписания в печать 28.02.2018 г.

Редактор *Л. А. Мункуева*

Корректор *А. Б. Рыбакова*

Компьютерная верстка *Д. А. Беляков*

Печать цифровая. Гарнитура «Calibri».

Типография Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА),
125993, г. Москва, ул. Садовая-Кудринская, д. 9.