

Председатель Редакционного совета

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.

Главный редактор журнала

ЧУЧАЕВ Александр Иванович — доктор юридических наук, профессор кафедры уголовного права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), почетный работник высшего профессионального образования РФ.

Ответственный секретарь

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

БАРАБАШ Юрий Григорьевич — доктор юридических наук, доцент, заведующий кафедрой конституционного права Национального университета «Юридическая академия Украины имени Ярослава Мудрого», член-корреспондент Национальной академии правовых наук Украины.

БЕКЯШЕВ Камиль Абдулович — доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой 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.

Редакционная коллегия журнала

ГРОМОШИНА Наталья Андреевна — доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой гражданского и административного судопроизводства Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА).

ЕРШОВА Ирина Владимировна — доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой предпринимательского 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 криминологии Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА).

КАШКИН Сергей Юрьевич — доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой права Европейского Союза Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА).

КОМАРОВА Валентина Викторовна — доктор юридических наук, профессор, и.о. зав. кафедрой конституционного и муниципального права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА).

КОРНЕВ Аркадий Владимирович — доктор юридических наук, профессор, заместитель заведующего 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 кафедры криминологии и уголовно-исполнительного права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА).

СЛЕСАРЕВ Владимир Львович — доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой гражданского и семейного права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА).

СМИРНОВ Александр Федорович — доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой организации правоохранительной деятельности Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА).

2015 (Published in 1948)

RESEARCH PAPERS KUTAFIN MOSCOW STATE LAW UNIVERSITY. That CIX (№ 24)

Chairman of the Council of Editors

BLAZHEEV, Victor Vladimirovich — Rector of the Kutafin Moscow State Law University, PhD in Law, Professor, Head of the Department of Civil Process, 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

CHUCHAEV, Aleksandr Ivanovich — Doctor of Law, Professor of the Department of Criminal Law of the Kutafin Moscow State Law University, Merited Worker of Higher Professional Education of the Russian Federation.

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.

BARABASH, Yuri Grigorievich — Doctor of Law, Associate Professor, Head of the Department of Constitutional Law of the National University Legal Academy of Ukraine named after Yaroslav the Wise, Correspondent Member of the National Academy of Legal Sciences of Ukraine.

BEKYASHEV, Kamil Abdulovich — Doctor of Law, Professor, Head 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 Court 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.

PAN, Dunmey — PhD in 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, Vice-President of the Federal Chamber of Advocates of Russia, Chairman of the Council of the Bar Associations of Advocates of the Moscow region, Legal Firm «JUST».

RADKO, Timofey Nikolaevich — Doctor of Law, Professor, Head of the Department of Theory of State and Law of the Kutafin Moscow State Law University, Merited Lawyer of the Russian Federation.

RAROG, Aleksey Ivanovich — Doctor of Law, Professor, Head 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, Professor 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 St.Petersburg State University.

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, Head 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 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 European Union of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL).

KOMAROVA Valentina Viktorovna — Doctor of Law, Professor, Ag. Head of the Department of Constitutional and Municipal Law of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL).

Kornev Arkadiy Vladimirovich — Doctor of Law, Professor, Deputy 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 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, Head of the Department of Civil and Family Law of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL).

SMIRNOV Aleksandr Fedorovich — Doctor of Law, Professor, Head of the Department of Organization Law Enforcement Activities of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL).

СОДЕРЖАНИЕ

ФИЛОСОФИЯ ПРАВА

И. А. Исаев
Маски суверена: «республика» —
«монархия» 7

В. Г. Баев, А.Н. Марченко
Нормативность и авторитарность:
трактовка профессора И. А. Исаева 25

ТЕОРИЯ ПРАВА

В. Ю. Панченко
Юридическое противодействие
и юридическое содействие
как парные правовые категории 30

ТЕОРЕТИЧЕСКИЕ ПРОБЛЕМЫ ОТРАСЛЕЙ ПРАВА

Р. Д. Шарпов
Альтернативные теории объекта
преступления в современном
уголовном праве России 43

А. В. Денисова
Саморегуляция в российском
уголовном праве 52

ВОПРОСЫ ПРАВОПРИМЕНЕНИЯ

Н. А. Егорова
Предметное содержание вины:
проблема уголовно-правовой
науки и практики 64

ДИСКУССИОННАЯ ТРИБУНА

П. А. Филиппов
Декриминализация уклонения
от прохождения военной
и альтернативной гражданской
службы (ст. 328 УК РФ) 74

ЗАОЧНЫЙ КРУГЛЫЙ СТОЛ «НОВЫЙ УГОЛОВНЫЙ КОДЕКС РОССИИ: КОНЦЕПТУАЛЬНЫЕ ОСНОВЫ И ТЕОРЕТИЧЕСКАЯ МОДЕЛЬ»

М. Б. Кострова
Теоретическая модель языковой формы
нового Уголовного кодекса России.
Часть 1. Теоретические подходы
к пониманию онтологического
статуса языка уголовного закона 87

МЕЖДУНАРОДНОЕ ЧАСТНОЕ ПРАВО

Н. Г. Скачков
Презумпция взаимного страхования
в трансграничной морской перевозке
опасных грузов 104

ПРАВО И ЭКОНОМИКА

Ю. К. Цареградская
Институт государственного долга
в Великобритании: становление
и развитие правового
регулирувания 116

ЗАРУБЕЖНОЕ ПРАВО

Ж. Демм
Реформа немецкого законодательства
о защите конкуренции 125

PHILOSOPHY OF LAW

I.A. Isayev:
Masks of the Sovereign: «Republic» —
«Monarchy» 7

V.G. Bayev, A.N. Marhenko
Normativity and Authoritativeness:
Interpretation of Professor I.A. Isayev 25

THEORY OF LAW

B.Y. Panchenko
Legal Resistance and Legal Assistance
as Paired Legal Categories 30

THEORETICAL PROBLEMS OF AREAS OF LAW

R. D. Sharapov
Alternative Theories of the Object
of Crime in Modern Criminal Law
of Russia 43

A. V. Denisova
Self-regulation in Russian criminal law
Law enforcement matters 52

N. A. Egorova
Subject content of guilt: the issue
of criminal sciences and practice 64

DISCUSSION FORUM

P. A. Filippov
Decriminalization of military and alternative
service evasion (art. 328 of the Criminal code)
Distance roundtable "The New Criminal Code
of Russia: conceptual framework and theo-
retical model" 74

DISTANCE ROUNDTABLE "THE NEW CRIMINAL CODE OF RUSSIA: CONCEPTUAL FRAMEWORK AND THEORETICAL MODEL"

M.B. Kostrova
Theoretical model of linguistic forms of the
new criminal code of The Russian Federation
(Part 1: Theoretical approaches to
understanding the ontological status of the
language of criminal law) 87

PRIVATE INTERNATIONAL LAW

N.G. Skachkov
Presumption of mutual insurance
for transboundary carriage
of dangerous goods by sea 104

LAW AND ECONOMICS

J.K. Tsaregradskaya
Institute of public debt in The UK:
formation and development of legal
regulation 116

FOREIGN LAW

J. Demme
Reform of german legislation
on the violation of equal competition ... 125

МАСКИ СУВЕРЕНА: «РЕСПУБЛИКА» — «МОНАРХИЯ»

Аннотация. В статье дается анализ исторического процесса трансформации политических форм в их соотносительности с таким явлением, как суверенитет. В основу исследования положены концепции полузабытого итальянского мыслителя и правоведа Джамбаттиста Вико, а также теории суверенитета, сформулированные Жозефом де Местром и Алексисом Токвилем, известными идеологами контрреволюции во Франции.

Своеобразной «матрицей» политических форм для этих идеологов всегда оставался образ Рима как политической и многоаспектной системы. Именно там были юридически сформированы такие принципы, как «республиканство» и «монархизм», оказавшие решающее влияние на все дальнейшее политическое развитие Европы. Смена политических форм не затрагивала, однако, сущность государственности, представленной в виде суверенитета.

Суверенность предполагает присутствие свободы и равенства — двух начал, которые находятся в состоянии взаимного дополнения и противоречия. Французская революция довольно быстро продемонстрировала, что равенство как фактор политический приходит в столкновение с политической свободой. Процессы государственной централизации, основанные на политическом и правовом равенстве, порождают авторитарные тенденции, корректирующие первоначальные цели революции. Республиканские начала оказываются нетождественными началам демократическим. Монархии нового типа всегда готовы прийти на смену республикам.

Суверенитет создает собственное представление о справедливости, основополагающем понятии права. Но для монархии и республики справедливость обозначает различное понятие закона и юстиции. Со временем рождается и понятие социальной справедливости, которое теснит юридически-нормативистское и политическое определение справедливости. Поворотным пунктом в этом процессе явилась революция. В то же время релятивистские взгляды Вико на политическую форму и справедливость были поддержаны нарождающимся политическим романтизмом в Европе, открывшим новые перспективы для политико-правовой теории и практики.

Суверенитет в качестве особого правового статуса может быть выражен в коллективной или индивидуальной форме. Суверенитет не тождествен диктатуре, хотя включает в себя элемент господства. Диктатура предполагает срочность своего существования и ситуацию чрезвычайного положения, суверенитет претендует на вечное или хотя бы длительное существование. Суверенитет не совпадает с суверенностью, для этой последней свойственна ориентированность на состояние свободы и самоопределения, суверенитет всегда тяготеет к гегемонии. Маски суверенитета многообразны, однако его сущность остается неизменной. Суверенитет формирует пространство

© Исаев И. А., 2015

* 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 России
[kafedra-igp@mail.ru]

123995, Россия, Москва, ул. Садовая-Кудринская, д. 9

неприкосновенности и требует сосредоточенности власти в одном центре. Институт представительства является для него второстепенным образованием. Политическое внимание сосредоточенно на едином субъекте властвования. Субъективность — определяющая черты суверенности. Монархические и республиканские формы достаточно аморфны и неопределенны, чтобы непосредственно и однозначно быть связанными с понятием суверенитета. Что касается правовой сферы, суверенитет, сам являясь порождением юридического, формирует нормы и институции, воздействующие на окружающие его контексты. Характерна исключительность, обусловленная субъективизмом, которая свойственна суверенному нормотворчеству. Учреждающее законодательство суверена характеризует деятельность как коллективного, так и индивидуального суверена. История монархий и республик во многом схожа именно благодаря этим свойствам суверенного существования.

Ключевые слова: суверен, норма, представительство, монархия, республика, легитимность, легальность, диктатура, власть, субъект права, политическая свобода, законность, справедливость, суверенность, демократия, власть, тирания, равенство, свобода.

DOI: 10.17803/1729-5920.2015.109.12.007-024

ВВЕДЕНИЕ. «ВОЗВРАЩЕНИЕ» ДЖАМБАТТИСТЫ ВИКО

В истории государства возврат политических форм в исходное состояние (если можно говорить об их развитии, а не о простой смене) не редкость. Наполненные новым содержанием, эти формы способны чередоваться и повторяться по своим собственным законам. Идея повторяемости, или цикличности, исторического процесса неизбежно возвращает нас в сферу мифического. И уже здесь новорожденный политический миф, в свою очередь, предлагает некую матрицу, по которой выстраиваются все повторяющиеся во времени политические формы. В мифологической интерпретации «монархия» и «республика» остаются только некими идеальными типами, историческую устойчивость которых никак не смущает реальное многообразие наличных конкретных модификаций. Демократическая, конституционная монархия соседствует тогда с авторитарной республикой, при этом та и другая сохраняют свою внутреннюю, подчас и невидимую, сущность. Тип здесь корректируется внешними и дополнительными формами, такими как режим, форма правления или конституционное устройство, заметно не затрагивающими, однако, глубинного существа фундаментального властеотношения.

Смена одного типа власти другим происходит на фоне процессов «исторического основания и развертывания» (О. Шпанн), где «основание» является первичным и определяющим весь ход дальнейших формообразующих процессов с их креативностью и деструктивностью. «Начало» же определяет все последующее развитие и в перспективе итог. Но суть вещей, предупреждал Жозеф де Местр, не сле-

дует смешивать с их видоизменениями: первая неизменна и всегда как бы возникает вновь; вторые изменяются и тем самым разнообразят политическую картину, однако «опытный глаз легко проникает сквозь изменчивые покровы, в которые облекается вечная природа в зависимости от времени и мест».

Политика, сила и креативная энергия государства были для Джамбаттисты Вико моментом настоящей социальной жизни человеческого духа и моментом ощутимой определенности; и уже за ними в своем вечном диалектическом развитии следовал некий момент истины, раскрытых оснований, справедливости и этичности. Ведь без страсти, без силы, без власти человечество не рождается: только потом из грубых форм власти возникают так называемые цивилизные общества. Но варварство время от времени все же возвращается. И если Макиавелли в таких ситуациях говорил об искусстве управлять, то Вико подчеркивал именно действенность божественной силы; жестокость и коварство Макиавелли считал неизбежными в политике, а Вико видел и объяснял их как часть человеческой драмы, двойного аспекта реального блага и видимого зла — «видимость неадекватна в свете более высокого блага, рождающегося из прорвавшейся оболочки старого»¹.

«Прегрешение разума по отношению к предмету, от которого ему следовало бы вечно держаться в отдалении, это сознательное или бессознательное иезуитство, которое только соблюдает незначащие формы, потому что они ему не мешают, а действительные метафизические преграды, которые противопо-

¹ Кроче Б. Макиавелли и Вико // Антология сочинений по философии. СПб., 1999. С. 130.

ставляет ему религия, приемами жалкой софистики удаляет со своего пути, это — смешение суеверия и, выказывающей свою в религиозных вопросах, хитрость юридического искусства — вот отталкивающая темная сторона римского характера»².

Неаполитанец профессор риторики Джамбаттиста Вико, теперь почти забытый историками права и политики, свои оригинальные и поэтические идеи развивал в терминах интеллектуального течения, сформировавшегося как раз на грани XVII и XVIII веков: камерализм не принимал государство просто как данность, его политические рекомендации правителю исходили из того допущения, что государство вполне поддается рациональному техническому планированию и преобразованию действительности, с главной целью — укрепления власти государства. Исходным же пунктом концепции было не абстрактное общее благо, а статус и положение правителя в политическом пространстве. Персона государя поэтому становилась естественным основанием самой политики, — применяясь к обстоятельствам, он должен был прежде всего преобразовывать и расширять свое государство. Политика рассматривалась в качестве лишь технической задачи, где важны были не столько правильные и добродетельные поступки людей, сколько целесообразное выстраивание надежного государственного аппарата. «Искусство строительства и сохранения государства, подобно арифметике и геометрии, основано на определенных правилах, а не только на практике» (Гоббс). Поскольку человек все основания справедливости — законы и договоры — при учреждении государства создает сам, то априори могут быть продемонстрированы также политика и этика, т.е. наука о правом и неправом, справедливом и несправедливом, что в конечном счете и определяется целью устройства и поддержания публичной власти. При этом, конечно же, следует учитывать «дурную природу» самого человека — на это указывали и Макиавелли, и Дэвид Юм.

Вико был убежден в том, что в истории человек имеет дело прежде всего с самим собой и своими творениями. Великие исторические действительности — общество и государство — изначально определяют собой всякое переживание исторической реальности. Поэтому предрассудки, позже столь энергично защищаемые романтизмом от рационализма Просвещения, в гораздо большей степени, чем суждения, составляют историческую действительность. Авторитет и традиция защищают и легитимируют их: романтизм воспримет идущую от Вико

уверенность в том, что превосходство античной этики над моральной философией Нового времени заключалось в том, что она, сознавая «незаменимость традиций, обосновывала переход этики в политику, в искусство правильного законодательства»³. По сравнению с этим Просвещение оставалось абстрактным и революционным. И если романтики уже ощутили влияние революции на процесс исторического развертывания политических форм, то Вико еще только предвидел это.

Гаман, Гердер и Вико были уверены в том, что слова и идеи суть одно и то же: мыслить — значит использовать символы. Вслед за Вико и Гердер подчеркивал тождество мысли и действия, языка и деятельности: «Все первобытные народы поют и действуют, они поют о том, что они делают, и, таким образом, поют историю». В них каждый изображает себя и предстает таким, какой он есть. Естественное развитие здесь не статичная «истинная» природа, законы которой трансформируются в произвольные человеческие законы, а самопроизвольное естественное развитие. Но «централизация и “дирижизм” — это враги, даже некоторая степень бездействия предпочтительнее, чем государственные дела, в которых человек должен прозябать и деградировать всю свою жизнь» (Гердер)⁴.

От Макиавелли через Гоббса конструктивистская идея политики достигает эпохи Просвещения с ее проектом «справедливой республики» и господством разума. Но для Вико разум не казался всепобеждающим политическим средством: противоречивая человеческая природа, как оказалось, в не меньшей степени подвержена воздействию темных иррациональных сил и страстей. Поэтому не линейный прогресс, а цикличность и спонтанность в основном и определяют движение истории. На примере Древнего Рима итальянский мыслитель демонстрирует спорадические спазмы и напряжения этого гигантского политического организма, перемещения и замену в нем разных политических форм. Возврат к прежним формам и поиск новых обуславливают все исторические циклы, свойственные как отдельным нациям, так и всему человеческому роду. Когда-то, выйдя из варварства и пройдя через цивилизацию, нация, вполне вероятно, может оказаться в состоянии нового варварства. И, что характерно, закономерности этих трансформаций познаются и создаются самими народами, их собственными усилиями и предпочтениями.

² Иеринг Р. Дух римского права // Избранные труды. СПб., 2006. Т. II. С. 307.

³ Гадамер Х.-Г. Истина и метод. М., 1988. С. 334.

⁴ Берлин И. Подлинная цель познания. М., 2002. С. 457.

1. РИМ КАК «МАТРИЦА» ПОЛИТИЧЕСКИХ ФОРМ

Мобилизация — вот универсальная противоположность распаду в критической ситуации, даже когда мы имеем перед собой уже зрелое и сложное политическое образование, целостность которого оказывается под угрозой. Но мобилизация может являться также и первичным исходным актом формирования какого-то нового перехода, рождающегося либо из недр «старого порядка», либо из хаоса как такового. Собрание воедино всех жизненных ресурсов и сил аморфной или деградирующей общности может осуществляться различными способами, однако определенная закономерность остается для данной деятельности характерной. В ситуации эпохи перестройки именно идея права оказывается весьма точным индикатором происходящих процессов, указывающим на их мобилизационные цели и предполагаемые последствия.

В исторической ретроспективе самые мощные и эффективные проявления власти представляются чаще всего как разрушительные. Вся политическая история являет тогда собой как бы непрерывную войну, очень похожую и на гераклитову перманентную борьбу и гоббсовскую войну всех против всех: по словам Гиббона, «власть королей наиболее эффективна в разрушении». Однако все известные политические успехи римлян основывались прежде всего на их духовном и нравственном превосходстве — «любовь к Родине была основной чертой древнеримского бытия». И то, что именно этот принцип привел позже к постепенному доминирующему расширению государства и его гегемонии, свидетельствовало не о жажде завоеваний, — это стало результатом стесненного положения народа: «Даже самые миролюбивые нации... должны непрерывно наращивать свой уровень вооружения: Риму недостаточно было защищаться, если он хотел пребывать в покое, нужно было распространять мирную деятельность по организации и управлению на другие страны, и римляне действовали в соответствии с почти безошибочным инстинктом»⁵.

Гердер же отметил в римском государственном строе некий первоначальный раскол, который со временем привел эту государственность к распаду: само это государство было устроено «с нечеткими или неправильно проведенными линиями разграничения между сенатом, всадниками и гражданами». Такой строй был порожден примитивными обстоятельствами и

никогда не был усовершенствован в согласии с интересами целого, лишь меняясь в ту или другую сторону под влиянием пристрастий и предубеждений. Рим был городским, а не всемирным строем. Не самодержец, фигура преходящая, а сенат, вечный орган, сохранял в себе губительные для судеб мира принципы — стремление к завоеванию народов и мира, что никак не способствовало установлению равновесия в мире. Экспансия становилась безостановочной, как и политическая сопряженность. Да и сам город стал скопищем пришельцев — «самой чудовищной головой на свете»⁶.

Исходной формой государства, по Вико, была монархическая форма. Поэтому «вечный царский закон» уже в Риме из союзов семей создавал сначала территориальные союзы, позже соединившиеся под властью царя. Период республики наступил вместе с приходом плебейского сепаратизма и дуализмом права. Тогда-то и наступило новое варварство. И только Цезарь и Август смогли воссоздать истинную государственность и естественный закон. Монархическая власть повторила деяние отцовской власти древних времен. Но драматическим первоисточником римской истории стало стремление плебеев сравняться с патрициями, плебеев, которые вначале требовали лишь равноправия, затем — торжественного заключения браков, затем права принимать политически значимые решения и, наконец, права жречества: «Плебеи, угнетаемые Отцами, взывали к богам и ключам, и в результате коллективным голосованием избирались цари, или сильнейшие мужи, которые принимались исправлять все, что было испорчено разложением нравов, — эти мужи основали в мире первые монархии. Иногда наимудрейшие мужи с помощью законов о наказаниях стремились возратить древние обычаи, т.е. республики оптиматов к их началам». В период повреждения нравов были восстановлены древние добродетели, свойственные республикам оптиматов. И подлинными оптиматами были защитниками, а не притеснителями плебеев, поэтому и жестокость древних законов не следует понимать слишком буквально (Дж. Вико). Для Вергилия современность была началом не героического, а «золотого» века, когда заново восстанавливаются утраченные мир и порядок. (Савиньи заметил: «В той мере, в какой римская нация, господствуя над другими народами, уподобляла их себе и одновременно с этим утрачивала свою индивидуальность в этой огромной и неопределенной массе, в той же мере право, соответствующее этому новому состоянию (jus

⁵ Чемберлен Х. С. Основания XIX столетия. СПб., 2012. Т. I. С. 278–279.

⁶ Гердер И. Г. Идеи к философии истории человечества. М., 1977. С. 410–411.

gentium), становилось преобладающим и превращалось в позитивную систему: «Буква права была согласована с сильно изменившимся духом и существом права»⁷.)

Включение плебеев в политический процесс пробудило республиканские тенденции в римском мире. Идея равенства сначала дополнялась, а затем и оттеснялась идеей свободы. Варварская миграция, породившая «героический век» истории, означала вторжение в римскую политическую и правовую цивилизацию сил «внешнего пролетариата» (А. Тойнби), плебс становится господствующей силой. Фактическое отсутствие у варваров институтов частного права предоставило римскому праву широкий простор для проникновения в эту среду теперь уже новой цивилизации; институты не возникали на основе человеческих соглашений — они искали своих оснований в обычае, при этом подкрепляя себя силой: «Фактически институты — это совершенные отражения нравственного несовершенства человеческой природы; и эти социальные продукты первородного греха всегда будут управляться секулярной рукой»⁸.

У Вико неоплатоническая картина мира проявилась в его учении о «метафизических точках», т.е. о внутренних силах нематериального характера, посредством которых Бог порождает жизнь и движение, где механическая связь причины и следствия представляет только внешнюю поверхность. Так, народ, приближавшийся к совершенству, оказывается жертвой внутреннего нравственного распада и поэтому возвращается в прежнее варварство. И Вико восхищался дикой энергией и творческой поэтической силой древнего варварства, он осознавал связь формалистической жесткости с поэтически чувственной силой, свойственной примитивным правовым системам, он ощущал эффект тех наслоений, «остатков» (позже В. Парето разовьет эту концепцию «остатков») прежних государственных и правовых институтов в более поздние времена⁹.

По мысли последователя Макиавелли и предшественника Вико Клампария, все государственные тайны (арканы) и в монархиях, и в республиках делятся на два вида: первому из них достается имя «тайны империи»: так, монархическое государство должно располагать определенными средствами и иметь наготове план, чтобы противостоять свойственному столь многим стремлению к господству, каковое стремление превратило бы государство в аристократию; государства же других форм должны

принимать соответствующие меры, чтобы не допустить народного правления и не превратиться в демократию, а государство демократическое должно беречься от того, чтобы стать монархией или перейти к другой форме правления, противоположной демократии. «Тайны господства» суть базовые принципы, которых должны придерживаться все, в чьих руках находится власть, чтобы эту власть сохранить. При этом неважно, является ли эта власть монархической, народной или аристократической¹⁰.

У всех наций, как только они начинали издавать общедоступные законы на народных языках, такая тайная наука о законах ускользала из рук благородных — последние до этого всегда охраняли законы как нечто священное посредством тайного языка. Так было и в Риме, «пока и здесь не восторжествовала народная свобода»: «И это есть естественная причина того явления, которое в то время видели только политики, когда утверждали, что множественность законов является широкой дорогой для могущественных в свободных республиках к достижению монархии», так Август создал множество законов именно с этой целью¹¹.

Священный, или «царский», закон распался на множество секулярных законов. Но римская идея мобилизационного единства все еще была жива в недрах западного мира. Римская, интерпретированная Юстинианом система права, стала применяться с оговоркой «для большей человечности» и для всего человечества. Источником права было объявлено не законодательство, выработанное римским народом, а откровение Бога; «действие закона предписывалось понимать не как человеческое принуждение, а как божественное возмездие»¹²: христианство, восприняв форму римского права, отвергло его дух.

Вико называет сложные символические сочетания — Кибелу, «женщину-землю», кентавров, дриады, крылатых коней и др. — «фантастическими универсалиями», созданными поэтическим мышлением древних для выражения и соединения определенных функций или идей в конкретном образе. Позже эти чувственные представления были заменены абстрактной фразеологией в сфере политики и юриспруденции: поздние формы были не лучше и не хуже, чем предшествующие, они были просто другими.

⁷ Савиньи Ф. К. Система современного римского права. М., 2011. Т. 1. С. 336–337.

⁸ Тойнби А. Постигание истории. М., 1991. С. 537.

⁹ Мейнеке Ф. Возникновение историзма. М., 2004. С. 51.

¹⁰ Ноде Г. Наука для государей, или Политические соображения о государственном перевороте // Иванова Ю. В., Соколов П. В. Кроме Макиавелли. М., 2014. С. 226–227.

¹¹ Вико Дж. Основания новой науки об общей природе наций. Л., 1940. С. 26.

¹² Тойнби А. Указ. соч. С. 602–603.

Вся «героическая юриспруденция была целиком основана на педантичном отношении к символам», но, как известно, «буква убивает, а дух животворит» (2 Кор. 3:6). Неспособные постигнуть всеобщности, которой должны обладать хорошие законы, самым использованием частного значения слов, новые «народы должны были соблюдать законы в их общей форме. И если из-за такой справедливости в каком-нибудь отдельном случае законы и оказывались не только суровыми, но даже жесткими, то люди переносили их как нечто естественное, ибо они считали естественным, что у них такое право». Гражданская справедливость господствовала естественно среди героических наций, она осуществлялась варварами и римлянами, пока у тех существовала аристократическая республика, т.е. Законы двенадцати таблиц (Вико). Такая юриспруденция была юриспруденцией естественной справедливости, царящей в свободных республиках, где народы ради частного блага каждого в отдельности были принуждены издавать всеобщие законы, применяясь к условиям эпохи и требуя «равной для всех полезности».

Но такая же юриспруденция оказалась сродни и монархиям: монархии приучали своих подданных соблюдать свои частные интересы, взяв только на себя заботу о делах общественных. «Все должны быть уравнены законами, чтобы все были заинтересованы в государстве»¹³.

Х. С. Чемберлен назвал римлян «прирожденным правовым народом»: ведь истинное величие Рима заключалось в «анонимном, безымянном величии народа», оно не являлось творением отдельных людей, здесь все великое было анонимным. Еще Цицерон говорил: «Конституция нашего государства превосходит другие государства по следующей причине: у других государственный строй через законы и институты создавали отдельные люди... наше римское общество опирается на гений не отдельного человека, но многих»¹⁴. И военная демократия римлян уже в самой себе содержала зерна республиканизма, хотя сами они прекрасно осознавали, что республика и демократия отнюдь не тождественны друг другу.

Но господство религии над правом ушло в древнейшие времена, корни же римской нравственности находились в государственном и правовом принципе. (Эмиль Дюркгейм заметил, что сакральный характер, получаемый вещью, не заключен в ее внутренних качествах — он к ним лишь прибавлен. Когда сакральное существо разделяется, оно остается всецело

равным самому себе в каждой из своих частей, часть эквивалентна целому и обладает той же силой, той же эффективностью.)

Гердеру принадлежат обидные и странные слова, что вся «римская история — это история демонов». Но уже Рудольф Иеринг, оправдывая римскую историю, полагал, что важной заслугой Гегеля стало привлечение внимания историков права именно к тому влиянию, которое оказала уникальная военная дисциплина на политический и правовой образ мыслей римлян. Да и формализм римского права явно проистекал из формализма этой военной дисциплины, являя собой порядок ради порядка, наглядно проявляющийся в той «дисциплине правовых сделок, которая неумолимо держится только строгой равномерности и без снисхождения наказывает всякий проступок, всякую ошибку» и отступление от внятного порядка. Ведь уже в военном лагере римский народ прошел подобную школу дисциплины, где он привыкал к тому подчинению и строгости буквы, которую позже он найдет в формах своей правовой жизни: «Благодатное влияние, которое это военное дисциплинирование правовых сделок произвело на развитие римского права, породило еще и более глубокое воздействие на сам национальный дух рождавшейся нации»¹⁵. Римская правовая мобилизация была одновременно и причиной, и следствием государственной мобилизации народа. Требовалось утвердить мысль о том, что мир является только всеобщим присутствием Города.

Идея вечного Рима родилась еще при Веспасиане, объявившем об «обновлении Рима» сразу после смерти тирана Нерона. Во II веке эта идея уступит место другой фундаментальной идее — вечности империи. Рим со своей имперской идеей сделал древний античный город-полис отжившей моделью государственного устройства: новые политические реалии — империя, с одной стороны, и государь, монарх, с другой стороны, — поставили новую политическую проблему о распределении и иерархизации единой власти на едином и обширном политическом пространстве. Поэтому так долго к римской политической идее обращались, по-разному ее оценивая, все без исключения влиятельные идеологии Запада. Рим оставался для них неким идеальным типом государственности, поочередно прошедшим, более того, создавшим две классические формы государственности, которыми долго пользовалась европейская цивилизация, — идеальную республику (правда, многое было заимствовано здесь у греков) и идеальную монархию (отличную, однако, от восточной деспотии).

¹³ Вико Дж. Указ. соч. С. 30–32.

¹⁴ Чемберлен Х. С. Указ. соч. Т. 1. С. 277–278.

¹⁵ Иеринг Р. Указ. соч. С. 235–237.

Вера в существование и актуальность «идеальной и вечной истории наций» позволяла именно в них, воплощенных в единственной фигуре вождя или в «политическом теле» (*corpus*), видеть того суверена, который принимает исторические решения. Не простая персонификация, но типологизация, создание обобщенного образа (в немецкой политико-исторической транскрипции — гештальдт), свойственные историческому разуму, который творит свое главное дело, невзирая на изменчивость внешних форм и тенденций: последними этим путем прошли немецкие романтики, но путь этот им указали Вико и Гердер.

2. РАВЕНСТВО ПРОТИВ СВОБОДЫ

Согласно Вико, человек состоит из ума, тела и речи. Поскольку «достоверное применительно к справедливости началось в темные времена с тела», то позднее, когда была изобретена артикулированная речь, оно перешло и на достоверные идеи, т.е. словесные формулы. В итоге разум остановился на «истинности идей, применительно к справедливости идей, определенных разумом из последних обстоятельств факта». Поэтому Варрон, напоминая Вико, полагал, что «истина — это формула, свободная от каждой отдельной формы», и действует подобно свету, также лишённому формы, но придающему формы всем отдельным частям «непрозрачного тела факта»¹⁶. Симметрическая триада переносится им на историко-политические структуры. История, по Вико, распадается на три этапа: «век богов», которые посредством ауспий управляли людьми, «век героев», превосходством своей природы утверждавших свое господство в аристократических республиках, и «век людей», признавших свое равенство от природы и создавших народные республики. В этот век появляется и конечная для человечества политическая форма — монархия... Это — итог, который предполагает и новое начало.

В республиках всегда присутствует некий «учредительный автоматизм», заставляющий верить, что какое-то собрание может взять и учредить нацию, что конституция как совокупность основных законов, которые снабжают нацию формой правления, представляет собой такое же произведение искусства, как и любое другое, требующее ума, знаний и упражнений, что, постаравшись, можно научиться мастерству «основателя». Писаная конституция оказывается лишь «автоматом, который имеет только одни внешние формы жизни»: конституцию доверчиво принимают за правление,

которое «представляет собой весьма развитый деспотизм, который... слишком быстро шагает, но сама конституция существует разве что на бумаге. Ее соблюдают, ее нарушают в зависимости от интересов правителей»¹⁷. В политике, как и в механике, любые теории неизбежно ошибочны, если они не принимают во внимание различные «свойства материалов, из которых создаются машины» (Ж. де Местр): у республиканских учреждений нет корней, они «только поставлены на землю, тогда как предыдущие формы были в нее посажены».

(Жан Полан полагал, что именно демократия связана с мистикой равенства, которая является только другим названием «мистики карнавала». Демократический строй признает в человеке главным лишь то, что один индивид ничем не отличается от другого и «каждый человек воспринимается лишь как первый встречный»¹⁸.)

У Вико республики в результате своего естественного развития в итоге неизбежно приходят к монархической форме. Принцип троичности в становлении наций — авторитетов, юриспруденций, естественного права и т.д. — определяет и общий ход истории, обязательный для всех отдельных народов и языков. И за нею уже просвечивает обязательный и неизбежный возврат к грядущему новому варварству и единовластию.

Вико не вдается в детали своей антиутопии. Зато это делают его преемники, дожившие до революции, как Жозеф де Местр, и пережившие ее, как Алексис де Токвиль. Демократия, республика и монархия стали для них вполне предметными и осязаемыми, в глобальном же плане Вико они только уточняют детали и вариации. Неудача и трагедия республики была наглядно продемонстрирована революцией, провозглашаемые же ею свобода и равенство оказывались совсем другими, чем ожидал увидеть Вико.

Во время Французской революции неумная «страсть к равенству разрушила надежду на свободу», ведь свобода неминуемо приводит к неравенству, а равенство — неизбежно к несвободе. И чем свободнее люди, тем более они неравны: «Печальная ирония мировой истории заключается в том, что идеал равенства увековечивает ненависть, порожденную реальностью неравенства». Жажда равенства становится все более неутолимой по мере того, как равенство становится все более реальным (А. Токвиль)¹⁹. «В государстве образуется слишком много дви-

¹⁶ Вико Дж. Указ. соч. С. 435.

¹⁷ Местр Ж. де. Рассуждения о Французской революции. М., 1999. С. 95–96.

¹⁸ Батай Ж. Последний день перед постом // Коллеж социологии. СПб., 2004. С. 352.

¹⁹ Токвиль А. Демократия в Америке. М., 1992. С. 395.

жения и недовольства субординацией, если все могут претендовать на все. Порядок же требует, чтобы должности в целом были распределены по рангам, как и сословия... Только таким образом получается соперничество без уничтожения и движение без разрушения, отличие, связанное с должностью, проистекает только из-за большего или меньшего труда для замещения этой должности». Потому монархия и есть правление, которое только одним замещением мест и независимо от знатности отличает самое большое число людей из остальных их сограждан. Так начинает образовываться должностная или бюрократическая аристократия²⁰.

Абсолютная монархия являлась и столь же абсолютной репрезентацией, основанной на идее, что политическое единство возникает через отображение: репрезентирует единство абсолютный государь, государство не может существовать без репрезентации.

Более поздние монархии XIX века, пережившие республиканские формы, пытались придерживаться принципа легитимности, т.е. нормативного основания, но тем самым только утратили свой репрезентативный характер: «Легитимность и репрезентация суть два полностью различных понятия. Легитимность сама для себя никак не обосновывает авторитет». Абсолютная монархия принципиально отказывалась от легитимности, а попытка монархий XIX века реставрировать монархию на основе легитимности была только попыткой юридически стабилизировать статус-кво: отсутствие живых форм репрезентации и необходимых политических сил компенсировалось нормативным регулированием²¹.

В революции «суверенное государство и суверенный индивид объединились против корпоративности». Разрушилось деление прежнего общества на сословия, товарищества и промежуточные властные структуры, у общины отняли ее самостоятельность. Социальный организм превратился во всевластную централизованную государственную машину и разложенную до атомов и нивелированную массу свободных и равных индивидов (Савиньи). Социальное потеснило политическое, используя его же лозунг равенства.

«Вы желаете равенства между людьми, т.к. считаете их одинаковыми, вы толкуете о правах человека, пишете общечеловеческие конституции, но выдуманного вами общечеловека нигде на свете нет и в природе не существует. Но права человека — это только замаскированное желание как можно менее нести обязанности, а права сословий — стремление создать госу-

дарство в государстве». Если при аристократическом правлении нация раскалывается, то при демократии — она крошится (Ж. де Местр).

Франц Баадер предупреждал, что политическая теология, рассматривающая революцию как «самовоспламенение и саморазложение» и объясняющая ее тем, что человечество дало себе слишком много власти и, возомнив себя собственным сувереном, отвратилось от своего небесного огня. Тем самым человек обременяет себя ответственностью перед временем, погасить которую будет все труднее. Но и уклониться от выбора не удастся: либо социальная переориентация, либо революция²².

Очень скоро пафос революции сделал любовь к родине настоящей религией, а уважение к законам — суеверием (Ж. де Местр). И если прежнее варварское невежество все же управляло немалым числом политических учреждений, то ученое варварство, неверие и систематическая жестокость ничего не создавали. Революционное республиканское правление стали считать сильным, но оно было попросту жестоким. Сила тем и отличается от насилия, что нация претерпевает это правление, но во все не желает его: «Есть во французской революции некое сатанинское свойство, и разве может из этого кровавого месива появиться прочная республика?» — вопрошал де Местр²³. (Альфред Фулье назовет Ницше Жозефом де Местром, который «не верует в папу, но верует в палача». Ницше заимствует у де Местра приверженность к «светской традиции, всемирной и чисто католической», к авторитету в противоположность свободе, к прочному и наследственному институту монархии в противовес институту договорному и народному. «Чтобы существовали учреждения, необходимы воля, инстинкт, императив, желание авторитета, ответственности, упроченной веками, — тогда рождается идея империи. Ложная независимость, лежащая в основе ложной демократии, относится с презрением ко всему, что придает смысл учреждениям, а громко произнесенное слово “авторитет” вселяет опасение подпасть под новое рабство»²⁴.)

«Пламенный контрреволюционер» говорил о решающей роли Провидения в политике: «Свою мощь оно проявляет играючи, все в руках его податливо, никто не может устоять против него, все оно обращает в свое оружие, даже препятствия, неправильности, производимые свободно действующими силами, оказываются

²⁰ См.: Местр Ж. де. Указ. соч. С. 146–147.

²¹ См.: Шмитт К. Государство и политическая форма. М., 2010. С. 51–52.

²² Подробно об этом см.: Бульте Н., Козелек Р., Майер К., Фиш Й. Революция // Словарь основных исторических понятий. М., 2014. Т. 1. С. 670.

²³ Местр Ж. де. Указ. соч. С. 67, 69.

²⁴ Фулье А. Ницше и имморализм. М., 2006. С. 146.

встроенными во всеобщий порядок». В политическом мире есть общий порядок, но и есть исключение из него — чудо, производимое сверхчеловеческим намерением, которое приостанавливает действие обычной причины, есть революция: «Никогда порядок так не очевиден, никогда Провидение так не осязаемо, как тогда, когда высшая сила подменяет силы человека и действует сама по себе». Революция управляет людьми более, чем люди управляют ею.

И природа, и история убеждают нас в том, что не может существовать какой-то «великой и свободной нации» под республиканским правлением, никакое великое учреждение не является результатом обсуждения: всем «человеческим учреждениям присуща брэнность, соответствующая количеству людей, в них участвующих, и научному и рассудочному снаряжению, которое к ним применяется априори... Единая и неделимая республика есть лишь мимолетный метеор... Непобедимая природа установила, что в политике, как в физике, опыт должен решать все и заставить молчать самые прекрасные теории. А опыт доказывает, что великая республика есть дело невозможное»²⁵.

Антон Тибо подчеркивал: положение больших государств всегда представляет собой своего рода «неестественное напряжение и изнурение, заинтересованное оживление только по одному пункту, однообразное стремление только к одной цели, постоянное подавление индивидуального, разнообразного ради единственного общего дела, а по сути никакой внутренней связи между правителями и подданными. Зато в союзе небольших государств своеобразие отдельного обладает свободой, разнообразное может развиваться в бесконечное...»²⁶.

Люди, живущие в демократическом обществе, лишаются привычных и обязательных социальных связей, замыкаются в себе, полагая себя вполне свободными от общества. Склонность к стабильности общественной жизни становится у них единственной политической страстью, а это располагает граждан с готовностью и надеждой передавать центральной власти все новые и новые права, ибо считают, что она, предохраняя себя, способна защитить и все общество от анархии: «Человек времен демократии с отвращением подчиняется своему соседу, которого считает равным себе, ...он не верит в его справедливость и ревниво относится к его власти; ...ему нравится постоянно напоминать своему соседу об их общей подчиненности одному и тому же хозяину» (А. Токвиль). И центральное правительство также обожает

единообразие, которое избавляет его от необходимости издавать бесконечное количество законов: «вместо того, чтобы создавать законы для всех людей, правительство подгоняет всех людей без разбора под единый закон». Ведь легче всего учреждать единое и всемогущее правление, когда граждане мало отличаются друг от друга, для этого достаточно их врожденных и приобретенных инстинктов. А вот для того, чтобы в этих же условиях создать и сохранить некие промежуточные и второстепенные органы власти и свободные ассоциации, противостоящие наступающей тирании, не разрушая при этом порядка, людям необходимы особая мудрость, знания и умения²⁷: чем менее аристократичен правитель в демократическом обществе, тем выше степень централизации власти.

Происхождение народной власти, некогда родившейся из союза «частной власти суверенных отцов в состоянии семей» (тогда же появляются города и «естественное право народов»), означало появление республик, как правило, связанное с вооруженными восстаниями и войной. Уже затем только республики легализуются и оформляются посредством законов: «От этой природы дел человеческих и осталось то вечное свойство, что войны ведутся ради спокойной жизни народов в мире»²⁸.

Поскольку свободные народы «не могут посредством одних только законов сохранять гражданское равенство из-за партийной борьбы могущественных», то ради своего спасения и по «естественному царскому закону», общему для всех народов и во все времена испорченных нравов, этому естественному обычаю человеческого племени, народы ищут прибежища в монархии — втором виде человеческих правительств. Республика и монархия сменяют друг друга, но так и не переходят и не возвращаются в форму первоначального аристократического государства (подобных государств вообще остается немного — Вико называет только Нюрнберг, Венецию, Геную и Лукку. Когда-то и Тацит заметил: «Такие государства скорее достойны похвалы, чем достижимы, и если они где-нибудь случайно и появляются, то не могут существовать длительно»²⁹.)

Вико упрекнул Жана Бодена в логической непоследовательности: тот утверждал, что Рим по своему государственному устройству был народным, но по образу правления — аристократическим (правда, затем вновь склонялся к тому, что это государство было аристократическим не только по образу, типу правления,

²⁵ Местр Ж. де. Указ. соч. С. 55.

²⁶ Тибо А. Ф. Г. О необходимости общего гражданского права для Германии // Савиньи Ф. К. Указ. соч. С. 103.

²⁷ Токвиль А. Указ. соч. С. 487.

²⁸ Вико Дж. Указ. соч. С. 19.

²⁹ Цит. по: Вико Дж. Указ. соч. С. 24.

но и по его государственному устройству). По мнению Вико, «такие ошибки в политическом учении были порождены использованием неопределенных понятий: “народ”, “царство” и “свобода”»³⁰. Поставленная в один ряд с категориями народности и господства (царство), свобода стала казаться той естественной силой, которая позволяла определять их соотносимость: монархия и республика стали различаться только степенью свободы. В этом увидели вечный и природный закон, свойственный вообще для всякой государственности. Поэтому и Боден, и следующие за ним политики и юристы должны были признать также существование еще и некоего «великого и естественного царского закона», согласно которому политическая мощь государства должна непрерывно преобразовываться и актуализироваться, поскольку, чем более в республиках слабеют «оптиматы», тем более усиливаются «народы», пока они не станут свободными, и чем более слабеют сами свободные народы, тем более усиливаются их властители, пока сами не станут монархами: «В глубинах вечной природы феодалов следует искать происхождение новых королевств Европы» (Дж. Вико). (Сиоран в «Школе тиранов» подтверждает эту мысль Вико: «После монстров, размещавшихся в городах, царствах или империях, должен появиться кто-то самый могущественный, который придет к власти, воспользовавшись какой-нибудь катастрофой, уничтожением каких-то народов и наших свобод».)

По мнению де Местра, представительная парламентская система во все не является современным открытием, но есть настоящее произведение феодального правления, достигнувшего высшей точки зрелости и равновесия. После того как королевская власть создала общины, они уже не могли появиться на свет иначе, чем через посредство своих уполномоченных: отсюда — представительная система: «Если хотят, чтобы весь народ был представлен, а это он мог бы осуществить лишь в силу полномочия, чтобы любой гражданин был способен получать или предоставлять одно из этих полномочий... и если подразумевается, что нация может удержать свой суверенитет, ...то очевидно, что никогда ничего подобного не видели и что против этого странного правления восстает опыт, равно как и рассудок»³¹. Зачинщики французской республики, защищающие идею представительства как института, позволяющего народу удерживать свой суверенитет, полагают, что это же позволяет удерживать в целостности республику. Но

это возможно, только если сама республика не выходит за пределы столицы, а все остальное государство является ее подданным и периферией (Ж. де Местр).

Уже и сам Руссо утверждал, что национальная воля не может быть делегирована и что представительная система прямо исключает эффективное отправление суверенитета. Закон еще и предупреждает «народных представителей» о том, что они не являются посланцами только тех, кто их послал, но посланцами всей нации: поэтому «невозможно вообразить законодательство лучше, чем это, рассчитанное на истребление прав народа». Народ тем самым остается отстраненным от правления и еще более зависимым от власти, чем было при монархии: «Следовательно, надо отставить в сторону это слово “республика” и говорить только о “правлении” или господстве»³².

А. Токвиль заметил, что равенство порождает сразу две противоположных тенденции: первая влечет людей к независимости и может внезапно подтолкнуть их к анархии, вторая целенаправленно ведет людей к закреплению. (На близость эгалитаризма и деспотизма указывал Георг Зиммель, отмечая существенную разницу между авторитетом и престижем. «Престиж увлекает за собой и околдовывает, в то время как авторитет предполагает известную свободу зависимых. Сами подчиненные участвуют в построении иерархии: многие ищут вождя, который взял бы на себя ответственность. Эгалитаризм и деспотизм уживаются друг с другом: “Мы все равны, покуда мы все в равной степени зависим от вождя”. И таким вождем сегодня и является государство-отец»³³.)

Идея промежуточных институтов власти, находящихся между монархом и его подданными, столь свойственная аристократическому обществу, в век равенства как бы затухает, и ее сменяет идея единой и централизованной власти, которая сама всем управляет: тогда же зарождается и идея единого законодательства. Единообразие законов начинает представляться лучшим условием хорошего правления. По мере возрастания единого общества каждый гражданин, став похожим на других, теряется в толпе, и тогда перед нами возникает великолепный в своем единстве образ народа. Из сознания людей выветривается идея права как неотъемлемой принадлежности лишь ограниченного круга индивидов, и ее место занимают представления о всемогущем и едином для всего общества законе³⁴.

³⁰ Вико Дж. Указ. соч. С. 423.

³¹ Местр Ж. де. Указ. соч. С. 58–59.

³² Местр Ж. де. Указ. соч. С. 58–59.

³³ Цит. по: Больц Н. Размышления о неравенстве. М., 2014. С. 141–142.

³⁴ См.: Токвиль А. Указ. соч. С. 482–483.

Но присущий всем политическим режимам принцип смерти и конечности всего живого более заметен в республиках, чем в диктатурах, — первые провозглашают и афишируют его, вторые скрывают и отрицают. Благодаря такому подходу диктатурам удается обеспечить себе более длительную и полноценную жизнь, они как бы подгоняют и культивируют сами события, тогда как республики без этого легко обходятся, т.к. свобода сама по себе есть состояние отсутствия, способного к вырождению, при котором граждане, изнуренные тяжкой обязанностью быть самими собой, стремятся только к смирению в тоске по рабству. «К тирании можно привыкнуть, бывает, что человеку приятнее погрязнуть в страхе, нежели переносить тоску быть самим собой». Когда это явление обретает всеобщность, тогда-то и появляются цезари: «Цезаризм становится режимом, который заканчивается жертвоприношением наших свобод. Если континенты должны быть спаяны, этому всегда способствует сила, а не убеждение. Подобно римской империи, империя грядущая будет создаваться мечом и при участии нас всех, о чем свидетельствуют сами наши страхи». Народы, поработанные и причастившиеся к унижениям и поражениям, смогут посвятить себя сверхнациональному творческому труду под бдительным и насмешливым взором нового хозяина и суверена³⁵.

3. СПРАВЕДЛИВОСТЬ И СУВЕРЕННОСТЬ

По мнению Норберта Больца, теория справедливости — это в своем роде «отрицательная теология права», и у юриспруденции, как кажется, есть свой тайный бог, поэтому каждое общество сакрализует свои собственные принципы справедливости, категорически запрещая их рациональный анализ и критику. Но уже со времен Французской революции и сама справедливость превратилась в институционализированное представление или в «обязательную фикцию», которая формирует само восприятие социальной реальности (Арнольд Гелен). И социальная справедливость прямо заявляет о том, что является настоящей идеологией, оправдывающей отказ от права, — общество сакрализует свои принципы справедливости, тем самым обещая собственные рецепты и пути социального спасения³⁶.

Дистанция между религией и поклонением социальному оказывается крайне малой. Религия социальной справедливости господствует над «душами приверженцев массовой демо-

кратии, которые уже давно вместо духовного пути избрали для себя путь социального спасения». Таким образом, социальная справедливость заменяет собой прежнее и традиционное сакральное: понятие социальной справедливости уже выбрало свой путь от правового государства к государству полномочий. И это — не что иное, как прощание с либеральным обществом (Фридрих Хайек оценивает социальную справедливость как «безнадежно неопределимое и бессмысленное понятие»).

Уже Кант, говоря о социальной справедливости, заметил, что правление, основанное на принципе благоволения народу как благоволения отца детям, иначе говоря — правление отеческое, при котором подданные, подобно несовершеннолетним, не могут даже различать, что для них действительно полезно и что вредно, а могут «...решение вопроса о том, как они должны быть счастливы, ожидать от одного лишь суждения главы государства, ...от одной лишь его доброты, — такое правление есть величайший деспотизм»³⁷. Монтескье же утверждал, что в монархии чувство собственного достоинства заняло место политической добродетели (столь необходимой в республике): здесь «честь приводит в действие все части политического организма; самым действием своим она связывает их, и каждый, думая преследовать только свои личные интересы, по сути дела, стремится к общему благу»³⁸. В республике забота об общем благе носит внешний и принудительный характер; подобно самой «коллективной» справедливости, она очерчивается рамками закона. (Делез уверен, что Кант в «Критике практического разума» заставляет благо «вращаться вокруг закона». Сделав закон последним основанием, Кант снабдил современное мышление важнейшим его измерением: объект закона, по сути, есть нечто ускользающее, в нем остается только одна чистая и пустая форма (поэтому и господин К. у Кафки в «Процессе» осознает себя человеком только перед лицом неведомого безличного и бессодержательного закона). «Во всех отношениях такой закон есть мистификация и неделегированная власть: по настоящему тиранить может только закон и он же делает тирана возможным».)

Со временем всепроникающее «социальное» заменяет собой гуманное «братство» Французской революции. Теперь существует уже не просто справедливость, а именно социальная справедливость, не просто политика, а социальная политика, не просто правовое государство, а социальное правовое государ-

³⁵ Сиоран. Указ. соч. С. 300–303.

³⁶ Больц Н. Указ. соч. С. 7, 31.

³⁷ Цит. по: Больц Н. Указ. соч. С. 137–138.

³⁸ См.: Зеллин Ф. Политика // Словарь основных исторических понятий. М., 2014. Т. 1. С. 454–455.

ство — весь мир подхватывает эту песню, стоит лишь сказать волшебное слово «социальное» (Н. Больц). Но при этом ни одно государство не оказывается в большей опасности стать инструментом на службе у власти, чем социальное государство (Эрнст Форстхорфф), само же социальное так и остается неопределенным и неюридическим понятием, которое вероломно «преодолевают основной закон в основном законе. И в случае, если социальные функции государства станут действительно господствующими, мы будем иметь превосходную тиранию»³⁹.

Вико давно предупреждал об опасности такого превращения: когда народы сами захотят стать суверенными, тогда и свое обособленное и частное желание они посчитают справедливым. Суверенность же не может быть индивидуализированной и распыленной, она явно тяготеет к централизации и единству: неизбежно прибегая к представительным институтам, народ тем самым способствует передаче власти своему единственному правителю. Но это и есть путь Провидения.

Когда же «народы захотят освободиться от узды своих же законов, они окажутся в подданстве у монархов»; когда монархи «захотят принудить своих подданных... пороками распущенности, которые сделают их положение более прочным, они тем самым подготовят их к тому, чтобы переносить рабство олигархов. Но в то же время, когда нации захотят сами себя привести к гибели, они спасут тем самым своих потомков в их отделенности и одиночестве. И все это совершается умом..., это не рок, т.к. у людей все же был выбор, и это не случай, т.к. всегда, когда люди поступают именно так, возникают одни и те же самые вещи и последствия».

Итак, все решает Провидение⁴⁰, и оно же дает ощутить себя в трех главных чувствах — удивлении, благоговении и стремлении вновь обрести мудрость древних. Язык, мифы, законы и юридические институты являются прежде всего формами самовыражения, которые приобретает желание каждого человека поведать о том, что он есть и к чему стремится. Они подчиняются вполне понятным образцам, и модели развития можно установить, но при этом каждая культура выражает свой собственный опыт. «Мифы и поэзия античности выражают видение мира так же достоверно, как греческая философия или римское право» (Вико). Но не существует вневременного естественного закона, применимого везде и всегда. Политико-правовой релятивизм Вико идет значительно дальше, чем у Монтескье: политический мир познава-

ем человеком только в той мере, в какой он им самим создан, более высокие и божественные предписания и нормы не могут быть раскрыты человеку в их основаниях. Также непостижима для него сущность природных явлений.

Но помимо политических институтов и правовых норм, созданных людьми, есть еще сфера знания, которую человек может познать изнутри — это история человечества, которая тоже делается людьми. Вико открывает опять же три способа такого познания — это язык, мифы и ритуалы; он уверен, что люди начали петь раньше, чем говорить, заговорили стихами ранее, чем прозой, — это становится ясным в результате изучения разнообразных языков и символов, которыми они пользовались, и того применения, какое они им находили⁴¹.

Некогда в праве выражалась идея объективной целесообразности, и именно с этой стороны римский дух понял и образовал свое право; право, проистекающее из области «души и чувства», им же было перенесено в область рассчитывающего разума, и только это освобождение права от субъективно-нравственного чувства и сделало право открытым для «изображения и прочтения»: результат обозначил победу идеи целесообразности над субъективным чувством нравственности. Объектом целесообразности становился при этом не отдельный случай, а некое отвлеченное правило, которому в жертву приносился отдельный казус, здесь относительно низшее жертвовалось в угоду относительно высшему.

И уже тогда проявилась тирания юридической дисциплины, столь свойственной римскому правовому мышлению, требовавшему не какой-то отвлеченной нравственности и справедливости, но только целесообразности: «Истинная справедливость требует большего, чем то механическое равенство, которое является результатом мертвых правил...»

Свободное нравственное чувство противилось тому, чтобы вопрос права разрешался лишь как арифметический пример, направленность римского духа на практические цели, его «мужественный правовой смысл» доказывали, что право есть не только умственная сила, но прежде всего воля, которая и придает праву действительный характер. Железная последовательность и упорный консерватизм вообще были характерны, по мнению Р. Иеринга, для раннего римского права: право не есть убеждение, мнение или знание, оно — не умственная, но нравственно-волевая сила. Здесь проявилась и особая манера римлян примирять неудобную последовательность с практическими по-

³⁹ Больц Н. Указ. соч. С. 127–128.

⁴⁰ См.: Вико Дж. Указ. соч. С. 471.

⁴¹ См. подробнее: Берлин И. Указ. соч. С. 389, 391, 394.

требностями, которая и позволила им развить до высокого уровня их юридическую технику: «Сила, порядок, единство стали заслуженным результатом такого подхода к праву»⁴².

Когда-то свободные народы, господа своей власти, как бы царствующие подопечные, слабые разумом в делах публичных, позволили руководить собой авторитету своих сенаторов, как бы опекунов. Так свободные по своей природе республики стали управляться аристократически. Но после того, как «могущественные» в народных республиках стали направлять общественный совет в личных интересах своего могущества и в целях личной пользы, народы дали могущественным возможность соблазнить себя, подчинить свою общественную свободу их властолюбию, и тогда возникли партии, начались восстания и гражданские войны, и во взаимном истреблении наций возникла форма монархии, подкрепленная «вечным и естественным царским законом» (Вико).

Вико напоминает: еще Помпоний в «Дигестах» говорил, что «под влиянием самого хода вещей основываются царства», и этот закон был воспринят народами в формулировке и на языке вечной пользы. Вот тогда-то и появляется тот единственный человек, вождь, который силой оружия берет на себя все общественные заботы. Чтобы такой человек в свободных республиках мог вознести себя до монархии, народ должен был разделиться на партии, поэтому монархии по самой своей природе управляются народно: сначала — законами, посредством которых монархии хотят уравнивать всех подданных, затем — соответственно той характерной особенности монархий, что суверены, подавляя могущественных, делают большинство свободным от угнетения последних, потом, соответственно другой своей характерной особенности — монархи стремятся сохранить в большинстве удовлетворенность и довольство, поддерживая жизненно необходимое в пользу естественной свободы. Наконец — посредством привилегий, которые монархии допускают или для отдельных лиц, или целых сословий: поэтому монархии по преимуществу и соответствуют естественной «человеческой природе наиболее развитого разума»⁴³.

Но принцип представительности, когда «немногие выражают волю большинства», кажется Вико все же более реальным и эффективным, чем принцип тождественности, соединяющий в единое целое волю господствующих и подвластных. «Отцы» выражали волю семейств, общины или корпорации — волю целого го-

сударства, часть представляла целое: суверен всегда персонифицирован и у него есть собственный закон и своя справедливость. Кроме того, монархия органична по своему происхождению, тогда как республика конструктивна и принципиально искусственна. «Отцовское» начало монархии почти природно и представляет собой настоящий конституционный принцип государственности. Ведь никакая конституция не следует и не возникает из коллективного обсуждения, права народов не бывают писаными ими, по крайней мере «писанные учредительные акты и основные законы суть лишь документы, объявляющие о неких предшествующих правах, о которых можно только сказать, что они существуют, потому что они существуют». Ведь у прав суверена и аристократии, как основных и учредительных, нет ни точной даты, ни именованных творцов: «Хотя писанные законы всегда являются лишь объявлением предыдущих прав, надобно еще многое для того, чтобы все, что может быть записано, становилось таковым», — и в каждой естественной конституции всегда есть нечто такое, что не может быть записано и что необходимо оставить в темной и почитаемой неясности.

Чем более пишется учреждающих актов, тем учреждаемое оказывается все более слабым: ведь «законы являются лишь заявлением о правах, а права заявляются только тогда, когда на них наступают», так что наличие множества конституционных законов всегда свидетельствует о множестве произошедших потрясений и наличии опасностей распада. Лишь те права, которые уже существовали в естественной конституции нации, ей удавалось успешно формулировать и развивать путем последующего принятия писанных основных законов. Но «конституция, которая якобы создана для всех наций, не годится ни для одной из них, это — только чистая абстракция и схоластическое произведение, с которым обращаются к общечеловеку в тех воображаемых пространствах, где он обитает»⁴⁴.

Де Местр повторяет слова апостола Павла: «Этот мир есть совокупность невидимых вещей, явленных взору». Догматические формулы не способны объяснить истину, поэтому первые христиане и считали недопустимым полное и буквальное ее изложение в словах: существуют некие таинственные законы, которые не следует разглашать, но следует почитать как таинство. (Здесь де Местр рекомендует обращаться к законотворческой практике масонства, убежденного в том, что вся тайна уже содержится в обоих Заветах. Избранники того и другого зако-

⁴² Иеринг Р. Указ. соч. С. 290, 292, 298.

⁴³ Вико Дж. Указ. соч. С. 419–420.

⁴⁴ См.: Местр Ж. де. Указ. соч. С. 82–88.

на определенно были посвященными: «А потому нам надлежит обращаться за ответом к этой почтенной древности, дабы узнавать, каким образом толковала она священные аллегории».)

Но и мистерии беззакония уже начинают действовать в мире видимым образом. В недалеком будущем будут совершаться чудовищные преступления, и «страшный владыка тьмы станет править железной рукой» (Лафатер). Но, рассуждая о революции, де Местр за неистовством «врага» угадывает силу Провидения: «Ни в одном событии человеческой истории Бог не являл себя так ясно и зримо. И если Он и употребляет для этого орудия самые низкие и презренные, то лишь потому, что карает ради очищения и возрождения». («Революция, — писал Юнг-Штиллинг, — есть Божье отмщение, вершимое через посредство злодеев».) Никогда порядок не бывает более зримым, а рука Промысла — более осязаемой, чем в те эпохи, когда на смену деятельности человека приходит высшая сила, которая начинает действовать сама по себе⁴⁵.

«Неправда», или несправедливость, в демократических государствах выражает свою волю в стремлении к фальсификации и потреблению, в государствах же самодержавных и тоталитарных правда притворяется, будто бы уже исключила из себя всякую неправду (Дж. Агамбен), но под терминами «суверенитет», «право», «общая воля», «демократия» уже скрывается реальность, не имеющая ничего общего с изначальным значением этих понятий. (Перманентно существующее чрезвычайное положение становится тогда правилом, а реальная «голая» жизнь является непосредственной носительницей «суверенного узла и как таковая... оставлена на произвол насилия»⁴⁶.) Следовало бы переосмыслить такие понятия, как суверенитет и конституционная власть, — все еще остающиеся в центре политической традиции. Ими пока еще отмечена «точка неразличимости между насилием и правом, ...правдой и неправдой, и как таковые они подразумевают не атрибут или орган в юридическом или государственном распорядке, а саму их изначальную доправовую структуру. Суверенитет — это только идея о существовании неразрешимого узла противоречия между насилием и правом и о том, что этот узел должен обязательно обладать парадоксальной формой решения о чрезвычайном положении» (К. Шмитт), при котором «закон (речь) поддерживает свою связь с жизнью, при этом удаляясь от нее, запрещая и оставляя ее на произвол собственного насилия

и собственной бессвязности... Суверенитет — это только охранник, препятствующий выходу на свет неразрешимого порога между насилием и правом»⁴⁷.

Суверен принимает окончательное решение об исключениях из норм и исключительном положении, он же определяет пределы социальной справедливости: суверен совершенно уверен в этом своем праве. Вико называл «божественным авторитетом» только такой, для которого у Провидения не требуется специального обоснования. Но за этим следовал «героический авторитет», скрытый в торжественных формулах законов. Вико приводит пример, когда по закону Публия Филона римский народ был провозглашен свободным и абсолютным носителем власти, тогда авторитет Сената стал «подобен авторитету опекуна, который подтверждал и санкционировал представленную народом формулу закона». Когда же республика переходит от народной свободы к монархии, тогда следует третий вид авторитета — «обращение к мудрости» и «авторитет совета», когда забота об общественном благе была предоставлена суверенному государю.

Полибий считал лучшей политической формой смешанную, в которой одновременно присутствуют и монархическое, и республиканское начало, Макиавелли же был убежден в превосходстве чистых форм, соответствующих своему времени и ситуации. Вико испытывал явную симпатию к аристократической форме, тяготевшей к монархии «нового типа». «В монархии нужно лишь немного людей, мудрых в делах государственных, чтобы совещаться в кабинетах. ...Монархи желают издавать законы соответственно естественной справедливости, уравнивая тем самым могущественных со слабыми — и это делает только монархия. Гражданская же справедливость, т.е. государственный смысл, становится понятной лишь немногим мудрецам в общественных делах и, соответственно своему вечному свойству сохраняется втайне внутри кабинетов»⁴⁸.

Монархия остается правлением, дающим «наибольшее отличие наибольшему числу людей»: суверенность при этом образе правления обладает достаточным блеском, чтобы передать часть его с необходимыми гарантиями множеству действующих лиц. В республике же суверенность совершенно неосязема, поскольку она есть сущность «чисто духовного свойства и ее величие нельзя передать кому-либо». Республика же по своей природе является правлением, дающим наибольшие права

⁴⁵ См.: Виат О. Жозеф де Местр // Местр Ж. де. Санкт-Петербургские вечера. СПб., 1998. С. 633–643.

⁴⁶ Агамбен Дж. Средства без цели. М., 2015. С. 113–114.

⁴⁷ Агамбен Дж. Указ. соч. С. 113–114.

⁴⁸ Вико Дж. Указ. соч. С. 288–390.

наименьшему числу людей, вкпе называемых сувереном, который сам более всех отнимает эти самые права у остальных, именуемых подданными: «Чем больше республика сближается с чистой демократией, тем больше это ее свойство будет впечатляющим» (Ж. де Местр)⁴⁹.

(«В республике, этом раю хилости, политические деятели — это законопослушные маленькие тираны. Сильная же личность законов не уважает. История оживляется лишь при встрече с ужасным и омерзительным и скучает, когда имеет дело с терпимостью, с либерализмом, с режимами, при которых темпераменты хиреют» (Сиоран). Главный порок демократии заключается в том, что она «позволяет первому встречному нацелиться на власть. Ничтожество безумцев и бессмысленных спорщиков делает возможными наши свободы, на которые покушаются сильные личности. Тогда республика, как будто ослепленная своим же будущим губителем, уже не верит в свои институты и не видит смысла в своем существовании: «Она путается в собственных законах, а законы, защищая ее врага, настраивают ее, вынуждая уйти в отставку. Изнемогая от избытка собственной терпимости, она щадит противника, который не пощадит ее, позволяет формулировать подтачивающие ее мифы, поддается нежным уговорам своего палача». Посредственности, которые делают возможным проявление свободы, не могут гарантировать ей долгую жизнь⁵⁰.)

Суверенность отождествляется в монархиях со справедливостью, поскольку обе являются естественными и природными образованиями. И здесь Вико блестяще проигрывает свою роль предтечи грядущего политического романтизма, формы, ставшей чуть позже главной альтернативой рационалистическому Просвещению, и романтики восприняли этот вызов. Как и Вико, Новалис был уверен, что монархия в лице государя является идеальным итогом всего государственного развития и что все остальные формы правления — только временные междуцарствия. «Наиболее здоровую конституцию при максимуме раздражений репрезентирует король, а при минимуме — отпетый циник. Чем больше они схожи, тем легче и неизменнее путают свои роли, тем больше их конституция приближается к идеалу конституции совершенной». Самая же совершенная конституция возникает посредством абсолютного соединения с абсолютным раздражением — любовью, — мечтательно иронизировал романтик⁵¹.

Новалис рассуждал: «Конституция интерес-

на только как буква... [«клочок бумаги», — повторял де Местр]. Что есть закон, как не волеизъявление любимой и почитаемой личности? Не нуждается ли мистический суверен, как любая идея, в символе, а какой символ достойнее и точнее милого и превосходного человека? ...Впрочем, лучше, когда король рожден, а не сделан». Король — такой же прочный жизненный принцип для государства, как солнце — для солнечной системы. Именно вокруг этого принципа сосредотачивается высшая жизнь государства, его световая атмосфера. «Король не является гражданином государства, а потому не является и государственным чиновником» (правда, Фридрих Великий не очень искренно заверял, что «он только первый слуга государства»). В том-то и состоит отличие монархии, что она основана на вере в человека, высшего по рождению, на добровольном предположении о существовании идеального человека, и придет время, когда все поймут, что «король не может существовать без республики, а республика без короля», что они нераздельны, как душа и тело, и что король без республики и республика без короля — пустые слова⁵².

(Парламентская или демократическая монархия, по мысли мистика и контрреволюционера Доносо Кортеса, остается фальшивой формой: ведь сама власть неделима и не является результатом взаимодействия форм, она — едина. Дробление власти никак не соответствует самому ее характеру, однако и голое всемогущество также не отвечает природе человека: «Власть не является властью, если она не едина, власть не является человеческой, если у нее нет границ».

Представительные органы, сами не обладая действительной властью, выполняют негативную функцию ограничения власти, возможности ее прямого воздействия на подданных: при действующей монархической власти парламент создает только хаос, поскольку власть монарха и парламента взаимно нейтрализуют друг друга. Упадок же парламентаризма означает не отступление к состоянию рабства, но победу, когда уже нет нужды господствовать, ведь «абсолютная монархия сама всегда была по сути демократической и религиозной»⁵³.)

Джамбаттиста Вико считал худшей тиранией анархию или «разнузданную свободу свободных народов», неизбежным итогом которой и становится грядущая «новая монархия»: «Так как всякие порядки и законы, изобретенные свободой, решительно бессильны направлять народ и обуздывать его, то в руке монарха при помощи оружия оказываются все порядки и все

⁴⁹ Местр Ж. де. Указ. соч. С. 145.

⁵⁰ См.: Сиоран. Указ. соч. С. 290–301.

⁵¹ Новалис. Вера и любовь // Фрагменты. СПб., 2014. С.137–138.

⁵² Новалис. Указ. соч. С. 124–127.

⁵³ Кортес Д. Сочинения. СПб., 2006. С. 41–46.

законы». Провидение пытается ограничить его бесконечную власть естественным порядком, но поскольку «народы, подобно скотам», привыкли думать только о личной своей пользе и живут «в наивысшей заботе о телесной преисполненности, как бесчеловечные животные», в состоянии безнадежных гражданских войн, то «их города снова превращаются в леса, а леса — в человеческие берлоги». И здесь в течение долгих веков варварства «покрываются ржавчиной подлые ухищрения коварных умов, которые варварством рефлексии сделали людей такими бесчеловечными зверями». Сам суверен превращается в деспота и тирана, заменяя собственной волей справедливость.

И если прежнее варварство чувств все-таки обнаруживало некую великодушную дикость, от которой можно было защититься борьбой или осторожностью, то новое «варварство рефлексии» с подлой жестокостью и под покровом лести и объятий посягает на жизнь и имущество своих близких и друзей. Суверен сбрасывает маску.

Провидение использует эту рассудочную ярость и злость в качестве своего последнего средства: и тогда люди настолько глупеют и тупеют, что чувствуют теперь лишь одну жизненную полезность, но не знают ни удобств, ни наслаждений и изысканности. Варварство рефлексии соблюдает только слово, а не дух законов и установлений, и если древнее варварство еще верило, что справедливым является то, что его поддерживало, а именно «звуки слов» и формулы, то новое варварство теперь знает, что «справедливо то, что имеют в виду установления и законы, но само же стремится обойти это суеверием слов»⁵⁴. (Вико перечислял отдельные институты, пришедшие из времен «первого варварства» в «варварство новое»: вернулись некоторые виды «божьего суда» — поединки, вернулись и героические разбои — титулом истинного политического господства стало вполне криминальное определение «корсар», вернулись и акты «героические возмездия» в виде религиозных войн (позднейшие варвары при взятии городов также прежде всего заботятся о том, чтобы «высмотреть, найти и унести знаменитые вклады или реликвии святых»⁵⁵.)

Индивидуум как таковой постоянно находится под властью случайностей. В совершенной демократии таких случайностей больше, в представительной демократии — меньше, в монархии же действует одна только произвольная судьба (Новалис). Но человек должен подчиняться только своим «собственным», лич-

ным законам, которые он внутренне приемлет: «Всякий истинный закон — это ведь мой закон, неважно, кем он сформулирован и установлен».

«Как вообще возникли сословия и гильдии?» — спрашивает Новалис и отвечает: «Из-за недостатка времени и сил у отдельного человека». А естественный и образцовый человек — это только поэтическая фантазия. Остается лишь одно — «создать человека искусственного: тогда и декреты общества становятся настоящими эманациями духа, а идеальный правитель — реальностью». Но большинство всегда выбирает правителями не самых совершенных, а чаще всего тупиц или проходимцев: у тупиц вульгарность срослась с естеством, сам он — классический образец человека толпы; прохиндеи же только подстрекают толпу. «Никакой дух тут не возродится, но зато возникает большая машина, косная и инертная, иногда пробиваемая интригой, догматики и прагматики дерутся здесь за бразды правления: но “деспотизм одного лица все же предпочтительнее этой деспотии...” — здесь хотя бы имеешь дело с правителем, играющим в открытую, там же, во-первых, не сразу разберешься, кто есть власть, а во-вторых, как лучше к ней подступиться». Терпимость же постепенно ведет к убеждению об относительности всякой позитивной формы — к полной независимости зрелого духа от индивидуальной формы, которая становится для него не более чем необходимым инструментом⁵⁶.

Суверенитет определенно сочетает в себе господство и служение, чем и оправдывает свое тождество со справедливостью. Господство же основывается на авторитете и насилии, служение — на самопожертвовании и долге. Вслед за Полибием Вико проследивает долгий исторический процесс политических превращений и форм суверена и основу всякой государственности усматривает во врожденной слабости отдельного человека — его политика, как и у Макиавелли, антропологична. Может быть, поэтому и древнейшая форма государственности — это единовластие, и именно к ней неизбежно и все время возвращаются исторические циклы политического? Черты же справедливости и возвышенности этой форме придает царская власть; у Вико понятие долга, так же как и у Полибия, является началом и концом всякой политической справедливости (у Полибия, правда, монархия и тирания отличаются от царской власти, сохраняя, однако, для себя эту политическую форму как некий идеальный тип). Но если понимать долг вообще как первооснову человеческих отношений, то «склады-

⁵⁴ Вико Дж. Указ. соч. С. 469–470.

⁵⁵ Вико Дж. Указ. соч. С. 440.

⁵⁶ Новалис. Указ. соч. С. 139–141.

вается неприятное ощущение, что человеческие отношения — грязное дело в принципе и что наша ответственность по отношению друг к другу так или иначе всегда основана на грехе и преступлении»⁵⁷. Но на этапе царской власти заканчивается период поступательного естественного развития государственности и начинается череда только «простых» и банальных форм государственного устройства, давно уже перечисленных Аристотелем.

Что же касается демократии, в которой настоящему «человеческого» было более всего,

ее разложение начинается уже в третьем поколении (Полибий), когда демагоги окончательно разлагают народ, порождая власть толпы. В образовавшейся охлократии лидеры стремятся лишь к неограниченной личной власти, и тогда в результате вновь возникает правление одного, при этом ни Полибий, ни Вико так и не уточняют, будет это правление монархией или тиранией. Во всяком случае, с этого момента цикл превращения начинается сызнова: внешние формы правления постоянно меняются, суверен же остается и вечно присутствует, меняя только свои маски.

⁵⁷ Гребер Д. Долг: первые 500 лет истории. М., 2015.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. Агамбен Дж. Средства без цели. — М., 2015.
2. Батай Ж. Последний день перед постом // Коллеж социологии. — СПб., 2004.
3. Берлин И. Подлинная цель познания. — М., 2002.
4. Болъц Н. Размышления о неравенстве. — М., 2014.
5. Виат О. Жозеф де Местр // Местр Ж. де. Санкт-Петербургские вечера. — СПб., 1998.
6. Вико Дж. Основания новой науки об общей природе наций. — Л., 1940.
7. Гадамер Х-Г. Истина и метод. — М., 1988.
8. Гердер И. Г. Идеи к философии истории человечества. — М., 1977.
9. Гребер Д. Долг: первые 500 лет истории. — М., 2015.
10. Зеллин Ф. Политика // Словарь основных исторических понятий. — М., 2014. — Т. 1.
11. Иеринг Р. Дух римского права // Избранные труды. — СПб., 2006. — Т. II.
12. Кортес Д. Сочинения. — СПб., 2006.
13. Кроче Б. Макиавелли и Вико // Антология сочинений по философии. — СПб., 1999.
14. Мейнеке Ф. Возникновение историзма. — М., 2004.
15. Местр Ж. де. Рассуждения о Французской революции. — М., 1999.
16. Новалис. Вера и любовь // Фрагменты. — СПб., 2014.
17. Ноде Г. Наука для государей, или Политические соображения о государственном перевороте // Иванова Ю. В., Соколов П. В. Кроме Макиавелли. — М., 2014.
18. Савиньи Ф. К. Система современного римского права. — М., 2011. — Т. 1.
19. Сиоран. Испытание существованием. — М., 2003.
20. Тойнби А. Постигание истории. — М., 1991.
21. Токвиль А. Демократия в Америке. — М., 1992.
22. Фулье А. Ницше и имморализм. — М., 2006.
23. Чемберлен Х. С. Основания XIX столетия. — СПб., 2012. — Т. I.
24. Шмитт К. Государство и политическая форма. — М., 2010.

Материал поступил в редакцию 25 мая 2015 г.

MASKS OF THE SOVEREIGN: "REPUBLIC" — "MONARCHY"

ISAYEV Igor Andreyevich — Doctor of Law, Professor, Head of the Department of History of the State and Law of Kutafin Moscow State Law University (MSAL), Honored Scientist of Russia [kafedra-igp@mail.ru]
123995, Russia, Moscow, ul. Sadovaya-Kudrinskaya, 9.

Review. The Article analyzes the historical process of transformation of political forms and their correlation with such a phenomenon as sovereignty. The research is based on the concept developed by half-forgotten Italian thinker and jurist Giambattista Vico and the theories of sovereignty formulated by Joseph de Maistre and Alexis de Tocqueville, famous ideologists of the Counter-Revolution. A kind of "matrix" of the political forms of those ideologies had always been the image of Rome as a political and multidimensional system, where such principles as "republicanism" and "monarchism" that made a decisive impact on the further development of Europe were legally established. The change of political forms did not affect, however, the essence of statehood that was represented in the form of sovereignty.

Sovereignty implies freedom and equality, two principles that complement and contradict each other. The French Revolution rather quickly demonstrated that equality as a political factor comes into conflict with political freedom. The processes of state centralization based on political and legal equality give rise to authoritarian tendencies that change the initial goals of the Revolution. Republican origins turn out to be not identical to democratic origins. Monarchies of "new type" are always ready to replace republics.

Sovereignty creates its own understanding of fairness, which is the fundamental concept of law. But for the monarchy and the republic fairness means separate concepts of law and justice. Over time, the new concept of "social justice" appears. This concept supersedes positive law and the political definition of fairness. The Revolution became the turning point in that process. At the same time, Vico's relativistic views on the political form and justice were supported by emerging political Romanticism in Europe that opened up new perspectives for political and legal theory and practice.

Sovereignty as a special legal status may be expressed in both individual and collective forms. Sovereignty is not identical to the dictatorship, although it contains an element of domination. The dictatorship presupposes its existence for a certain period of time and the situation of emergency, whereas sovereignty claims to be eternal, or, at least, to last for a long time. Sovereignty does not coincide with the independence, the latter tend to focus on the state of freedom and self-determination, whereas sovereignty always tends to hegemony. «Masks» of the sovereignty are diverse, but its essence remains indispensable. Sovereignty forms the environment of integrity and requires all powers to be concentrated in one center. The institute of representation is of secondary importance for sovereignty. Political attention is focused on a unified subject of domination. Monarchical and republican forms of government are rather amorphous and undetermined to be directly and unambiguously related to the concept of sovereignty. With regard to the legal sphere, sovereignty, being itself a product of law, forms norms and institutions that affect the context that surrounds sovereignty. The legislature establishing the sovereignty characterizes the activity of both collective and individual sovereign. The history of monarchies and republics is very similar because of these features of sovereign existence.

Keywords: *sovereign, norm, representation, monarchy, republic, legitimacy, legality, dictatorship, power, subject of law, political freedom, lawfulness, justice, sovereignty, democracy, authority, tyranny, equality, freedom.*

BIBLIOGRAPHY

1. Agamben G. Means without End. M., 2015.
2. Bataille G. The Last Day Before Lent // College of Sociology. SPb., 2004.
3. Berlin I. The Proper Study of Mankind. M., 2002.
4. Bolz N. Discourse of Inequality. M., 2014.
5. Viatte, Auguste and Joseph de Maistre// de Maistre J. Sankt-Peterburgskiy vechera. SPb., 1998.
6. Vico G. Principles of the New Science of Common Nature of Nations. L., 1940.
7. Gadamer Hans-Georg. Truth and Method. M., 1988.
8. Herder, Johann Gottfried. Ideas to the Philosophy of History of Mankind. M., 1977.
9. Graeber, David. Debt: The First 5,000 Years. M., 2015.
10. De Maistre, J. Discourse of the French Revolution. M., 1999.
11. Sellin F. Policy. // Dictionary of basic historical concepts. M., 2014. vol. 1.
12. Ihering R. Spirit of Roman Law // Selected works. SPb., 2006. vol. I.
13. Ihering R. Spirit of Roman Law // Selected works. SPb., 2006. vol. II.
14. Corteš D. Works. SPb., 2006.
15. Croce B. Machiavelli and Vico. // Anthology of essays on philosophy. SPb., 1999. Meinecke F. The Emergence of historism. M., 2004.
16. Novalis. Faith and love // Fragments. St. Petersburg., 2014
17. Mr. Naudet Science for sovereigns and political considerations about the coup // Ivanova Y., Sokolov P.V. Besides Machiavelli. M., 2014.
18. Savigny F.C. System of Modern Roman Law. vol. 1. M., 2011.
19. Cioran. The Temptation to Exist. M., 2003.
20. Toynbee A. Study of History. M., 1991.
21. Tocqueville A. Democracy in America. M., 1992.
23. Fouillee A. Nietzsche and immorality. M., 2006.
24. Chamberlain H.S. Grounds of XIX century. SPb., 2012. vol. I
25. Schmitt K. The State and political form. M., 2010.

В. Г. Баев*, А. Н. Марченко**

НОРМАТИВНОСТЬ И АВТОРИТАРНОСТЬ: ТРАКТОВКА ПРОФЕССОРА И. А. ИСАЕВА***

Аннотация. В статье анализируется научное творчество известного российского историка государства и права, профессора И. А. Исаева, который является одним из самых глубоких исследователей метафизических оснований категорий власти, господства и права в их исторической ретроспекции. Его перу принадлежит ряд работ («Метафизика власти и закона» (М., 1998), «*Politica hermetica*: скрытые аспекты власти» (М., 2000), «Власть и закон в контексте иррационального» (М., 2006), «Господство: очерки политической философии» (М., 2008), «Топос и номос: пространства правопорядков» (М., 2011), «Нормативность и авторитарность. Пересечения идей» (М.: Норма, 2014)), объединенных общей исследовательской проблематикой. Акцентируя внимание на последней книге, авторы статьи отмечают, что публикации И. А. Исаева отличаются разносторонним философским материалом и разноплановыми источниками, исследуют «волю к власти» как философско-правовую проблему, критически осмысливают современное либерально-демократическое общество, возводя его генеалогию к идеям и практике Великой французской революции конца XVIII века.

Авторы разделяют многие позиции И. А. Исаева, отмечают его глубокое проникновение в описываемую эпоху, высокую степень начитанности, образный метафорический стиль изложения. Рецензенты с пониманием оценивают точку зрения И. А. Исаева, обвиняющего современное либеральное общество и «правовое государство» в создании «деспотизма нового типа», жестокого, «исторически централизованного», холодного и страшного. Вместе с тем указывают на то, что И. А. Исаев уходит от ответа на вопрос, что должно прийти на смену этому Левиафану, существуют ли альтернативы «нормативному принуждению»? Есть ли среди известных нам, реально существующих и ранее существовавших обществ более совершенные, чем современное либеральное общество? Есть ли хотя бы теоретическая возможность создать принципиально новое, лишённое неизбежных противоречий государство?

Ключевые слова: Исаев, государство, общество, господство, власть, право, норма, идея, авторитаризм, либерализм.

DOI: 10.17803/1729-5920.2015.109.12.025-029

© Баев В. Г., Марченко А. Н., 2015

* Баев Валерий Григорьевич, доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой трудового и предпринимательского права Тамбовского государственного технического университета

[baev@nnn.tstu.ru]

392000, Россия, г. Тамбов, ул. Советская, д. 106

** Марченко Алексей Николаевич, кандидат юридических наук, доцент кафедры гражданского права и процесса Тамбовского государственного технического университета

[baev@nnn.tstu.ru]

392000, Россия, г. Тамбов, ул. Советская, д. 106

*** Размышления по поводу книги: Исаев И. А. Нормативность и авторитарность. Пересечения идей: монография. М.: Норма, 2014. 432 с.

Проблематика власти и господства, их сущности и соотношения с правом (нормой) — одна из самых обсуждаемых тем в отечественном философском и теоретико-правовом дискурсе. Позитивистский взгляд воспринимает юридическую норму без затруднений, ее содержание и действие представляются всем очевидными. Однако позиции философов и теоретиков права в отношении природы правовой нормы далеко не так однозначны.

Профессор И. А. Исаев, заведующий кафедрой истории государства и права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), является, наверное, одним из самых известных и глубоких исследователей метафизических оснований категорий власти, господства и права. Его перу принадлежат такие работы, как: «Метафизика власти и закона» (М., 1998), «Politica hermetica: скрытые аспекты власти» (М., 2000), «Власть и закон в контексте иррационального» (М., 2006), «Господство: очерки политической философии» (М., 2008), «Топос и номос: пространства правопорядков» (М., 2011). В этом же ряду стоит недавно вышедшая монография «Нормативность и авторитарность. Пересечения идей» (М.: Норма, 2014), которая, по всей видимости, представляет квинтэссенцию исследовательской проблематики И. А. Исаева. Указанные книги не для легкого чтения. Построенные на разностороннем философском материале, они исследуют «волю к власти» как философско-правовую проблему, критически осмысливают современное либерально-демократическое общество, возводя его генеалогию к идеям и практике Великой французской революции конца XVIII века. При ознакомлении с научным творчеством И. А. Исаева мы особенно внимательно рассмотрим в последнюю из отмеченных книг.

Рассуждая об идейных истоках этой революции, профессор И. А. Исаев старается уловить пронизывающее все французское общество «неумное тяготение к бессознательному, изначальному, темному и глухому, к “низу”»; «человека тянет к обнаружению мира, лежащего ниже всего живого» (хотелось бы понять, чего именно?). Понимание текста еще более затрудняется при обращении автора к современной психологии, которая «открывает в человеке мрачную отдушину подвала и, разоблачая низменный характер возвышенных страданий, унижает человека и втоптывает его в грязь (Бердяев)»; «сознание закрывается перед трансцендентным “сверху” и открывается бездне “снизу”» (с. 13).

Препарируя скальпелем исследователя подобные явления на сверхчувственном метафизическом уровне, автор не поясняет, что он

вкладывает в содержание понятий «верха» и «низа»; между тем им целиком посвящен первый параграф монографии под названием «Романтическое введение: “верх” и “низ”». Предположительно можно утверждать, что профессор И. А. Исаев рассматривает буржуазные революции как проявление сил хаоса, результат их действия. Наш вывод отчасти подтверждается ссылкой автора на мнение выдающегося историка искусства XX века Ханса Зедльмайера¹: «В целом же тяжелый конфликт между строгим сверх-Я, воплощаемом в “моральном законе в нас”, и “дикими хаотическими импульсами” достигает своего предела: это — сущность нарождающегося романтизма, но это же — предвестие революции, истоком которой было не одно только Просвещение»; «Символом времени становится Луна» (с. 5) (здесь вновь возникает недопонимание, вызванное отсутствием ссылок на источники, а именно: каким образом и в каком качестве Луна стала символом рассматриваемой важной и сложной эпохи?).

Предполагаем, что рецензируемое исследование испытало сильное влияние идей философов-спиритуалистов вроде упоминаемого в монографии Жан-Мари Гюйо и мистиков типа Рене Генона, автора так называемой доктрины Примордиальной Традиции², откуда и могли быть восприняты концепции «верха» — «низа». Под «низом» И. А. Исаев, возможно, подразумевает масонские общества, на которых лежит ответственность за организацию Французской революции. Во всяком случае, он утверждает, что «любая постоянная общественная группа, народ — это только непосвященные, в отличие от группы посвященных, более узкой, сплоченной и все видящей. На этой науке, или “королевском искусстве”, франкмасонов базировалась и новая власть, воздействующая на электорат бессознательным и механическим образом. Настоящими кукловодами и манипуляторами становились агенты кружков» (с. 25).

Возьмем на себя смелость представить собственную оценку категорий «верха» и «низа», которые, вероятно, связаны с этической мыслью эпохи Просвещения и Великой французской революции. При этом сошлемся на книгу М. Оссовской «Рыцарь и буржуа. Исследования по истории морали» (М., 1987). В ней отмечается, что во второй половине XVIII века философско-этическая мысль Европы рассматривала биологическую природу человека, которая прежде считалась «низменной» и нуждающейся в системе ограничений, и его естественные права (в том числе на предпринимательскую

¹ См.: Зедльмайер Х. Утрата середины : пер. с нем. М., 2008.

² Ссылка на Рене Генона дается на с. 27 монографии.

деятельность) в качестве фундамента для принципиально новой, освобожденной от влияния традиций и религии этики, которая была призвана преобразить мир. По сравнению с «одухотворенной» религиозной моралью, призывающей к нестяжанию и самопожертвованию, а также с «благородной» рыцарской моралью, требующей отдать свою жизнь на поле брани либо во имя чести, этическая концепция, оправдывающая примитивный эгоизм и, более того, провозглашающая погоню за прибылью «двигателем прогресса», несомненно, может быть названа «низом». «Низменный» эгоизм здесь воспринимается как «невинное стремление к самосохранению».

Полемизируя с автором, отметим, что обращение человечества от «верха» к «низу» — не плод заговора «малого народа» (О. Кошен) или масонов (а также других тайных обществ)³. Рассматриваемая эпоха не является неким «кризисом цивилизации». Это исторически закономерный переход от одной формации к другой (К. Маркс), от Старого порядка к Новому (А. де Токвиль), сопровождавшийся насилием, которое Маркс назвал «повивальной бабкой прогресса».

Разделят ли автор и читатели книги нашу гипотезу, мы не знаем. Но мы солидарны с точкой зрения И. А. Исаева, оценивающего события рубежа XVIII–XIX веков в Европе (как и начала XX века) в качестве «исторической эпохи — архетипа во всей ее конкретности». Бесспорна также справедливость авторского утверждения, что «в промежутке между этими вехами и началась та современность, которая пока не закончилась» (с. 7). И. А. Исаев видит в революционном терроре закономерное следствие эпохи Просвещения с ее верой в человеческий Разум, Науку и Норму (закон) — «новой метафизикой XX века» (с. 6). При глубоком размышлении над этой мыслью можно согласиться с тем, что «противоречия данной эпохи сохраняются до сих пор в виде взаимоисключающих тенденций (индивидуализма и авторитарности (коллективизма), «разрывающих» современный мир и цивилизацию». Однако приходится строить догадки относительно того, почему «крайний индивидуализм (либерализм) и крайний коллективизм (тоталитаризм) разлагают подлинную персональность и подлинную общность на униформу и анархию» (с. 7)?

Нам понятен авторский вывод о том, что идеи естественного права, которыми вдохнов-

лялись мыслители Просвещения и вожди буржуазных революций, на практике оказались малоэффективными для регулирования общественных отношений. Эти идеи фактически подменили нормативные акты, принятые исходя из соображений целесообразности: следовательно, «естественное право» исчезает в архитектурных конфигурациях сводов и кодификаций. Норма стала «кирпичиком» правового здания» (с. 7). Образность и красота авторских рассуждений достойны восхищения. Но о чем они? О невозможности идеального государства, построенного на прочном фундаменте из естественно-правовых норм?

И. А. Исаев оценивает авторитаризм как «несомненное порождение демократии и правового нормативизма»; обосновывает идею о том, что «принудительная нормативность всегда порождает авторитаризм в политике», ибо «из декларативных принципов, облеченных в абстрактные формулы, неожиданно прорастает незнакомый и мощный феномен, который питает императивность и беспрекословность нормирования: воля, “воля к власти”»; «воля окончательно побеждает идею» (с. 8). Само «нормативное насилие... питается волей к власти». «Воля преобразует и саму норму, придавая ей все черты исключительной принудительности, как мотивированной, так и немотивированной». А законодательная политика — «политика нормирования» — «становится инструментом власти, не более того»⁴.

Автор объясняет это тем, что юридической «норме внутренне присуще насилие. Вопрос заключается только в размерах и пределах насилия. Сама норма не стремится их устанавливать для себя, и предел может быть положен только другой нормой, столь же императивной. <...> Под маской “ночного сторожа” либеральное государство рождает новый тип деспотизма, “технического и массового”, но от этого не менее жестокого и исторически централизованного» (с. 427). «Силы, которые им двигали, были невидимы и страшны. Его расчеты строились на индивидуализме, холодном математическом и абстрактном, который всегда мог превратиться в механический коллективизм» (с. 428).

Итак, норма в концепции И. А. Исаева всегда является принудительной, а государство всегда существует благодаря насильственному

³ По мнению французского историка О. Кошена, революция была плодом деятельности «малого народа» — интеллектуальной элиты, «философов», организованных в систему обществ (включая масонские ложи). См.: Исаев И. А. Нормативность и авторитарность. Пересечения идей. М., 2014. С. 24–25.

⁴ Здесь необходимо упомянуть о статье Н. А. Лопашенко, где раскрывается противоречивость отечественной уголовно-правовой политики и указано на профанацию нашего уголовного законодательства вследствие перекосов и превращения закона в «погремушку для власти». См.: Лопашенко Н. А. Уголовная политика по принципу «Чего изволите?», или Уголовный закон как средство решения всех проблем // Вестник Моск. ун-та. 2015. № 1. С. 44–55.

претворению нормы в жизнь с использованием ресурсов государственного принуждения. Новизну этого вывода можно поставить под сомнение. Классики марксизма тоже рассматривали государство как организацию, инструмент для подавления непокорных классов, а право — как элемент надстройки, служащий интересам господствующего класса: «социализм ожидал “выветривания” и исчезновения права уже в обозримом будущем» (с. 427).

Для доказательства своих тезисов профессор Исаев апеллирует к Мишелю Фуко, который считал, что власть имманентна общественному телу (с. 223). Никакое общество не может быть застраховано от превращения в тоталитарную диктатуру, так как оно уже содержит в себе модель тотальной институции — «карцера-паноптикума» и «карцерного архипелага», перерабатывающего человеческую массу и прививающего ей стойкие навыки подчинения. «Мы видели, что тюрьма преобразовала карательную процедуру в пенитенциарную технику. Карцерный архипелаг переносит эту технику из тюремного института на все общественное тело»⁵.

По Фуко, государственный механизм буржуазного общества служит как «нормализации» отдельных личностей (например, «исправление» делинквента), так и обучению широких масс навыкам поведения, установкам, нормам и ценностям, усвоение которых обеспечит успешное выполнение данной группой населения ее общественных функций. «Благодаря новой экономике власти карцерная система, являющаяся ее основным инструментом, сделала возможным возникновение новой формы “закона” — нормы... Мы живем в обществе учителя-судьи, врача-судьи, воспитателя-судьи и социального работника-судьи; каждый индивид, где бы он ни находился, подчиняет ему свое тело, жесты, поведение, поступки, способности и успехи... Карцерная ткань общества обеспечивает как реальное присвоение тела, так и постоянное наблюдение за ним...»⁶ Система дисциплинарных институтов массово воспроизводит индивидов, оставляя в их поведении четкие следы в виде привычек («муштруемое тело»).

Близкой по духу к теории Фуко является концепция «первичного произвола» Пьера Бурдьё, французского социолога, этнолога, философа и политического публициста, одного из наиболее влиятельных социологов XX века. Бурдьё утверждал, что указанный «произвол» (акт насилия) лежит в основе всякого социального института (в том числе государства и права). По мнению Бурдьё, вследствие первичного акта насилия воз-

никает социальный институт. Затем с течением времени (несколько поколений) люди забывают о том, что указанный институт возник благодаря насилию, и воспринимают его как законный и традиционный. Указанное явление П. Бурдьё назвал «социальной амнезией».

В нашем представлении И. А. Исаев близок к указанным выше мыслителям-модернистам, которые критично относятся к институту государства и юридическим нормам, ибо государственно-правовой механизм предусматривает, осуществляет и легитимирует насилие. Однако вполне обоснованная критика государства (как механизма для угнетения) и правовой нормы (как оправдывающей насилие) вызывает ряд вопросов.

Например, каким было человеческое общество до «первичного произвола», установившего власть государства и нормы? Является ли эпоха до «насильственного правоустанавливающего акта» своеобразным «золотым веком» или отношения власти-подчинения рождаются вместе с человечеством и появление легитимного насилия в результате «первичного произвола» является прогрессом, «уничтожившим большее зло с помощью меньшего зла»?

И. А. Исаев утверждает, что «из революции рождалась Норма, господство которой подкреплялось верой в Науку и Разум — и это была новая метафизика власти XIX века» (с. 6). Однако нам не удалось обнаружить в монографии оценки автором «Старого порядка», тем более сравнительной характеристики «Старого порядка», революционной эпохи и послереволюционного периода. Был ли режим французского абсолютизма большим или меньшим злом по сравнению с революцией? Исследователю, характеризующему революционную эпоху во Франции, нельзя уклоняться от сравнительной характеристики старого и нового режимов.

Подводя итог размышлениям над книгой, отметим, что в монографии рассматривается сложнейший комплекс философско-правовых проблем. Автор справедливо обвиняет современное либеральное общество и «правовое государство» в создании «деспотизма нового типа», жестокого, «исторически централизованного», холодного и страшного. Непонятно только, что должно прийти на смену этому Левиафану, существуют ли альтернативы «нормативному принуждению»? Есть ли среди известных нам, реально существовавших обществ более совершенные, чем современное либеральное общество? Наличествует ли хотя бы теоретическая возможность создать принципиально новое, лишенное неизбежных противоречий государство? Ответы на эти вопросы монография не дает.

⁵ Фуко М. Надзирать и наказывать : Рождение тюрьмы. М. : Ad Marginem, 1999. С. 437–439.

⁶ Фуко М. Указ. соч. С. 447–449.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. Зедльмайер Х. Утрата середины : пер. с нем. — М., 2008.
2. Исаев И. А. Нормативность и авторитарность. Пересечения идей. — М. : Норма, 2014.
3. Лопашенко Н. А. Уголовная политика по принципу «Чего изволите?», или Уголовный закон как средство решения всех проблем // Вестник Моск. ун-та. — 2015. — № 1.
4. Фуко М. Надзирать и наказывать : Рождение тюрьмы. — М., 1999.

Материал поступил в редакцию 4 ноября 2015 г.

NORMATIVITY AND AUTHORITATIVENESS: INTERPRETATION OF PROFESSOR ISAYEV I.A.

Reflections on the book:

Isayev Igor Andreevich: Normativity and authoritativeness. Intersection of ideas: Monograph – M.: Norma, 2014. — p.432

Bayev Valery Grigoryevich — Doctor of Law, Professor, Head of the Department of Labor and Business Law of Tambov State Law University.

[baev@nnn.tstu.ru]

392000, Russia, Tambov, ul. Sovetskaya, d. 106.

Marchenko Aleksey Nikolayevich — Ph.D. in Law, Associate Professor of the Department of Civil Law and Civil Procedure of Tambov State Law University

[baev@nnn.tstu.ru]

392000, Russia, Tambov, ul.Sovetskaya, d. 106.

Review. *The Article analyzes the scientific work of Professor Isayev I.A., a famous Russian historian of the state and law. Professor Isayev is one of the most profound scholars researching metaphysical foundations of categories of power, domination and law retrospectively. He is the author of a number of works united by common research issues («Metaphysics of power and law» (M.,1998), «Politica-hermetica: hidden aspects of power» (M., 2000), «Power and law in the context of the irrational» (M., 2006), «Domination: Essays on Political » (M., 2008), «Topos and nomos: spaces of law and order» (M., 2011), «Normativity and authoritativeness. Intersection of ideas» (M.: Norma, 2014). With a particular focus on the last book, the Authors of the review note that the works by I.A. Isayev contain versatile philosophic material and diverse sources, explore the "will to power" as a philosophical and legal problem; criticize contemporary liberal-democratic society referring its "genealogy" to the ideas and practices of the French Revolution of the XVIII century. The Authors of the review share Isayev's approaches and note his deep insight into the described era, his high degree of erudition and figurative metaphorical writing style. The reviewers understand Isayev's opinion that blames a contemporary liberal society and a "rule-of-law state" for creating the "despotism of a new type", which is cruel, "historically centralized", cold-blooded and scary. However, reviewers indicate that Isayev I.A. evades the answer to the question what should replace this Leviathan, whether any alternatives to "nominative (regulatory) compulsion" exist. Are there any known to us modern societies or societies that existed earlier that are more advanced than a modern liberal society? Is there at least theoretical possibility to establish an absolutely new society that lacks inevitable contradictions of the state?*

Keywords: *Isayev, the state, society, domination, power, law, norm, idea, authoritarianism, liberalism*

БИБЛИОГРАФИЯ

1. Sedlmayr H. The lost center. Trans. from Germ. M., 2008.
2. Isayev I.A. Normativity and Authoritativeness. Intersection of ideas. M., 2014.
3. Lopashenko N.A. Criminal policy on the principle of "What would you like?" or the criminal law as a means of solving all problems "// Vestn.Mosk.un-ta. 2015, no. 1.
4. Foucault M. To Discipline and Punish: The Birth of the Prison. M., 1999.

ЮРИДИЧЕСКОЕ ПРОТИВОДЕЙСТВИЕ И ЮРИДИЧЕСКОЕ СОДЕЙСТВИЕ КАК ПАРНЫЕ ПРАВОВЫЕ КАТЕГОРИИ**

Аннотация. В отличие от мер юридического противодействия противоправному поведению, в силу идущей от советского обществоведения и правовеждения традиции преувеличения борьбы, противоречий и гипертрофирования роли принуждения в праве остается мало разработанным противоположный тип правовых взаимодействий — юридическое содействие реализации прав и законных интересов.

Использование метода парных правовых категорий, который ориентирует исследователя на поиск недостаточно изученных свойств одной категории при достаточной изученности другой, парной ей, категории, способно восполнить познавательные пробелы методом от противного.

Автором обосновываются выводы о том, что исследование юридического содействия и юридического противодействия развивает и дополняет учение об информационно-психологическом механизме действия права, коммуникативный и инструментальный подходы в праве; юридическое противодействие и юридическое содействие являются парными правовыми категориями, поскольку они: имеют общие черты (объект, цель и др.), различия (предмет, средства и др.), внутренне диалектически взаимосвязаны и взаимодействуют в качестве противоположных правовых реакций на поведение (деятельность) субъектов права, противоположных и типобразующих начал правового взаимодействия. Юридическое противодействие может одновременно выступать юридическим содействием и, наоборот, в том числе при взаимоисключении правовых целей участников правового взаимодействия, когда юридическое содействие достижению целей одного лица выступает юридическим противодействием достижению правовых целей другого; юридическое содействие может превращаться в юридическое противодействие; они могут взаимопроникать друг в друга.

Аргументированы позиции о допустимости понимания юридического содействия и противодействия как прямых (целенаправленных), так и косвенных (возникающих фактически) типов правового взаимодействия; о необходимости различения юридического содействия и юридического противодействия как правовых деятельностей, направленных на социально полезные цели, и юридического воспрепятствования и пособничества как негативных, противоправных явлений.

Ключевые слова: правовое взаимодействие, юридическое содействие реализации прав и законных интересов, юридическое противодействие, действие права, правовая жизнь, правовое регулирование, теория права.

DOI: 10.17803/1729-5920.2015.109.12.030-042

© Панченко В.Ю., 2015

* Панченко Владислав Юрьевич, кандидат юридических наук, доцент кафедры теории государства и права Сибирского федерального университета [ranchenkovlad@mail.ru]

660041, Россия, г. Красноярск, пр. Свободный, д. 79.

** Статья подготовлена при финансовой поддержке Российского гуманитарного научного фонда, проект № 13-13-24005.

Для правовой науки и практики являются устоявшимися многие понятия, описывающие правовые взаимодействия по типу противодействия противоправному (неправомерному) поведению: меры защиты, меры пресечения, меры процессуального обеспечения, меры безопасности, контроль, надзор, иные меры правового принуждения; борьба с преступностью; правовой (юридический) конфликт и т.д. В нормативных правовых актах, юридической литературе и правовом общении юристов-практиков последних лет отдельные комплексы преимущественно принудительных правовых средств прямо именуются противодействием (преступлениям, иным правонарушениям, коррупции, терроризму, экстремисткой деятельности легализации (отмыванию) доходов, полученных преступным путем, незаконному обороту наркотических средств и психотропных веществ, расследованию преступлений и т.д.).

В то же время из предметного поля системного научного юридического анализа выпал противоположный тип правовых взаимодействий — юридическое (правовое) содействие правомерной, социально-полезной деятельности субъектов права, т.е. реализации их прав (свобод) и законных интересов.

Такое положение признать правильным нельзя не только с позиций причин, объясняющих недостаточность внимания ученых-юристов к проблематике юридического содействия (идущая от советского обществоведения традиция преувеличения борьбы, противоречий в социальной жизни, а в юриспруденции — гипертрофирование роли принуждения в праве), но и с методологических позиций.

Использование диалектического метода исследования правовых явлений подразумевает возможность совместного изучения средств, мер, способов юридического противодействия и юридического содействия, выявление их общих черт, различий, взаимодействия, взаимопереходов и других аспектов. Наличие правового явления (А) должно наводить исследователей на поиск среди правовых процессов и явлений, не являющихся А (не-А), его противоположности, находящейся в отношениях противоречивого единства с А. К правовому противодействию и правовому содействию может быть применен уже успешно себя зарекомендовавший в юриспруденции *метод парных правовых категорий*, построенный на основе закона единства и борьбы противоположностей, выражающийся в том числе в построении познавательных антиномий-противоречий, их описании, разрешении, установлении закономерностей их функционирования.

Парные правовые категории (антиномии) как проблемы, в отличие от формально-логических противоречащих высказываний, выполняют эвристическую функцию в процессе познания, в них констатируется не совокупность одновременно истинных утверждений, но проблема, которую необходимо решить. При этом разрешение проблемы происходит не посредством формалистических манипуляций над входящими в нее предикатами, а путем «исследования фактических состояний и процессов»¹.

Антиномичность, парность, двоичность, бинарность явлений природы, общества и познания возникла на заре научного познания мира. С помощью бинарного анализа, пишет М. Уваров, «обнаруживается тот изначальный опыт, через который современные смысловые формы запечатлевают в себе зримые черты уже состоявшихся закономерностей культурного бытия»².

А. М. Зверев выделяет следующие свойства системы парных категорий диалектики: тождественность по классу; всеобщность и универсальность; симметричность категорий (парные категории можно переставлять местами относительно друг друга, например, если взять парную категорию «пространство — материя», можно говорить либо «пространственная материя», либо «материальное пространство»); логическая взаимозависимость. При этом, отмечает А. М. Зверев, все категории, входящие в систему парных, находясь в отношении единства и взаимодействия противоположностей, создают третью универсальную категорию³.

Одним из первых проблему парных категорий в праве поднял А. М. Васильев, который совершенно справедливо отмечал, что «рассмотрение в составе понятийного аппарата любой науки определенных категорий и понятий как парных уже само по себе отражает диалектику отношений между выражаемыми и изучаемыми ими соотносимыми явлениями, *прокладывает дорогу для выяснения связей между их противоположными сторонами, открывает путь познания закона их взаимодействия и единства*. Иначе говоря, это путь выражения диалектики, ее ядра в реальных процессах и явлениях; «весь опыт познания, накопленный

¹ Нарский И. С. Проблема противоречия в диалектической логике. М., 1969. С. 44; Он же. Противоречия как движущая сила развития научного познания // Философские науки. 1981. № 1. С. 65–70.

² Уваров М. Бинарный архетип. Эволюция идеи антиномизма в истории европейской философии и культуры. СПб., 1996. С. 17.

³ Зверев А. М. Диалектика онтологии // URL: <http://zvarev-kazan.narod.ru> (дата обращения: 25.04.2014).

научой, свидетельствует о том, что взаимосвязь парных явлений существует лишь в их противоположностях, а объединение — в их разъединении, что противоположность и разъединение парных явлений мыслимы только в пределах их взаимной связи и объединения»⁴. В качестве парных категорий в юриспруденции рассматриваются норма права и правовое отношение, материальное и процессуальное право, частное и публичное право, права и обязанности, правовые стимулы и правовые ограничения, специализация и унификация законодательства, поощрение и наказание, действие и бездействие, правомерное и неправомерное поведение, правовое и индивидуальное регулирование общественных отношений и др. Не случайно использование парных правовых категорий называют методологическим ресурсом правоведения⁵, который на сегодняшний момент далеко не исчерпан.

Парные юридические категории — такая логическая форма (особая пара понятий), которая имеет целью отразить в общей теории объективное единство и взаимодействие двух противоположных явлений, тенденций, свойств правовой жизни и характеризуется специальным алгоритмом своего теоретического рассмотрения, основанным на логико-философских знаниях⁶.

Относительно алгоритма исследования парных правовых категорий в правовой науке высказаны предложения о выделении в таком процессе нескольких этапов:

- а) в рамках трехэтапного алгоритма выделяют следующие стадии исследования: установление предметного единства (родовой основы) и его раскрытие через различия, тождества, переходы⁷; рассмотрение единства, различия и взаимодействия парных категорий⁸; выявление в парных категориях общих черт, отличий, путей взаимодействия⁹;

б) в рамках пятиэтапного алгоритма последовательно выявляются: родо-видовые характеристики каждого понятия в отдельности; внутренние диалектические связи; взаимодействие; качественная определенность совокупности пары категорий; место среди правовых явлений большего уровня обобщения¹⁰;

- в) в рамках семиэтапного алгоритма (представляющего собой более подробный вариант пятиэтапного) познание парных категорий предложено вести по следующей схеме: анализ каждого из противоположных правовых явлений в качестве относительно самостоятельного феномена (установление их специфики, видов и т.д.); выявление общих признаков и различий между исследуемыми явлениями путем сравнения; раскрытие единства данных явлений в различных аспектах; рассмотрение, исходя из установленных специфических различий, особенностей «взаимовлияния», взаимодействия явлений в рамках всех выявленных моментов единства, т.к. каждая из противоположностей по-своему «отрицает» другую; представление раскрытого взаимодействия как источника их «самодвижения», функционирования и развития (установление внутренней связи данной пары, взаимосвязи между указанными явлениями, их элементами (видами)); выявление качественно-количественной неравноценности противоположных правовых явлений в ходе взаимодействия, исследование доминирования одного из них на определенных этапах развития, в том числе причинно-следственного взаимодействия; на основе установления сложного внутреннего взаимодействия пары явлений включение ее во взаимосвязь более высокого уровня¹¹.

Признавая известную условность выделенных авторами приведенных алгоритмов этапов описанного познавательного процесса и отмечая, в силу этой условности, некоторую схожесть предлагаемых вариантов алгоритмов, обозначим особенность их построения: все они так или иначе исходят из заранее известного содержания как одной, так и другой правовой категории, которые предполагается рассматривать в качестве парных.

Однако эвристический потенциал метода парных категорий может и должен использо-

⁴ Васильев А. М. Правовые категории : Методологические аспекты разработки системы категорий теории права. М. : Юридическая литература, 1976. С. 245.

⁵ См.: Малько А. В., Нырков В. В. Исследование парных категорий как методологический ресурс правоведения // Теоретико-методологические проблемы права : сб. статей. М. : Зерцало-М, 2007. С. 119.

⁶ См.: Нырков В. В. Поощрение и наказание как парные юридические категории / под ред. А. В. Малько. Саратов : Изд-во СГАП, 2006. С. 87–88.

⁷ См.: Васильев А. М. Указ. соч. С. 258–259.

⁸ См.: Матузов Н. И. Государство и право в их соотношении // Теория государства и права : курс лекций / под ред. Н. И. Матузова и А. В. Малько. М. : Юристъ, 2001. С. 130–135.

⁹ См.: Рудаков А. А. Права и обязанности как парные юридические категории : дис. ... канд. юрид. наук. Красноярск, 2006. С. 113–156.

¹⁰ Такой алгоритм выводится из проведенного А. В. Малько исследования правовых стимулов и ограничений в качестве парных правовых категорий. См.: Малько А. В. Стимулы и ограничения в праве. М. : Юристъ, 2004. С. 110–120.

¹¹ См.: Нырков В. В. Указ. соч.

ваться и тогда, когда определенность имеется только в отношении одного понятия (и, соответственно, явления), направляя исследователя на поиск парного понятия, установление признаков последнего через противоположность уже известным свойствам первого. Использование антиномий в научном познании позволяет, во-первых, утверждать, что объект не однополярен, а, напротив, включает в себя противоположные характеристики, причем ни от одной из них отказаться нельзя, поскольку для каждой найдены свои основания и доказательства (антиномические утверждения концентрируют внимание исследователя на двойственной природе объекта, на его противоречивости); во-вторых, не только констатировать наличие противоположных характеристик у явлений, но и ставить их рядом, соотносить друг с другом¹².

Метод парных категорий может и должен подключаться к арсеналу познавательных средств и тогда, когда на старте исследования одна из антиномий изучена в достаточной степени, а о второй имеются неполные, фрагментарные знания, помогая достраивать методом от противного отдельные неизученные или слабоизученные свойства этого второго явления. Кроме того, метод парных категорий способен задать формат научного исследования последнего, определить его границы, указать на необходимость исследования как минимум тех аспектов менее изученной категории, которые изучены в большей степени в отношении первой из составляющих пару категорий. Поскольку о мерах, средствах, способах, технологиях и т.д. юридического противодействия как типа правового взаимодействия научное знание гораздо более полно, нежели об его антипode — юридическом содействии, эти аспекты должны быть установлены и применительно к последнему.

В то же время использование метода парных категорий и такого познавательного приема, как установление признаков (свойств) неизвестного парного понятия (явления) «от противного» по отношению к признакам (свойствам) известного понятия (явления), допустимо лишь на первоначальном этапе исследования, затем его результаты нуждаются во всесторонней проверке с использованием других методов научного познания.

Попытаемся провести совместное сравнительное исследование понятий «юридическое противодействие» и «юридическое содействие», одновременно уточняя и развивая высказанный в юридической науке Р. Б. Головки-

ным и А. М. Красновым подход к пониманию юридического противодействия¹³.

Во-первых, при построении *системы признаков* правового противодействия следует исходить из того, что противодействие — это определенный вид активной человеческой деятельности, препятствующей другой человеческой деятельности, которая может быть направлена на преодоление социально негативных видов деятельности и явлений либо сама по себе являться социально негативной деятельностью и (или) быть направленной на достижение социально негативных целей¹⁴, т.е. объектом противодействия выступает человеческая деятельность, которая затем по признаку соответствия требованиям действующего права подразделяется на социально полезную (позитивную) и социально вредную (негативную).

Содействие также представляет собой вид активной человеческой деятельности, которая способствует другой человеческой деятельности, помогает, устраняет препятствия, стоящие

¹³ Как верно отмечают Р. Б. Головкин и А. М. Краснов, посвятившие монографическое исследование проблеме юридического противодействия, в последние годы в законодательстве, средствах массовой информации, юридической практике и в быту в связи с различными социальными явлениями стал активно использоваться термин «противодействие», что свидетельствует, с одной стороны, об актуальности противодействия различным социальным, преимущественно негативным, действиям, с другой — о необходимости общетеоретической разработки этой проблемы, имеющей трансотраслевой характер. См.: Головкин Р. Б., Краснов А. М. Основы теории и практики юридического противодействия : монография. Saarbrücken : Lap Lambert Academic Publishing, 2013 ; Они же. Понятие правового противодействия // Вестник Владимирского юридического института. 2011. № 1. С. 85–94.

Авторы выделяют три основных варианта закрепления термина «противодействие» в нормативных правовых актах: закрепление дефиниции понятия «противодействие»; закрепление термина без закрепления отдельной правовой дефиниции; фиксация термина без раскрытия обозначаемого им понятия. При этом из анализа норм, закрепляющих направления, меры и формы противодействия, Р. Б. Головкин и А. М. Краснов обоснованно делают вывод о том, что противодействие негативным социальным явлениям закрепляется и в других нормативных правовых актах, в которых термин «противодействие» прямо не используется, но содержится некоторая детализация и конкретизация мер, направлений и форм противодействия: предотвращение, пресечение, контроль и надзор; устранение причин и условий, способствующих возникновению и развитию негативных социальных явлений; действия в том числе с применением специальных средств, оружия и физической силы, направленные на защиту от таких явлений и их преодоление; введение в заблуждение, невыполнение законных требований должностных лиц, препятствующие исполнению ими должностных обязанностей, противодействие расследованию преступлений и т.д. См.: Головкин Р. Б., Краснов А. М. Понятие правового противодействия. С. 86–88.

¹⁴ См.: Головкин Р. Б., Краснов А. М. Понятие правового противодействия. С. 88.

¹² См. подробнее: Майданов М. С. Интеллект решает неординарные проблемы. М., 1998. С. 298–325.

передней. При этом основная деятельность, т.е. та, которой содействуют, в свою очередь, также может быть направлена на достижение социально позитивных либо социально негативных целей.

Отсюда и юридическое противодействие, и юридическое содействие включают в себя два вида: позитивное противодействие и позитивное содействие — деятельность различных субъектов, направленная на обеспечение интересов жизнедеятельности общества, личности и государства; и негативные противодействие и содействие — деятельность, направленная на ухудшение социальной стабильности и обеспеченности прав личности и государства¹⁵.

Понятия «юридическое противодействие» и «юридическое содействие» в широком смысле включают:

- а) прямые противодействие и содействие, которые проявляются как деятельность различных субъектов, прямо направленная на преодоление социально негативных действий (либо на помощь социально позитивным);
- б) косвенные противодействие и содействие как действия, прямо не направленные на реализацию целей данного вида противодействия либо содействия, но влекущие возникновение противодействия или содействия фактически¹⁶.

Такая широкая трактовка юридического противодействия и юридического содействия с включением косвенных противодействия и содействия, с одной стороны, размывает границы понятий, чрезмерно расширяя их, исключая возможность регистрации всех видов, форм и случаев противодействия (содействия). Однако с другой (и это представляется важным и оправдывающим столь широкое понимание правового противодействия и содействия) — ориентирует субъектов правотворчества и правореализации на максимально возможный в конкретных пространственно-временных и управленческих условиях учет всех фактических, реальных последствий того или иного правового регулирования, той или иной правовой деятельности. Именно это понимание вытекает, на наш взгляд, из концепции правовой жизни как категории, отражающей не только позитивные, формальные, но и негативные, теневые явления правовой действительности¹⁷.

Нормативно запрограммированная право-

вая деятельность может быть как направленной на противодействие негативным явлениям (либо на содействие явлениям позитивным), но в силу фактических обстоятельств не достигающей этих благих целей, так и специально не направленной на создание юридических препятствий, блокирование правовой активности (или, напротив, специально не направленной на социально полезные цели), но в силу недостаточного внимания к различного рода обстоятельствам, недо- или переоценки регулятивного и охранительного потенциала различных правовых средств превращающейся на практике в антипод — негативное правовое противодействие или содействие, вредные для интересов личности, общества, государства¹⁸.

Во-вторых, субъекты, формы, методы и средства противодействия образуют *систему элементов* постоянного позитивного противодействия¹⁹. Иными словами, система правового противодействия, в отличие от хаотичных, спонтанных, стихийных актов противодействия, носит характер социального института, подразумевает осуществление противодействия на постоянной организованной и профессиональной основе. Этот вывод в полной мере применим к юридическому содействию, которое как социально-правовой институт представляет собой профессиональную и организованную правовую деятельность субъектов, осуществляемую в различных формах, различными методами и средствами.

В этой связи представляется, что за юридическим противодействием должен быть оставлен позитивный смысл; оно направлено на преодоление правовыми средствами негативных социальных явлений, преследует тем самым социально полезные цели и именно в

¹⁸ Представляется нуждающимся в уточнении вывод Р. Б. Головкина и А. М. Краснова о том, что «негативное противодействие в настоящее время не носит системного характера, а представляет собой совокупность элементов, которые в своем взаимодействии проявляют варианты спонтанных, индивидуально-обусловленных, при этом достаточно часто встречающихся социально негативных деяний» (см.: Головкин Р. Б., Краснов А. М. Указ. соч. С. 93). В правовой жизни встречаются именно системные негативные правовые противодействия, в качестве примера которых достаточно привести организованную преступность, которая «на то и организованная, что в состоянии методически правильно, безукоризненно противодействовать предварительному расследованию и судебному разбирательству, в том числе и искусно фальсифицируя доказательства» (см.: Подольный Н. А. Отдельные проблемы оценки заключения эксперта // Российский судья. 2005. № 11). Кроме того, имеет место хотя и спонтанное, но массовое (и в силу этого приобретающее характер систематического) игнорирование требований законодательства (примерами тому могут быть повсеместно нарушаемые законы об ограничении курения табака, о такси и др.).

¹⁹ См.: Головкин Р. Б., Краснов А. М. Указ. соч. С. 93.

¹⁵ См.: Головкин Р. Б., Краснов А. М. Понятие правового противодействия. С. 93.

¹⁶ Там же.

¹⁷ См., например: Затонский В. А., Малько А. В. Категория «правовая жизнь»: опыт теоретического осмысления // Правоведение. 2006. № 4. С. 4–17.

этом значении употребляется в нормативных правовых актах²⁰. Негативное же юридическое противодействие следует именовать «воспрепятствованием реализации прав и законных интересов»²¹. За юридическим содействием также будет правильно оставить только социально позитивный смысл, а противоправное содействие называть уголовно-правовым термином «пособничество».

В-третьих, *формами (направлениями, мерами)* юридического противодействия, как и юридического содействия, могут быть названы внешние проявления деяний (действий либо бездействий), отраженные в законодательстве²². Такая трактовка в целом представляется верной, но может быть дополнена тем, что формой можно обозначать и внутреннюю форму — однородные, имеющие общие характерные черты способы правового противодействия (содействия), которые в силу этого могут быть определены как самостоятельные, законченные системы действий, в то же время отделяемые друг от друга (от иных законченных систем действий), а также формы как виды (меры, направления), которые выделяются в зависимости от своей целевой направленности, места в системе видов правовой деятельности по противодействию либо содействию и другим критериям.

В-четвертых, в качестве *средств противодействия и содействия* в самом широком понимании допустимо рассматривать любые материальные и нематериальные явления, с помощью которых субъекты осуществляют противодействие (содействие)²³.

Однако для выделения видов противодействия и содействия и анализа юридического противодействия и юридического содействия как относительно самостоятельных видов имеет принципиальное значение характер средств, используемых субъектами в процессе их осуществления.

Необходимо разграничивать близкие понятия (и, соответственно, обозначаемые ими явления), такие как правовое (юридическое) противодействие (содействие) и противодействие (содействие) в праве (регулируемое правом противодействие или содействие).

В последнем случае речь идет о правовых формах других, неюридических по своему содержанию видов социальных взаимодействий, когда само по себе противодействие осуществляется средствами экономического (материального), физического, социального, культурного и иного характера, а юридические средства имеют подчиненное, вспомогательное значение²⁴.

Юридическое противодействие и юридическое содействие как типы правового взаимодействия могут выступать в качестве самостоятельных видов деятельности всех субъектов права в той мере, в которой при его осуществлении используются средства юридического характера, в иных случаях юридическое противодействие и содействие выступают правовыми формами иных по своей природе видов социального взаимодействия (выступают в качестве правовой формы иных, неправовых средств, устанавливают процедуру реализации последних и т.д.)²⁵.

Конечно, в определенных случаях такое разграничение формы и вида представляет определенную сложность, оно условно в той же мере, в какой условно выделение в совокупной

²⁰ См., например: постановление Правительства РФ от 15 апреля 2014 г. № 345 «Об утверждении государственной программы Российской Федерации «Обеспечение общественного порядка и противодействие преступности» // Доступ из СПС «КонсультантПлюс».

²¹ На практике в силу психологических особенностей такое разграничение не всегда осознается. Н. А. Подольный совершенно прав в том, что «законное противодействие предварительному расследованию со стороны защитника» — понятие, не несущее в себе никакого юридически значимого содержания, а причина его появления — эмоциональное неприятие отдельными следователями деятельности защитников, отстаивающих права и законные интересы своих подзащитных (см.: Подольный Н. А. Законное противодействие расследованию со стороны защитника: понятие-фантом или отражение действительности? // Адвокатская практика. 2003. № 5. С. 24–28).

²² Головкин Р. Б., Краснов А. М. Указ. соч. С. 93.

²³ Там же.

²⁴ Так, в работе Д. В. Таланова, посвященной исследованию правовой помощи, отмечено, что «сферы реализации правовой помощи не ограничиваются исключительно вопросами права» (см.: Таланов Д. В. Правовая помощь как объект общетеоретического анализа : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Н. Новгород, 2011. С. 31). Многие виды помощи (медицинская, социальная, психиатрическая и др.) имеют только правовую форму (основания, условия, порядок) и иные аспекты предоставления помощи подвергаются правовому регулированию, но по своему содержанию вряд ли могут быть признаны юридической (правовой) помощью, поскольку не имеют свойства юридичности (например, что собственно юридического в «материальной помощи работнику со стороны работодателя»?). Думается, необходимо различать правовую форму и правовое содержание правовой (юридической) помощи как вида деятельности, разграничивать понятия «юридическая (правовая) помощь» и «помощь в праве» — второе близко по смыслу к выражениям «правовое регулирование помощи», «правовые формы помощи».

²⁵ А. В. Малько и К. В. Шундиковым верно подмечено такое разграничение формы и вида применительно к правовой политике: «Если речь идет о правовой политике как о политике в области права, как о деятельности по преобразованию механизма правового регулирования, то ее надо рассматривать как особую разновидность государственной политики, самостоятельное направление (наряду с экономической, национальной, культурной и пр.)» (см.: Малько А. В., Шундиков К. В. Правовая политика современной России: цели и средства // Государство и право. 2001. № 7. С. 15).

структуре социальной деятельности юридической (правовой) деятельности, теснейшим образом связанной с иными видами деятельности, однако это условное выделение способствует познанию закономерностей видов человеческой деятельности, как присущих именно им (врач, при осуществлении медицинской деятельности реализующий юридические права и обязанности, от этого не становится юристом, а прокурор, проверяющий процесс такой реализации и вникающий в необходимых случаях в тонкости медицинской помощи, не становится врачом).

Цель использования в науке и практике понятий «юридическое противодействие» и «юридическое содействие» состоит именно в совершенствовании организации и функционирования их как социальных институтов, видов правовой деятельности, осуществляемых исключительно или преимущественно при помощи средств юридического характера. Последние обоснованно классифицируются на «правомерные, которые предусмотрены правовыми предписаниями и используются для их реализации либо не противоречат правовым нормам, и неправомерные, которые противоречат правовым предписаниям»²⁶, и при использовании образуют законное или незаконное юридические противодействие и содействие.

В-пятых, методы юридического противодействия обоснованно подразделяются на методы позитивного и негативного противодействия. Методы позитивного противодействия проявляются в виде установленных в законодательстве дозволений, обязываний, запретов, ограничений, рекомендаций. Методы негативного противодействия корреспондируют с ограничениями и запретами, установленными законодательством, и проявляются в деяниях, противоречащих правовым предписаниям (прямо или косвенно). При этом к фактам противодействия относят не только нарушение запретов и ограничений, но и неиспользование обязанностей должностными лицами и неиспользование ими имеющихся прав по реализации позитивного противодействия²⁷.

Не углубляясь в соотношение методов, способов, приемов, средств, техник, технологий и иных характеристик правовой деятельности и правового регулирования, отметим, что выделенные методы характерны не только для юридического противодействия, но и для юридического содействия — они также закрепляются в тех же нормативных установлениях (до-

зволнениях, обязываниях и пр.) и представляют собой деяния с их использованием. Думается, что к методам юридического противодействия и юридического содействия в самом широком смысле может быть отнесен весь арсенал средств юридического характера с позитивным или негативным содержанием.

С учетом высказанных выше уточнений, можно согласиться с предложенной Р. Б. Головкиным и А. М. Красновым дефиницией и определить юридическое (правовое) противодействие как правомерные деяния различных субъектов, проявляющиеся в различных формах, с использованием соответствующих юридических методов и средств, которые дозволены, обязательны, запрещены либо ограничены правовыми предписаниями²⁸ и направлены на недопущение и (или) пресечение социально негативной противоправной деятельности.

В свою очередь, юридическое (правовое) содействие в самом общем виде можно определить как правомерные деяния различных субъектов, проявляющиеся в различных формах, с использованием соответствующих юридических методов и средств, которые направлены на поддержку и (или) усиление правомерной деятельности.

Продолжая совместную характеристику юридического содействия и юридического противодействия как парных правовых категорий после, необходимо выделить общие и особенные черты, а также взаимные связи.

В числе общих черт юридического противодействия и содействия могут быть названы следующие:

1. Они обладают всеми признаками правовых взаимодействий, могут рассматриваться на одних и тех же уровнях структуры: взаимного правового воздействия, правового сопроодуцирования, создания правовых средств²⁹, отличаясь между собой характером отношений между правовыми целями и интересами участников и образуя тем самым разные типы единого целого³⁰ — правового взаимодействия.
2. Юридическое противодействие и юридическое содействие имеют единый, но в то же время расчлененный объект воздей-

²⁸ Головкин Р. Б., Краснов А. М. Указ. соч. С. 94.

²⁹ См. подробнее: Панченко В. Ю. О структурах правового взаимодействия // Евразийский юридический журнал. 2014. № 7. С. 85–93.

³⁰ В переводе с греческого языка слово «пара» обозначает «возле, мимо, вне», «парный» в русском языке означает «объект, составляющий пару», а парой называются два объекта (предмета), употребляемые вместе и составляющие одно сложное целое (см.: Образцов В. А. Криминалистика: парные категории. М.: Юрлитинформ, 2007. С. 15).

²⁶ Головкин Р. Б., Краснов А. М. Указ. соч. С. 93.

²⁷ См.: Головкин Р. Б., Краснов А. М. Указ. соч. С. 93.

ствия — юридически значимую деятельность (поведение), разделение которого производится в результате оценки со стороны публичных властных структур на правомерную и неправомерную деятельность (поведение)³¹. Вслед за изменением оценки деятельности меняется и характер юридического содействия и противодействия таковой.

3. Юридическое противодействие и юридическое содействие как социально-правовые институты и движущие элементы правовой деятельности имеют общую целевую направленность: они ориентированы, с одной стороны, на обеспечение права, обеспечение прав, свобод и законных интересов граждан, организаций и иных субъектов права, а с другой — их назначением является противостояние проявлениям своих антиподов — негативного юридического противодействия (воспрепятствования) и негативного юридического содействия (пособничества), стремящихся к нарушению прав и законных интересов, к злоупотреблениям, иным социально вредным действиям. Удачным примером отмеченного аспекта единства рассматриваемых парных категорий выступает разрабатываемая в рамках криминалистической науки пара противоположных понятий «криминальная» и «криминологическая» деятельность³².

Видовые различия юридического противодействия и юридического содействия заключаются прежде всего в том, что они представляют собой две противоположные правовые деятельностные реакции на юридически значимую деятельность (поведение) одного субъекта

³¹ При этом имеют место как постоянные, устойчивые оценки тех или иных действий в качестве неправомерных (убийство, хищения и пр.), так и нестабильные по характеру деяния либо степени их общественной опасности. Так, с 1997 года уголовно-правовой запрет полового сношения и иных действий сексуального характера (ст. 134 УК РФ) предполагал в качестве потерпевшего лицо, не достигшее 16-летнего возраста, с середины 1998 года — не достигшее 14-летнего возраста, с 2004 года — вновь 16-летнего, с усилением ответственности в отношении не достигшего 14-летнего возраста; начиная с 2008 года появилась тенденция возбуждения уголовных дел в отношении должностных лиц, ответственных за принятие решений при размещении заказов для государственных и муниципальных нужд за деяния, которые ранее квалифицировались исключительно как административные правонарушения; после ряда серьезных ДТП с гибелью людей практика назначения уголовных наказаний за совершение соответствующих преступлений изменилась в сторону назначения виновным реального лишения свободы и т.д.

³² Криминальная (преступная) деятельность представляет собой наиболее опасную форму противоправной активности человека, наказуемой в уголовном процессе, которая складывается из двух подсистем:

права со стороны других (включая государство в лице его органов и должностных лиц); два начала, «привода» правовой деятельности, которые, в различных пропорциях сочетаясь между собой, образуют тот или иной конкретный вид правового взаимодействия (юридический конфликт, сотрудничество и т.д.), задают направленность видов правовой деятельности (правозащитной, правоохранительной и т.д.), определяют движение, развитие правовых ситуаций в конкретных пространственно-временных условиях. Юридическое противодействие и юридическое содействие, конкурируя или, наоборот, кооперируясь между собой, составляют живую, деятельностную энергию права, без которой не могут действовать нормативно-правовые установления.

А. В. Малько, разрабатывая теорию стимулов и ограничений в праве, сосредоточивает внимание на инструментальном аспекте правовых средств, которые по сути воздействия на поведение людей могут рассматриваться в качестве стимулов и ограничений и составляют информационно-психологический механизм действия права, его регулирующую информационную сущность. Юридическое содействие и юридическое противодействие выступают такими же «первоклеточками» для правовой деятельности, правового взаимодействия, когда право и механизм его действия рассматриваются с позиций деятельностного подхода.

Безусловно, поскольку между правовыми средствами-установлениями (инструментами) и правовыми средствами-деяниями (технологиями) существуют диалектические связи, отношения постоянного опредмечивания и распределенного, информационно-психологический и деятельностный аспекты тесно связаны и переплетены друг с другом, но все же отличны. Если основным вопросом информационно-психологического аспекта действия права выступает, на наш взгляд, вопрос об оптимизации нормативно-регулятивных средств (и иных, опредмеченных правовых средств-инструментов) для совершенствования правовой жизни, то основным вопросом деятельностного механизма выступает вопрос об оптимизации технологий с испол-

во-первых, события преступления; во-вторых, события противодействия преступников и лиц, оказывающих им содействие, органам правопорядка и правосудия, а криминалистическая деятельность — важнейшая форма и направление реализации уголовно-процессуальной поисковой и познавательной активности субъектов уголовного преследования и оказывающих им содействие специалистов, направленная на решение криминалистических и иных задач в уголовном судопроизводстве на основе применения технических средств, методов и другого инструментария, разрабатываемого в криминалистике (см.: Образцов В. А. Указ. соч. С. 27–28, 63).

зованием таких установлений. При этом взятое в чистом виде юридическое содействие своим информационно-психологическим и нормативно-правовым основанием имеет правовое стимулирование, а юридическое противодействие, напротив, — правовое ограничение. Не случайно юридическое противодействие тесно связано с мерами принуждения, предполагает реальную либо потенциальную возможность их применения, тогда как в арсенале средств юридического содействия доминируют позитивные средства воздействия.

Практика правового регулирования показывает, что одни правовые стимулы используются, другие остаются невостребованными, не используются, одни правовые ограничения успешно выполняют свои охранительные функции, другие остаются на бумаге.

Так, можно считать относительно устоявшимся в отечественном правоведении понимание правовых режимов как особых порядков правового регулирования конкретной области общественных отношений, состоящих из совокупности юридических средств и отличающихся определенным сочетанием³³. Представляется, что такая трактовка понятия «правовой режим» (которую можно условно назвать нормативной) отражает правовую жизнь только в информационно-психологическом, нормативном срезе, показывает отношение нормативно-регулятивных средств (правовых норм, нормативных обобщений), которые можно свести к правовым стимулам и ограничениям, к удовлетворению опосредуемых правом разнообразных интересов субъектов права. Если содержание нормативного регулирования адекватно выражает потребности людей и организаций и правовые процедуры их удовлетворения, правовой режим следует признать благоприятным, в противном случае — неблагоприятным в той или иной степени.

Однако нормативная трактовка понятия «правовой режим» оказывается бессильной для объяснения различий реального действия одинаковых наборов нормативно-регулятивных средств³⁴, причины которых надо искать в конкретной правовой деятельности людей

и их организаций, во взаимодействии с другими видами деятельности, в их закономерностях, экономических, организационных и иных условиях, в рамках которых протекает определенным образом нормативно запрограммированная правовая деятельность.

Исследование юридического содействия и юридического противодействия развивает и дополняет учение об информационно-психологическом механизме действия права, коммуникативный и инструментальный подходы в праве.

Юридическое противодействие и юридическое содействие внутренне диалектически взаимосвязаны и взаимодействуют. Их взаимные связи и взаимопереходы можно проследить как минимум в следующих аспектах.

Во-первых, юридическое противодействие может одновременно выступать юридическим содействием, и наоборот. Так, возбуждение компетентными органами уголовного дела или дела об административном правонарушении содействует удовлетворению интересов потерпевшего. Более того, все меры правового принуждения (меры пресечения, защиты, превенции, безопасности и т.д.), противодействуя противоправной деятельности, поддерживают правомерную. Частными случаями такого взаимоперехода рассматриваемых явлений выступают ситуации, когда юридическое содействие может включаться в юридическое противодействие в качестве его средства, и наоборот. Примером первой ситуации может служить

чем необходимо, <...> обошлось нам где-то на 5 миллионов долларов дорожке; затем новая администрация <...> города <...> объявила недействительными все соглашения, которые мы заключили с предыдущей администрацией»; а в другом регионе «как только мэр <...> назначил своего заместителя <...> лично курировать проект ИКЕА, который, в свою очередь, был объявлен приоритетным <...> спустя год после того, как я впервые переступил порог мэрии, чтобы рассказать о себе, компании ИКЕА и земельном участке, который мы рассмотрели, <...> открылся магазин ИКЕА. Это абсолютный рекорд, нигде в мире открытие не происходило так быстро». «Когда мне, — пишет Л. Дальгрэн, — рассказывают о российской бюрократии, особенно в регионах, я всегда привожу пример Казани. Когда я вспоминаю Казань, я не могу отогнать от себя мысли о том, что вся Россия могла бы быть такой же активной, открытой и динамичной. Никаких препятствий или бюрократических проволочек не было и в помине. Почему в других регионах чиновники не делают все возможное, чтобы превратить Россию в самую привлекательную для инвестиций страну в мире? Теоретически предпосылки для стимулирования инвестиционных проектов во всех регионах более или менее одинаковы. Но на практике различия в инвестиционном климате того или иного региона могут быть весьма впечатляющими. Зависит это в конечном итоге только от людей, принимающих решения» (см.: Дальгрэн Л. Вопреки абсурду, или Как я покорила Россию, а она — меня. Воспоминания бывшего генерального директора ИКЕА в России. М.: Альпина Бизнес Букс, 2010).

³³ См.: Косак А. В., Малько А. В. Основы теории правовых режимов // Правовые режимы: общетеоретический и отраслевые аспекты: монография / А. В. Малько, И. С. Барзилова. М.: Юрлитинформ, 2012. С. 8.

³⁴ Так, яркий пример различия в практике осуществления права на предпринимательскую деятельность в разных субъектах Российской Федерации при одинаковых нормативных условиях приводит Л. Дальгрэн, бывший генеральный директор «ИКЕА» в России: в одном субъекте Федерации «областные чиновники <...> отказались выдавать любые разрешения, если строительство не будет поручено определенной фирме. <...> Строительство в результате заняло втрое больше времени,

Федеральный закон от 12 августа 1995 года № 144-ФЗ (в ред. от 21 декабря 2013 года) «Об оперативно-розыскной деятельности», который в статье 17 предусматривает возможность содействия гражданам органам, осуществляющим оперативно-розыскную деятельность, и устанавливает, что отдельные лица могут с их согласия привлекаться к подготовке или проведению оперативно-розыскных мероприятий с сохранением по их желанию конфиденциальности содействия органам, осуществляющим оперативно-розыскную деятельность, в том числе по контракту. Аналогичным образом лицам, оказывающим содействие в выявлении, предупреждении, пресечении, раскрытии и расследовании террористического акта, выявлении и задержании лиц, подготавливающих, совершающих или совершивших такой акт, из средств федерального бюджета может выплачиваться денежное вознаграждение (ст. 25 Федерального закона от 6 марта 2006 года № 35-ФЗ (ред. от 28 июня 2014 года) «О противодействии терроризму»). Юридическое содействие в форме защиты по уголовным и административным делам, в свою очередь, выступает средством противодействия незаконным и необоснованным процессуальным действиям и решениям органов и должностных лиц, ведущих соответствующий процесс.

Во-вторых, юридическое содействие реализации прав и законных интересов может превращаться в юридическое противодействие: при ненадлежащем оказании юридической помощи, государственных и муниципальных услуг юридического характера налицо юридическое противодействие, часто делающее невозможной реализацию и защиту прав и законных интересов.

В-третьих, при взаимоисключении правовых целей участников правового взаимодействия юридическое содействие достижению целей одного лица выступает юридическим противодействием достижению правовых целей другого.

В-четвертых, юридическое содействие и противодействие часто взаимопроникают друг в друга. Например, постановление приговора по уголовному делу — результат, безусловно, юридического противодействия, но в нем содержится и элемент юридического содействия, поскольку одной из целей уголовного наказания является исправление, ресоциализация осужденного. Оба начала — и юридическое противодействие, и юридическое содействие — проявляются в таком правовом средстве, как предостережение прокурора, иного уполномоченного органа: правовое противодействие выражается в превентив-

ной направленности указаний, содержащихся в нем, и в обязательности рассмотрения (и оно является ведущим, поскольку цель и смысл предостережения — правовое сдерживание неправомерного поведения), юридическое содействие — в его конкретно-информирующей функции, призванной изменить или подкорректировать готовность лица действовать в правовой сфере путем указания на недопустимость совершения тех или иных действий³⁵.

В этом случае теоретически и практически значимым для построения системы юридического содействия реализации прав и законных интересов является вычленение в различных видах правовой деятельности функций юридического противодействия и юридического содействия с целью определить требования к условиям и порядку осуществления каждой из них, которые обеспечивали бы эффективность реализации и защиты прав и законных интересов.

В-пятых, юридическое содействие и юридическое противодействие могут процедурно совпадать в деятельности одного лица (представление интересов потерпевшего есть одновременно и содействие последнему, и осуществление функции обвинения, т.е. противодействия).

Перечень взаимопереходов рассматриваемых явлений можно продолжить, однако приведенных случаев достаточно для того, чтобы сделать вывод о наличии между ними противоречивого единства взаимной связи, функциональной зависимости. Отношения между юридическим содействием и юридическим противодействием подчинены тем же закономерностям, которые сформулированы А. В. Малько применительно к правовым стимулам и правовым ограничениям, с особенностями, характерными для человеческой деятельности, для реальных правовых взаимодействий:

- юридическое содействие и противодействие не только противоположны друг другу, но и во многом внутренне едины, поскольку выступают двумя видами деятельностных реакций одних субъектов на юридически значимые действия других;
- юридическое содействие при взаимоисключающем характере правовых целей участников правового взаимодействия, облегчая достижение правовых целей одного участника, препятствует достижению правовых целей другого, в иных случаях юридическое содействие и юридическое

³⁵ Подробнее: Панченко В. Ю., Макаруч И. Ю. Предостережение как правовое средство // Законность. 2013. № 6. С. 13–18.

противодействие могут не конкурировать между собой, а способствовать достижению непротиворечащих правовых целей участников правового взаимодействия, взаимно содействовать (например, адвокат, содействуя обвиняемому, может косвенно содействовать и расследованию, удерживая органы, ведущие процесс, от нарушений закона);

- при широком понимании юридического содействия и противодействия (с включением в их содержание не только прямых целенаправленных, но и косвенных результатов той или иной деятельности) разграничить их между собой достаточно трудно, юридическое противодействие может одновременно выступать юридическим содействием, и наоборот. Однако это обстоятельство не должно нивелировать качественную определенность каждого из явлений, которая основывается на прямых целях, а не на побочных результатах. При этом, как подчеркивалось ранее, в систему юридического противодействия противоправному поведению и юридического содействия поведению правомерному в аспекте социально-правовых институтов со всеми присущими последним атрибутами должны быть включены те формы и виды, которые прямо ориентированы на соответствующие цели — противодействовать или содействовать. Встречающиеся в правовой жизни случаи, когда в рамках юридического противодействия осуществляется функция юридического содействия и при этом она нормативно запрограммирована, вытекает из норм права, составляют скорее исключение, нежели правило, и заслуживают отдельного рассмотрения.

Таким образом, юридическое содействие и юридическое противодействие представляют собой идеальные типы противоположных деятельностных реакций одних субъектов права на правовую деятельность других, взятые на предельном уровне обобщения. «Противоречия правовых целей субъектов, с одной стороны, и потребность получить желаемое благо — с другой, — пишет С. Ю. Филиппова, — порождают в правовой деятельности две противоположные силы, создающие зависимость друг от друга элементов системы и понуждающие ее развиваться». Эти силы применительно к частноправовым отношениям С. Ю. Филиппова именует «силами сотрудничества, с одной стороны, и конфликта — с другой», «исключение действия той или иной силы приводит к прекращению правовой связи, поскольку эти силы — имманентные составляющие правовой

деятельности»³⁶. Этот вывод вполне распространяем и на содействие и противодействие как родовые явления и понятия по отношению к сотрудничеству и конфликту.

Если юридическое содействие и юридическое противодействие рассматривать с самых широких позиций, не различая прямые цели и косвенные, побочные результаты, то, подобно правовым стимулам и правовым ограничениям³⁷, каждое из этих явлений способно охватить все виды деятельностных реакций на юридически значимое поведение, однако такой подход не позволит выявить качественную определенность и разнонаправленность по целям, зада-

³⁶ Филиппова С. Ю. Инструментальный подход в науке частного права : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2013. С. 14.

Сотрудничество как свойство правовой деятельности представляет собой неопределенное по конкретному содержанию отношение к контрагентам и всей социальной группе, проявляющееся в позитивном деятельном намерении устранить любые препятствия на пути достижения организованных правовых целей, в том числе возникшие перед другими участниками группы. Сотрудничество в наибольшей степени характерно для долгосрочных частноправовых отношений между субъектами правовой деятельности. Сотрудничество менее характерно для социальных связей с участием экономически более слабых субъектов, для которых установлены специальные законодательные механизмы обеспечения (потребитель, абонент в договоре энергоснабжения, получатель ренты, ребенок в семейных отношениях, подопечный и пр.). Надление законодателем дополнительных правами таких субъектов снижает их мотивацию прилагать собственные усилия по устранению препятствий на пути достижения правовой цели.

Конфликт является свойством социальной системы, состоянием, имманентно присущим групповой правовой деятельности субъектов. Конфликт заключается в противоречии интересов субъектов социальной группы, побуждающем каждого из субъектов к активным действиям для достижения собственной правовой цели и удовлетворению собственного интереса в противовес правовым целям и интересам других субъектов группы. Конфликт выполняет важнейшую функцию по достижению правовых целей участниками социальной группы, позволяя своевременно выявить недостатки в исполнении обязанностей и стимулировать других участников группы к их устранению. Правовое воздействие должно обеспечивать нормальное протекание конфликта с максимальным использованием его конструктивных возможностей (согласование разногласий по договору, претензионная работа, медиация и пр.) (см.: Филиппова С. Ю. Указ. соч. С. 17–18).

³⁷ Парность их выражается и в том, что они функционально взаимосвязаны: если основная функция правовых стимулов заключается в развитии положительно активной при одновременном позитивном сдерживании отрицательной, то основная функция правовых ограничений — в сдерживании отрицательной при одновременно негативном стимулировании положительной активности людей. К тому же, включая позитивные и негативные моменты в одно понятие «правовое стимулирование», мы не сможем показать с помощью такой категории принципиально различное отношение со стороны права к тем или иным интересам субъектов, не сможем показать прямо противоположное значение правовых средств для удовлетворения либо неудовлетворения определенных стремлений в правоотношении (см.: Малько А. В. Указ. соч. С. 114).

чам и средствам каждой из рассматриваемых деятельностных правовых реакций. Вследствие этого для познавательных и практических целей необходимо в определенных случаях абстрагироваться от такого широкого понимания и рассматривать конкретные акты правовой

деятельности именно с позиций основных целей одного субъекта в их отношении к целям другого как проявление идеальных типов деятельностных реакций или типов правового взаимодействия — юридического содействия или юридического противодействия.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. Васильев А. М. Правовые категории : Методологические аспекты разработки системы категорий теории права. — М., 1976.
2. Головкин Р. Б., Краснов А. М. Основы теории и практики юридического противодействия. — Saarbrücken : Lap Lambert Academic Publishing, 2013.
3. Затонский В. А., Малько А. В. Категория «правовая жизнь»: опыт теоретического осмысления // Правоведение. — 2006. — № 4.
4. Косак А. В., Малько А. В. Основы теории правовых режимов // Правовые режимы: общетеоретический и отраслевые аспекты. — М., 2012.
5. Малько А. В. Стимулы и ограничения в праве. — М., 2004.
6. Малько А. В., Нырков В. В. Исследование парных категорий как методологический ресурс правоведения // Теоретико-методологические проблемы права. — М., 2007.
7. Малько А. В., Шундилов К. В. Правовая политика современной России: цели и средства // Государство и право. — 2001. — № 7.
8. Матузов Н. И. Государство и право в их соотношении // Теория государства и права / под ред. Н. И. Матузова и А. В. Малько. — М., 2001.
9. Нарский И. С. Проблема противоречия в диалектической логике. — М., 1969.
10. Нарский И. С. Противоречия как движущая сила развития научного познания // Философские науки. — 1981. — № 1.
11. Нырков В. В. Поощрение и наказание как парные юридические категории / под ред. А. В. Малько. — Саратов, 2006.
12. Образцов В. А. Криминалистика: парные категории. — М., 2007.
13. Панченко В. Ю., Макачук И. Ю. Предостережение как правовое средство // Законность. — 2013. — № 6.
14. Подольный Н. А. Законное противодействие расследованию со стороны защитника: понятие-фантом или отражение действительности? // Адвокатская практика. — 2003. — № 5.
15. Подольный Н. А. Отдельные проблемы оценки заключения эксперта // Российский судья. — 2005. — № 11.
16. Уваров М. Бинарный архетип. Эволюция идеи антиномизма в истории европейской философии и культуры. — СПб., 1996.

Материал поступил в редакцию 15 августа 2014 г.

LEGAL RESISTANCE AND LEGAL ASSISTANCE AS PAIRED LEGAL CATEGORIES

Panchenko Vladislav Yuryevich — Ph.D. in Law, Associate Professor of the Department of the Theory of the State and Law of Siberian Federal University
[panchenkovlad@mail.ru]
660041, Russia, Krasnoyarsk, pr. Svobodniy, d. 79.

Review. *As opposed to the legal measures of resistance to wrongful conduct by virtue of exaggerating struggle, contradictions and the hypertrophied role of coercion coming from the Soviet social science and law tradition, the other type of legal interactions, i.e. legal assistance to the enforcement of legal rights and interests, remains poorly researched. The implementation of the method of paired legal categories that directs researches to find insufficiently studied properties of one category when the other (paired) category is studied sufficiently, is able to fill the cognitive gaps by means of "on the contrary" method application.*

The Author justifies the conclusions that the research of legal assistance and legal resistance develops and supplements the theory of information and psychological mechanism of force of law and communicative and instrumental approaches in law; legal assistance and legal resistance are paired legal categories because they have common features (object, purpose, etc.), different features (subject

matter, means, etc.); they are internally dialectically interrelated and they interact as opposing legal reactions contradicting to the behavior (activity) of legal subjects; opposing and typological origins of legal interaction. Legal resistance can simultaneously act as legal assistance and vice versa, also in situations when participants of legal interaction mutually exclude legal purposes when legal assistance to achieving legal purposes of one participant resists legal purposes of another participant; legal assistance can become legal resistance, they can mutually penetrate each other.

The Author reasons the approach to the admissibility of understanding legal assistance and legal resistance as both direct (purposeful) and indirect (actually appearing) types of legal interaction; the necessity to distinguish legal assistance and legal resistance as legal activities aimed at purposes useful for the society and legal obstruction and abetting as negative, unlawful phenomena.

Keywords: *Legal interaction, legal assistance to the enforcement of rights and legal interests, legal resistance, force of law, legal life, legal regulation, theory of law.*

BIBLIOGRAPHY

1. *Vasilyev A.M.* Legal Categories: Methodological aspects of developing the system of theory of law categories. M., 1976.
2. *Golovkin R.B., Krasnov A.M.* Fundamentals of the theory and practice of legal resistance. Saarbrücken:LAP LAMBERTAcademicPublishing, 2013.
3. *Zatonskiy V.A., Malko A.V.* The "legal life" category: the experience of theoretical understanding // *Pravovedeniye*. 2006, no. 4.
4. *Kosak A.V., Malko A.V.* Fundamentals of theories of legal regimes // *Legal regimes: general theoretical and sectoral aspects*. M, 2012.
5. *Malko A.V.* Incentives and restrictions in law. M., 2004.
6. *Malko A.V., Nyrkov V.V.* The study of paired categories as a methodological resource of jurisprudence // *Theoretical and methodological problems of law*. M., 2007.
7. *Malko A.V., Shundikov K.V.* Legal policy of modern Russia: objectives and means // *Gosudarstvo i pravo*. 2001, no.7.
8. *Matuzov N.I.* The State and Law and their correlation // *Teoriya gosudarstva i prava* / eds. N.I.Matuzov and A.V.Malko, M., 2001.
9. *Narskiy I.S.* The problem of contradictions in dialectical logics. M., 1969.
10. *Narskiy I.S.* Contradictions as a driving force in the development of scientific knowledge // *Philosophy sciences*. 1981, no. 1.
11. *Nyrkov V.V.* Encouragement and punishment as paired legal categories / ed. A.V. Malko, Saratov, 2006.
12. *Obraztsov V.A.* Criminalistics: paired categories. M., 2007.
13. *Panchenko V.Y., Makarchuk I.Y.* Caution as a legal remedy // *Zakonnost*. 2013, no. 6.
14. *Podolnyy N.A.* Legal resistance to the investigation on the part of the defense: the phantom concept or reflection of reality? // *Advokatskaya praktika*. 2003, no. 5.
15. *Podolnyy N.A.* Some problems of an expert opinion assessment // *Rossiyskiy sudya*. 2005, no. 11.
16. *Uvarov M.* Binary archetype. The evolution of the idea of antinomy in the history of European philosophy and culture. SPb., 1996.

ТЕОРЕТИЧЕСКИЕ ПРОБЛЕМЫ ОТРАСЛЕЙ ПРАВА

Р. Д. Шарапов*

АЛЬТЕРНАТИВНЫЕ ТЕОРИИ ОБЪЕКТА ПРЕСТУПЛЕНИЯ В СОВРЕМЕННОМ УГОЛОВНОМ ПРАВЕ РОССИИ

Аннотация. В статье дан критический очерк основных концепций объекта преступления, которые развиваются в современной теории уголовного права в противовес общепринятой концепции объекта преступления как общественных отношений. Рассмотрены теории: «объект преступления — правовое благо, правоохраняемый интерес», «люди как объект преступления», «объект преступления — интересы социальных субъектов». Делается вывод о том, что альтернативным теориям объекта преступления не удалось дистанцироваться от категории общественного отношения в объяснении объекта преступления. Таковым объявляется какой-либо из структурных элементов общественного отношения — его предмет (блага, ценности), участники, их интересы или права. Это свидетельствует о том, что в российской доктрине уголовного права корни теории объекта преступления как общественного отношения достаточно прочны и для того, чтобы ее потеснила какая-то другая концепция, нужны практически ориентированные уголовно-правовые исследования, с подлинно научным переосмыслением того опыта, который накоплен в учении об объекте преступления представителями классической, социологической и советской школ уголовного права XIX–XX столетий.

Ключевые слова: объект преступления, теории объекта, уголовное право, преступление, общественные отношения, правовое благо, интерес, объект уголовно-правовой охраны, личность, состав преступления.

DOI: 10.17803/1729-5920.2015.109.12.043-051

Концепция объекта преступления как наиболее важных общественных отношений, охраняемых уголовным законом от причинения им существенного вреда в результате преступных посягательств, в теории российского уголовного права является господствующей, т.е. поддерживается подавляющим большинством ученых-юристов и представителей правоприменительной практики. Однако доминирующую позицию эта концепция заняла не сразу. В современной уголовно-правовой науке выделяют три периода в развитии учения об объекте преступления¹.

Первый период, датируемый серединой XIX в., характеризуется отождествлением объекта с тем, что сегодня именуется предметом преступления, и выделением двух объектов преступления — непосредственного как правового блага (вещи, состояния, конкретные отношения) и посредственного (отвлеченного) — воля государства, сформулированная в уголовно-правовых нормах.

Неразвитость учения об объекте преступления обуславливало то, что объект не рассматривался законодателем того времени в качестве критерия, пригодного для систематизации групп и видов составов преступлений в Особой части уголовного законодательства. Критериями группировки норм по главам в уголовных

¹ Виокуров В. Н. Объект преступления: аспекты понимания, способы установления и применение уголовного закона : монография. М., 2012. С. 31–32.

© Р. Д. Шарапов, 2015

* Шарапов Роман Дмитриевич, доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой уголовного права и процесса Тюменского государственного университета [srd72@mail.ru]

625049, Россия, г. Тюмень, ул. Ленина, д. 38

законах досоветского периода были признаки субъекта преступления, имущество как предмет преступления, действия, характеризующие объективную сторону преступлений, а также сфера жизнедеятельности, в которой совершалось преступление. Такое положение, в свою очередь, приводило к избыточной казуальности (детализации) в изложении диспозиций статей Особенной части уголовного закона, чрезмерному законодательному дроблению составов, по существу, одного и того же преступления, громоздкости уголовно-правовых актов в целом. Так, Особенная часть Уложения о наказаниях уголовных и исправительных 1845 г. состояла из 2 034 статей, в Особенной части Уложения 1885 г. содержалось 1 711 статей, а Особенная часть Уголовного уложения 1903 г. состояла уже из 611 статей.

Второй период (конец XIX — начало XX в.) характеризуется постепенным признанием того, что преступление причиняет вред всему обществу и посягает на общественные отношения, но не как на определенную систему, а как на отношения (социальные связи), существующие между конкретными субъектами. Объект преступления рассматривался в качестве двухаспектного явления, характеризующегося нарушением запрета, выраженного в правовой норме, и наличием блага, которому непосредственно причинен вред. В учении об объекте преступления в тот период наблюдается противостояние, а затем слияние двух основных концепций объекта — нормативистской, видевшей объектом норму права, и теории объекта как правового блага или правоохраняемого интереса. В начале XX в. отечественной уголовно-правовой наукой стала осознаваться необходимость отграничения объекта преступления от того, что позже станут называть предметом преступления.

Первый уголовный закон советского государства — Руководящие начала по уголовному праву РСФСР, принятые Постановлением Народного комиссариата юстиции 12 декабря 1919 г. — ставил перед советским уголовным правом задачу посредством репрессии охранять систему общественных отношений, соответствующую интересам трудящихся масс, организовавшихся в господствующий класс в переходный от капитализма к коммунизму период диктатуры пролетариата. Преступление определялось как нарушение порядка общественных отношений, охраняемого уголовным правом. Однако, несмотря на законодательное признание того, что преступление посягает на общественные отношения, учение об объекте преступления досоветского периода было практически полностью перенесено в начавшую свое развитие

теорию советского уголовного права, в которой объектом преступления преимущественно признавались правовые блага.

Третий период (1930—1960 гг.) характеризуется критикой концепций досоветского периода как буржуазных и непригодных для советского уголовного права, признанием общественных отношений в качестве объекта преступления. Первое обоснование с позиции социалистического права эта точка зрения получила в учебнике А. А. Пионтковского, изданном в 1925 году², а наиболее яркое концептуальное оформление — в монографии Б. С. Никифорова, изданной в 1960 году³. В начале 60-х годов XX в. концепция «объект преступления — общественные отношения» в своей основе была сформирована и в последующие годы широко и прочно укрепилась в умах представителей уголовно-правовой науки и правоприменительной практики.

Итак, концепция «объект преступления — общественные отношения» является закономерным итогом эволюции учения об объекте преступления, зародившегося в виде отдельных взглядов, идей и теорий относительно того, на что посягает преступление, чему оно причиняет вред, развившихся в палитру нормативистских (объект — норма права), социологических (объект — правовое благо, социальный интерес) и разного рода промежуточных, дуалистических концепций объекта, сменившихся в итоге четким осознанием того, что объектом всякого преступления являются сложившиеся в обществе отношения. Как отмечает В. С. Прохоров, «обращение к авторитетам прошлого в поисках действительного объекта преступления показывает, что концепция объекта преступления развивалась в отечественной науке в направлении все более четкого понимания, что преступление — не только ущемление частного интереса, посягательство на то или иное благо и т.п., но что за конкретным преступлением стоит нечто скрытое от чувственного восприятия — общество»⁴.

Порочной особенностью разработки концепции объекта преступления как общественных отношений в советском уголовном праве стало то, что на первых порах конструктивная критика досоветских концепций объекта либо отсутствовала вовсе, либо была скрыта за политически и идеологически ангажированными штампами, которые присваивались указанным концепциям как «буржуазным» и потому не-

² Пионтковский А. А. Уголовное право РСФСР. Часть Общая. М., 1925. С. 129–130.

³ Никифоров Б. С. Объект преступления по советскому уголовному праву. М., 1960. С. 228.

⁴ Уголовное право России : Общая часть : учебник / под ред. Н. М. Кропачева, Б. В. Волженкина, В. В. Орехова. СПб., 2006. С. 388.

приемлемым и непригодным для уголовного права советского государства, опирающегося в учении об объекте преступления на марксистско-ленинскую теорию общественных отношений. В результате «создавалось обманчивое впечатление, что со сменой политических ориентиров понятие объекта можно создать с чистого листа»⁵. Вероятно, по этой причине после смены в России в начале 90-х годов XX в. политического, экономического и общественного строя в науке уголовного права отмечается интерес к господствующим в досоветский период альтернативным взглядам на объект преступления, которые отличаются от концепции «объект преступления — общественные отношения».

По истечении более чем 100 лет, очевидно, нет особого смысла в пересказе всего многообразия теорий, которые в XIX — начале XX в. приводились в защиту того или иного взгляда на решение проблемы объекта преступления. Гораздо более актуальным видится краткое описание основных альтернативных концепций объекта преступления, которые обосновываются в трудах современных исследователей российского уголовного права, а также их критический очерк.

ОБЪЕКТ ПРЕСТУПЛЕНИЯ — ПРАВОВОЕ БЛАГО, ПРАВООХРАНЯЕМЫЙ ИНТЕРЕС

Известная отечественному уголовному праву XIX в. и приобретающая все большую популярность в наше время точка зрения на объект преступления как правовое благо (правоохраняемый интерес) не является сугубо индивидуальной разработкой какой-либо отдельной теории в учении об объекте преступления из всей палитры теорий, описанных в литературе по уголовному праву досоветского периода. Термин «благо» («интерес») так или иначе использовался представителями всех концепций объекта преступления, причем интерпретировался по-разному, но всегда как нечто нарушаемое, изменяемое, подвергающееся воздействию и т.п., и с некоторых пор стала играть роль своеобразного собирательного понятия, позволившего связать воедино нормативистское и социологическое направления в объяснении понятия «объект преступления». Однако многие современные исследователи наиболее отчетливое концептуальное оформление указанной позиции связывают с трудами видного ученого-криминалиста дореволюционного времени Н. С. Таганцева.

В постсоветский период последователями концепции «объект преступления — правовое благо, правоохраняемый интерес» оказались некоторые ученые-юристы, развивавшие науку

советского уголовного права, но под воздействием произведений Н. С. Таганцева пересмотревшие свои взгляды на объект преступления.

Так, профессор Н. И. Загородников в начале 90-х гг. XX в. усомнился в научной достоверности господствующего взгляда на объект преступления как общественное отношение. Взамен он предложил считать объектом уголовно-правовой охраны конкретные блага человека биологического, биосоциального и социального характера⁶. К сожалению, обоснование позиции автора больше носит идеологический, эмоциональный характер, нежели опирается на глубокие уголовно-правовые аргументы. Если конкретные блага человека (жизнь, здоровье, свобода, имущество и т.д.) рассматривать в качестве объекта преступления изолированно от системы общественных отношений, то можно прийти к неверному выводу о том, что необходимая оборона, причинение вреда преступнику при задержании, крайняя необходимость также являются общественно опасными, поскольку предполагают причинение вреда тем или иным благам человека. «Рассматривать благо в качестве объекта преступления вне связи с общественными отношениями нельзя»; «в качестве объекта преступления благо может выступать в тех случаях, когда оно, во-первых, выражается в социально полезном общественном отношении, во-вторых, является объектом социально-полезного общественного отношения»⁷.

По мнению профессора А. Э. Жалинского, для отражения значимых в уголовном праве признаков объекта преступления разумнее использовать нейтральное понятие «правовое благо» либо «защищаемый интерес», поскольку понятие «общественные отношения» — излишне абстрактная модель реального явления и не отражает свойств объекта преступления. «Правовое благо» легче поддается конкретизации, не несет в себе ложного идеологического заряда и легче привязывается к особенностям правового регулирования⁸.

Взгляд на объект как правовое благо высказывает и профессор А. В. Наумов. Однако, по его мнению: «Во многих случаях трактовка объекта преступления как определенных общественных отношений вполне справедлива, например, в случаях признания объектом преступления отношений собственности при краже, грабеже

⁵ Новоселов Г. П. Учение об объекте преступления. Методологические аспекты. М., 2001. С. 17.

⁶ Загородников Н. И. Объект: от идеологизации содержания к естественному понятию // Проблемы уголовной политики и уголовного права. М.: 1994. С. 21–22.

⁷ Филимонов В. Д. Охранительная функция уголовного права. СПб., 2003. С. 23, 24.

⁸ Жалинский А. Э. Глава 6. Объект преступления // Уголовное право России: учебник для вузов: в 2 т. / отв. ред. А. Н. Игнатов, Ю. А. Красиков. М., 2000. Т. 1. Общая часть. С. 104.

и других хищениях имущества. В этом случае объектом преступления действительно выступает не похищаемое имущество непосредственно (ему при этом может быть не причинено никакого вреда), а именно отношения, вытекающие из права собственности, т.е. права владения, пользования и распоряжения имуществом. Однако в ряде других случаев теория объекта преступления как общественного отношения «не срабатывает». Особенно это относится к преступлениям против личности, в первую очередь к убийству»⁹. Свое мнение А. В. Наумов аргументирует тем, что в советском уголовном праве жизнь человека как объект убийства понималась не сама по себе, а в смысле совокупности общественных отношений, исходя из марксистского тезиса о том, что сущность человека — это совокупность всех общественных отношений. Это, по словам А. В. Наумова, привело к тому, что ценность жизни человека как объекта уголовно-правовой охраны была явно принижена, а человек из самостоятельной абсолютной ценности превращался в носителя общественных отношений (трудовых, оборонных, служебных, семейных, собственности и т.д.).

В итоге А. В. Наумов заключает, что теория объекта преступления как общественных отношений, охраняемых уголовным законом, не может быть признана общей универсальной теорией, поэтому представляется возможным возвращение к теории объекта как правового блага, созданной еще в конце XIX в. в рамках классической и социологической школ уголовного права.

Пожалуй, в доводах А. В. Наумова преобладает все та же политическая, идеологическая нота. Низведение ценности человека и его жизни, в частности, в советском уголовном праве было обусловлено не концепцией «объект преступления — общественные отношения», а бытовавшим в то время идеологическим подходом к человеку как винтику в машине социализма и приоритетом государственных и общественных интересов над интересами личными.

Что же касается существа вопроса, то необходимо четко различать два аспекта проблемы: во-первых, уголовно-правовую охрану самостоятельных общественных отношений, обеспечивающих незыблемость и благополучное существование каждого человека как биологической единицы рода людей, и, во-вторых, уголовно-правовую охрану тех общественных отношений, в которые вступает человек в процессе своей жизни, выполняя различные социальные роли, а его жизнь, здоровье и другие личные блага являются условием выполнения этих ролей (например, ст. 277, 317, 318 УК РФ). С этой точки зрения

никакого принижения человека и его личных благ как высшей ценности не происходит, а теория объекта преступления как общественного отношения применительно к преступлениям против личности как раз срабатывает.

Если обратиться к истокам теории объекта преступления, которую более 100 лет назад разработал Н.С. Таганцев и которая некоторым современным исследователям представляется наиболее верной и сохраняющей свое значение¹⁰, то основные ее положения состоят в следующем.

Дистанцируясь от нормативистских теорий объекта преступления и полагая, что посягательство на норму права не исчерпывает всей юридической сущности объекта, Н. С. Таганцев утверждал, что «посягательство на норму права в ее реальном бытии есть посягательство на правоохраненный интерес жизни, на правовое благо»¹¹. «Жизнь общественная, — писал Н. С. Таганцев, — в ее индивидуальных и общественных проявлениях творит интересы и вызывает их правоохрану, в силу чего эти интересы получают особое значение и структуру, облакаются значением юридических благ и как таковые дают содержание юридическим нормам и в то же время служат их жизненным проявлением, образуя своей совокупностью жизненное проявление правопорядка. При этом нельзя забывать, что, обращая интерес жизни в правовое благо, право не только признает бытие этого интереса, не только дает ему охрану и защиту, но видоизменяет его в объеме, форме, иногда даже в содержании, сглаживая его частный, индивидуальный характер и придавая ему социальное, общественное значение. <...> Такими правоохраняемыми интересами могут быть: личность и ее блага — жизнь, телесная неприкосновенность, личные чувствования, честь, обладание или пользование известными предметами внешнего мира; проявление личности вовне, свобода передвижения и деятельности в ее различных сферах; возникшие в силу этой деятельности известные отношения или состояния — их неизменяемость, ненарушимость; различные блага, составляющие общественное достояние, и т. п. <...> Охраняемые интересы могут иметь реальный характер — жизнь, здоровье, неприкосновенность владения, или идеальный — честь, религиозное чувство, благопристойность и т. д.»¹².

⁹ Наумов А. В. Российское уголовное право: Общая часть : курс лекций. М., 1996. С. 147.

¹⁰ Пашковская А. В. Глава VII. Объект преступления // Курс уголовного права. Общая часть : учебник для вузов / под ред. Н. Ф. Кузнецовой, И. М. Тяжковой. М., 1999. Т. 1 : Учение о преступлении. С. 201.

¹¹ Таганцев Н. С. Русское уголовное право. Тула, 2001. Т. 1. С. 50.

¹² Таганцев Н. С. Указ. соч. С. 50–51.

«Определяя преступное деяние как посягательство на правовую норму в ее реальном бытии или, другими словами, как посягательство на правоохраненные интересы жизни, мы тем самым устанавливаем и понятие об объекте преступного посягательства: таковым является заповедь или норма права, нашедшая свое выражение во входящем в сферу субъективных прав, охраненном этой нормой интересе жизни. Так, говоря, что воровство есть похищение чужого движимого имущества, мы этим указываем, что конкретным предметом, на который направляется преступное деяние, являются часы, кошелек и т.п., находящиеся в чьем-либо обладании, а отвлеченным объектом — норма права, определяющая отношение лиц по имуществу и защищающая неприкосновенность собственности и владения. <...> Даже наказуемое по ст. 287 жестокое обращение с животными имеет своим объектом не животное как таковое, а интересы народной нравственности, оскорбление чувства сострадания, опасность огрубления нравов и т.п.»¹³.

Сравнивая данные положения с концептуальными основами теории объекта как общественного отношения, нетрудно заметить, что между двумя теориями нет принципиальных противоречий, а «имеющаяся дискуссия в большей степени имеет политизированный оттенок, отражает стремление представителей теории интереса (блага) дистанцироваться от советской школы уголовного права и использовать в своих рассуждениях “нейтральное” понятие интереса или блага вместо “имеющего ложный идеологический заряд” понятия “общественные отношения”. В действительности же категория общественных отношений объективна и не имеет политической или идеологической окраски»¹⁴. Концепция объекта преступления как общественных отношений является усовершенствованной концепцией объекта как правового блага (правоохраняемого интереса).

ЛЮДИ КАК ОБЪЕКТ ПРЕСТУПЛЕНИЯ

Истоки данной концепции, как и предыдущей, лежат в трудах ученых-криминалистов XIX столетия¹⁵. Современная трактовка концепции, согласно которой под объектом преступления понимается человек или группа людей, пред-

ставлена в трудах профессора Г. П. Новоселова. По его мнению, «объектом любого преступления, а не только направленного против личности, выступают люди, которые в одних случаях выступают в качестве отдельных физических лиц, в других — как некоторого рода множество лиц, имеющих или не имеющих статус юридического лица, в-третьих — как социум (общество)»¹⁶. При обосновании своей позиции ученый исходит из взаимосвязанности следующих положений.

«Поскольку каждое преступление есть отношение лица к людям, то на этом основании можно констатировать, что объект преступления есть не само общественное отношение, а лишь одна его сторона. <...> В качестве стороны общественных отношений объектом преступления выступает определенный участник отношений, а стало быть, объект — это всегда люди (отдельное лицо или группа лиц), и только они»¹⁷.

Представления об объекте, как справедливо полагает Г. П. Новоселов, должны быть обусловлены решением вопроса о сущности преступного вреда, понятие которого принципиально отличается от понятия общественно опасных (преступных) последствий. «Преступные последствия, — пишет он, — есть причинно связанные с содеянным любые изменения окружающего мира, где бы (в природе, имуществе, документах, здоровье человека и т.д.) они ни происходили и какой бы (физический, химический и т.д.) характер ни носили», тогда как «сущность преступного вреда состоит в лишении кого-либо не юридической, а фактической возможности законного удовлетворения своих потребностей»¹⁸.

Преступные последствия характеризуются Г. П. Новоселовым как результат физического взаимодействия субъекта и предмета преступления. Поскольку «во всяком взаимодействии предполагается несколько сторон, одна из которых при совершении преступления — сам действующий виновный, а другая — предмет посягательства», место предмета преступления в структуре преступного посягательства определяется тем, что он характеризует одну из сторон взаимодействия, вызывающего какие-либо изменения в окружающем мире, т.е. «предмет преступления всегда есть нечто, подвергающееся преступному воздействию со стороны виновного»¹⁹. Между тем «способность чего-либо служить предметом преступления

¹³ Таганцев Н. С. Указ. соч. С. 394, 396.

¹⁴ Пудовочкин Ю. Е. Учение о составе преступления : учебное пособие. М., 2009. С. 44.

¹⁵ Будзинский С. М. Начало уголовного права. Варшава, 1870; Калмыков П. Д. Учебник уголовного права. Часть общая. СПб., 1886; Кистяковский А. Ф. Элементарный учебник общего уголовного права с подробным изложением русского уголовного законодательства. Часть общая. Киев, 1891.

¹⁶ Новоселов Г. П. Учение об объекте преступления. С. 60.

¹⁷ Новоселов Г. П. Глава 6. Объект преступления // Уголовное право. Общая часть : учебник для вузов / отв. ред. И. Я. Козаченко и З. А. Незнамова. М., 1997. С. 133.

¹⁸ Новоселов Г. П. Глава 6. Объект преступления. С. 46–47, 57.

¹⁹ Новоселов Г. П. Глава 6. Объект преступления. С. 51.

возникает не в силу предусмотренности законодателем в качестве признака состава преступления, а по объективным причинам, в частности в силу возможности служить средством удовлетворения потребностей людей и порождать между ними определенные отношения»²⁰. В этой связи Г. П. Новоселов консолидируется со сторонниками концепции объекта преступления как общественных отношений в том, что вне связи с людьми и общественными отношениями предмет преступления не существует и существовать не может в принципе. В итоге предмет преступления определяется ученым как различного рода материальные (имущество, деньги и т.п.) или нематериальные (честь, достоинство, интеллектуальная собственность) блага (ценности), способные удовлетворять потребности людей, преступное воздействие на которые (или незаконное обращение с которыми) причиняет или создает угрозу причинения вреда. В наиболее обобщенном виде перечень таких ценностей, выступающих предметом преступления, с одной стороны, а с другой стороны, по версии Г. П. Новоселова, — объектом уголовно-правовой охраны, зафиксирован в ч. 1 ст. 2 УК РФ (права и свободы человека и гражданина, собственность, общественный порядок и общественная безопасность, окружающая среда, конституционный строй Российской Федерации, мир и безопасность человечества).

И далее. «Если исходить из того, что преступный вред и преступные последствия — понятия не тождественные, то вполне логично рассматривать как вред не сами по себе изменения, производимые в результате преступного воздействия, а некоторого рода их оценку, отражающую значимость данных изменений для людей. Действия человека способны уничтожить, повредить, видоизменить какую-либо вещь, однако изменения окружающей действительности, порождаемые деянием, вне связи с их отношением к человеку не являются отрицательными или положительными. Более того, одни и те же изменения окружающего мира могут иметь неодинаковое, даже противоположное значение для разных лиц, причиняя, например, ущерб собственнику и обогащая виновного, незаконно присвоившего чужое имущество. Полагая, что в понятии вреда всегда отражается не просто физическая характеристика последствий преступления, а их социальная оценка, осуществляемая людьми с точки зрения их интересов, есть все основания утверждать: преступление причиняет или создает угрозу причинения вреда не чему-то (благам, нормам права, отношениям и т.п.), а кому-то, и, следовательно, как объект

преступления нужно рассматривать не что-то, а кого-то»²¹. По этим соображениям Г. П. Новоселов считает, что никакого иного вреда, кроме вреда людям, преступление причинить не может, значит, всякое лицо, являющееся потерпевшим, есть объект преступления.

Приведенная концепция объекта преступления в науке воспринимается критически. При таком понимании объекта преступления он перестает играть свою роль в раскрытии специфики общественно опасной направленности того или иного преступления, утрачивает свойство быть критерием для разграничения различных видов и групп преступлений, поскольку объектом любого из них (и убийства, и кражи, и государственной измены и т.п.) считается человек (люди). Как следствие, утрачивается практическое значение объекта преступления для систематизации Особенной части уголовного законодательства.

Главное же видится в том, что сторонникам концепции «объект преступления — человек (люди)» не удалось создать теорию объекта, изолированную от категории общественного отношения, ибо, как считает сам Г. П. Новоселов, «не будет ли более логичным положение о том, что не сам факт причинения вреда людям, их интересам влечет за собой нарушение (разрушение) “нормальных” общественных отношений, а как раз напротив: нарушение этих отношений нужно воспринимать как средство, способ и т.п. причинения вреда самим участникам отношений, их интересам»²². Значит, целью первого порядка для преступника все-таки является не человек или люди, а общественные отношения, которые ввиду своей содержательности, качественного многообразия и способности к теоретической классификации (взять, к примеру, деление отраслей права по предмету правового регулирования) в большей мере отвечают практическим потребностям уголовного права. Концепция объекта преступления как человека (людей) «представляет собой модифицированный вариант господствующей теории, но с концентрацией внимания только на участнике общественных отношений»²³.

ОБЪЕКТ ПРЕСТУПЛЕНИЯ — ИНТЕРЕСЫ СОЦИАЛЬНЫХ СУБЪЕКТОВ

Концептуальный взгляд на объект преступления как на некий социальный интерес в наиболее полном виде представлен в научных трудах профессора Е. И. Каиржанова. В своей

²¹ Там же. С. 53.

²² Там же. С. 129.

²³ Павлов С. Н. Объект и последствия преступления в теории уголовного права : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Ростов н/Д, 2011. С. 16.

²⁰ Новоселов Г. П. Глава 6. Объект преступления. С. 52.

монографии «Интересы трудящихся и Уголовный закон. Проблемы объекта преступления», вышедшей в Алма-Ате в 1973 году и переизданной с некоторыми уточнениями автора в 2008 году, Е. И. Каиржанов, опираясь на обширный анализ философской и социологической литературы, отстаивает точку зрения о том, что объектом преступления (объектом уголовно-правовой охраны) являются интересы социальных субъектов (индивидов, социальных групп, общества и государства)²⁴.

Необходимость признания интереса объектом уголовно-правовой защиты, как считал Е. И. Каиржанов, вытекает не только из материалистической философии классиков марксизма-ленинизма, которую ученый берет в качестве методологической базы своего исследования. В ряде случаев сам законодатель прямо выделяет тот или иной интерес в качестве объекта правовой охраны и преступного посягательства, например в статьях об ответственности за должностные преступления, где речь идет о причинении вреда «интересам граждан, организаций, общества или государства».

Рассматривая интерес как благо, которое находится в реальном и объективном мире, независимо от нашего сознания, Е. И. Каиржанов отводил ему роль своеобразного предмета элементарного общественного отношения, считая его ядром всякого общественного отношения. Сами общественные отношения «хотя и возникают независимо от сознания человека, но складываются по поводу и в связи с интересом, вокруг него». В итоге интерес определяется автором как «конкретное проявление и выражение определенных общественных отношений»²⁵.

Объект уголовно-правовой охраны, по мнению Е. И. Каиржанова, имеет не только материальную, но и формальную стороны. «Нет интереса в праве без его правовой защиты. Но нет права, конкретных правовых норм без охраняемого ими социально ценного интереса. Интерес и право тесно взаимосвязаны между собой и неразрывны в качестве объекта. <...> Как объект уголовно-правовой защиты тот или иной социально ценный интерес оформляется юридически, находит свою правовую форму (“оболочку”)²⁶.

Для определения объекта того или иного преступления в каждом отдельном случае ученый полагал необходимым обратиться к двум взаимосвязанным вопросам. «Во-первых, ка-

кие и чьи интересы (в смысле субъекта интереса) потерпели либо могли потерпеть ущерб? Это, другими словами, материальный, сущностно-содержательный признак или элемент объекта преступления. И, во-вторых, какая правовая норма, какое и чье право или правовой порядок нарушен преступлением, поскольку общественное отношение может находиться под защитой либо регулировкой разных правовых институтов, отраслей и норм права. Необходимо определить и установить, какая “правовая оболочка” того или иного “интереса” нарушена. Это как бы внешний, формально правовой признак или элемент объекта преступления»²⁷.

Считая, таким образом, объектом преступления с формальной стороны правовую норму, Е. И. Каиржанов пояснял, что «это лишь ближайшая сторона, видимая с правовой точки зрения сторона объекта преступления. Более глубокая, содержательная сторона, суть или общественная ценность объекта лежит в интересе, в материальном или моральном благе общества, государства, коллектива, отдельных людей, которые охраняются или защищаются данным правовым порядком от имени общества, государства. <...> Таким образом, объект преступления всегда выступает в своем единстве интереса и его правовой формы»²⁸.

Как видим, теория «объект преступления — интересы социальных субъектов» в своей основе тесно связана с концепцией объекта как общественных отношений. Как признается сам Е. И. Каиржанов во введении к своей монографии, он не противопоставляет разработанную им теорию господствующей концепции «объект преступления — общественные отношения», а видит в ней уточнение категории «общественные отношения» применительно к непосредственному объекту уголовно-правовой охраны²⁹. «Рассмотрение общественных отношений как общего основания для определения объекта преступления, — пишет Е. И. Каиржанов, — не может вызвать каких-либо принципиальных возражений. Оно основано на марксистско-ленинском понимании личности и общества, следовательно, такая концепция может быть общеметодологической базой, на которой может быть построено всякое уточнение и конкретизация объекта уголовно-правовой охраны»³⁰.

Вышеизложенные концепции объекта преступления не исчерпывают всего многообразия мнений по данной проблеме, которые имеются в современной литературе по уголовному пра-

²⁴ Каиржанов Е. И. Объект преступления — интересы социальных субъектов : монография. Алматы, 2008. С. 182.

²⁵ Каиржанов Е. И. Указ. соч. С. 81.

²⁶ Указ. соч. С. 82.

²⁷ Указ. соч. С. 92–93.

²⁸ Указ. соч. С. 93, 95.

²⁹ Указ. соч. С. 3.

³⁰ Указ. соч. С. 153.

ву. В противовес господствующей последние десятилетия концепции «объект преступления — общественные отношения» объектом преступления предлагается считать личные, общественные и государственные ценности³¹, охраняемую уголовным законом социальную безопасность, т.е. состояние защищенности жизненно важных интересов личности, общества и государства³², и др.

Не отвергая научной ценности и, вероятно, перспективности приведенных взглядов, вместе с тем следует отметить, что концепция объекта преступления как общественных отношений, без преувеличения, была (и остается) значимым достижением отечественной науки уголовного права, устойчиво держалась на протяжении десятилетий и послужила теоретической базой не для одного десятка уголовно-правовых исследований конкретных преступлений, нашла поддержку в судебной практике. Альтернатив-

ным теориям объекта преступления, ставшим с недавних пор популярными в российской науке уголовного права, не удалось дистанцироваться от категории общественного отношения в объяснении объекта преступления. Таковыми они объявляют, по существу, какой-либо из структурных элементов общественного отношения — его предмет (блага, ценности), участников, их интересы или права. При этом сколько-нибудь удовлетворительных объяснений тому, чем перестала устраивать традиционная концепция объекта ученых и практиков, в новейшей литературе по уголовному праву по большей части не находится. Это говорит о том, что в российской доктрине уголовного права корни теории объекта преступления как общественного отношения достаточно прочны, и чтобы ее потеснила какая-то другая концепция, нужны практически ориентированные уголовно-правовые исследования, с подлинно научным переосмыслением того опыта, который накоплен в учении об объекте преступления представителями классической, социологической и советской школ уголовного права XIX–XX столетий.

³¹ Фесенко Е. Объект преступления с точки зрения ценностной теории // Уголовное право. 2003. № 3. С. 72.

³² Зателепин О. К вопросу о понятии объекта преступления в уголовном праве // Уголовное право. 2003. № 1. С. 29–31.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. Будзинский С. М. Начало уголовного права. — Варшава, 1870.
2. Винокуров В. Н. Объект преступления: аспекты понимания, способы установления и применение уголовного закона. — М., 2012.
3. Жалинский А. Э. Глава 6. Объект преступления // Уголовное право России : в 2 т. Т. 1 : Общая часть / отв. ред. А. Н. Игнатов, Ю. А. Красиков. — М., 2000.
4. Загородников Н. И. Объект: Зателепин О. К вопросу о понятии объекта преступления в уголовном праве // Уголовное право. — 2003. — № 1.
5. Каиржанов Е. И. Объект преступления — интересы социальных субъектов. — Алматы, 2008.
6. Калмыков П. Д. Учебник уголовного права. Часть общая. — СПб., 1886.
7. Кистяковский А. Ф. Элементарный учебник общего уголовного права с подробным изложением русского уголовного законодательства. Часть общая. — Киев, 1891.
8. Наумов А. В. Российское уголовное право : Общая часть : курс лекций. — М., 1996.
9. Никифоров Б. С. Объект преступления по советскому уголовному праву. — М., 1960.
10. Новоселов Г. П. Глава 6. Объект преступления // Уголовное право. Общая часть / отв. ред. И. Я. Козаченко и З. А. Незнамова. — М., 1997.
11. Новоселов Г. П. Учение об объекте преступления. Методологические аспекты. — М., 2001.
12. Пионтковский А. А. Уголовное право РСФСР. Часть Общая. — М., 1925.
13. Пудовочкин Ю. Е. Учение о составе преступления : учебное пособие. — М., 2009. — 248 с.
14. Таганцев Н. С. Русское уголовное право. — Тула, 2001. — Т. 1.
15. Уголовное право России: Общая часть : учебник / под ред. Н. М. Кропачева, Б. В. Волженкина, В. В. Орехова. — СПб., 2006.
16. Фесенко Е. Объект преступления с точки зрения ценностной теории // Уголовное право. — 2003. — № 3.
17. Филимонов В. Д. Охранительная функция уголовного права. — СПб., 2003.

Материал поступил в редакцию 20 марта 2015 г.

ALTERNATIVE THEORIES OF THE OBJECT OF CRIME IN MODERN CRIMINAL LAW OF RUSSIA

Sharapov Roman Dmitriyevich, Doctor of Law, Professor, Head of the Department of Criminal Law and Procedure of Tyumen State University
[srd72@mail.ru]
625049, Russia, Tyumen, ul. Lenina, d. 38.

Review. *The Article contains a critical assay of main theories of the object of the crime that are explained in the context of the theory of modern criminal law as opposed to common understanding of the object of the crime as public relations. The Author analyzes two theories, namely, "the object of the crime is a legal virtue, an interest protected by law", "people as the object of the crime", "the object of the crime means the interests of social subjects". The Author concludes that alternative theories of the object of the crime have failed to distance themselves from the category of a public relation in explaining the object of the crime. Any structural element of a public relation is declared to be the object of the crime (its subject matter (virtues and values), participants, their interests and rights). This proves that in the Russian doctrine of criminal law the origins of understanding the object of the crime as a public relation are very strong and to supersede them by any other theory we need practically oriented studies of criminal law that provide authentically scientific reinterpretation of experience gained in the theory of the object of the crime by the representatives of classical sociological and Soviet schools of criminal law in XIX-XX centuries.*

Keywords: *The object of the crime, theories of the object, criminal law, crime, public relations, legal virtue, interest, the object of criminal law protection, individual, corpus delicti (elements of the crime).*

BIBLIOGRAPHY

1. *Budzinskiy S.M.* The origins of criminal law. Warsaw, 1870.
2. *Vinokurov V.N.* The object of the crime: aspects of understanding, ways of establishing and application of the criminal law. M., 2012.
3. *Zhalinskiy A.E.* Chapter 6. The object of the crime // Criminal Law of Russia. In 2 vol's, vol. 1. General part / Eds. A.N.Ignatov, Y.A.Krasikov. M., 2000.
4. *Zagorodnikov N.I.* The object: Объект: Zatelepin O. On the concept of the object of crime in criminal law // Ugolovnoye pravo. 2003, no. 1.
5. *Kairzhanov E.I.* The object of the crime: the interests of the social actors. Almaty, 2008.
6. *Kalmykov P.D.* Criminal Law Textbook. General Part. SPb., 1886.
7. *Kistyakovskiy A.F.* Elementary textbook of general criminal law detailing the Russian criminal legislature. General part. Kiev, 1891.
8. *Naumov A.V.* Russian criminal law. General part. Lectures. M., 1996.
9. *Nikiforov B.S.* The object of crime in Soviet criminal law. M., 1960.
10. *Novosyolov G.P.* Chapter 6. The subject of crime / Eds. I.Y.Kazachenko and Z.A.Neznamova. M., 1997.
11. *Novosyolov G.P.* The theory of the object of crime. Methodological aspects. M., 2001.
12. *Piontkovskiy A.A.* Criminal law of the RSFSR. General part. M., 1925.
13. *Pudovochkin Y.E.* The doctrine of elements of crime. Study guide. M., 2009, p. 248.
14. *Tagantsev N.S.* Russian criminal law. vol. 1, Tula, 2001.
15. Criminal law of Russia. General part. Textbook / Eds. N.M. Kropachyov, B.V. Volzhenkin, V.V.orekhova. SPb., 2006.
16. *Fasenko E.* The object of the crime from the viewpoint of the theory of value // Criminal law. 2003, no.3.
17. *Filimonov V.D.* Protective function of criminal law. SPb., 2003.

ТЕОРЕТИЧЕСКИЕ ПРОБЛЕМЫ ОТРАСЛЕЙ ПРАВА

А. В. Денисова*

САМОРЕГУЛЯЦИЯ В РОССИЙСКОМ УГОЛОВНОМ ПРАВЕ

Аннотация. В статье сделан вывод о том, что правовая система способна своими силами, благодаря саморегуляции, сохранять необходимую для нормального функционирования устойчивость, стабильность. Самоуправленческие процессы — это проявление свойства, внутренне присущего всем системным образованиям, проистекающего из их природы, следовательно, они имеют место и в правовой материи как на межотраслевом, так и на отраслевом уровнях. Применительно к отрасли уголовного права авторегуляционные процессы в известной мере определяют степень ее единства и целостности, уровень функциональных возможностей элементов ее системы, ибо благодаря исследуемым процессам происходит их гармонизация, самонастройка, приладка друг к другу. Саморегуляция в уголовном праве (и в праве в целом) осуществляется через функционирование системосохраняющего механизма, структурные элементы которого, как правило, служат средством интерпретации отраслевых формально-юридических источников, либо выступают основой для их разработки, либо даже напрямую регламентируют социальные взаимодействия, относящиеся к предмету правового регулирования, дополняя собой действующие правовые нормы или выступая в качестве их альтернативы. В статье проанализированы особенности функционирования системосохраняющего механизма в уголовном праве, дана подробная характеристика его структуры и содержания, выявлено значение этого механизма для обеспечения отраслевого саморегулирования. Тщательно исследованы структурные элементы системосохраняющего механизма: принципы, цели и задачи уголовного права, отраслевые презумпции и фикции, преюдиции, пробельные и коллизионные правила, правоположения. Они тесно взаимосвязаны и образуют сложный динамичный механизм саморегуляции уголовного права, сохраняющий и поддерживающий его системные характеристики. Таким образом, системосохраняющий механизм в уголовном праве — это объективно существующее подразделение системы уголовного права, его обязательный структурный компонент, благодаря которому происходят авторегуляционные процессы в отрасли, повышаются ее адаптационные возможности, что в конечном итоге сказывается на эффективности уголовного права во внешнем регулировании общественных отношений. Процессы саморегуляции воплощают собой тот резерв права, который обеспечивает разрешение одного из основных противоречий права — необходимости его стабильности и динамизма одновременно. В то же время исследуемые процессы и механизм значительно облегчают правоприменительную деятельность государства, обеспечивая оперативное разрешение возникающих в юридической практике вопросов.

Ключевые слова: саморегуляция в праве, системность права, уголовное право, системосохраняющий механизм, принципы уголовного права, отраслевые цели и задачи, юридические презумпции, фикции, преюдиции, пробельные правила, коллизионные правила.

DOI: 10.17803/1729-5920.2015.109.12.052-063

© А. В. Денисова, 2015

* Денисова Анна Васильевна, кандидат юридических наук, доцент, доцент кафедры уголовного права и криминологии Самарского государственного университета, докторант Всероссийского государственного университета юстиции (РПА Минюста России), [anden2012@yandex.ru]

443011, Россия, Самара, ул. Ак. Павлова, д. 1

Еще в середине XX века философы отметили, что «авторегуляционные процессы присущи и неорганическим системам»¹, к которым относится и право. То есть практически любая система способна своими силами сохранять необходимую для нормального функционирования устойчивость, стабильность. Объясняется это следующим: именно элементы формируют целое, выступая основой его содержательной стороны. Система, в свою очередь, активно воздействует на свои подсистемы и элементы, преобразовывая их в процессе решения конкретных задач. Но она не может изменить их природу, те субстанциональные свойства, характеризующие систему как реальность определенного качества. Препятствием здесь и выступают самоуправленческие процессы внутри системы. Все это свидетельствует не только об их значимости, но и о том, что данные процессы не случайны в праве, это проявление свойства, внутренне присущего всем системным образованиям, проистекающего из их природы.

Исследование самоорганизационных процессов основано на общем эффекте всех систем — способности разнокачественных элементов проявлять в известных условиях согласованную активность, направленную на упрочение системной структуры, противодействие ее распаду².

В праве же самоорганизация направлена на поддержание его в рабочем согласованном состоянии, необходимом для эффективного функционирования. По нашему мнению, саморегуляция — не признак, не функция, а внутреннее свойство права, выражающее его сущность и направление развития, характеризующее право в процессе его взаимосвязей с другими системами. Данное свойство обнаруживается через внутренние связи элементов системы и обеспечивается действием специального «защитно-настраивающего» механизма в праве (можно даже сказать, что исследуемое свойство и существует благодаря функционированию данного механизма).

Отметим, что данный механизм уже упоминался некоторыми исследователями: так, С. С. Алексеев и А. Ф. Черданцев писали о наличии в правовой системе своеобразного механизма «саморегулирования»³, Н. А. Власенко называет этот механизм нормативными условиями согласованности и единства правовых

норм⁴, а А. П. Заец и З. А. Незнамова считают, что его следует именовать именно системосохраняющим механизмом⁵. Исходя из системосохраняющих и саморегулирующих функций данного механизма, последнее название представляется наиболее удачным.

Термин «механизм», являясь понятием технического происхождения, достаточно прочно вошел в юридический лексикон. Этимология данного понятия привязана к внутреннему устройству и действию машины. Например, в словарях русского языка механизм определяется как совокупность подвижно соединенных частей, совершающих под действием приложенных сил заданное движение⁶. Поэтому механизм следует понимать как единство статических явлений и динамических процессов, целостность которых «оживляет» статику и придает устойчивость динамике. Любой механизм — это совокупность взаимосвязанных и взаимодействующих частей, элементов при наличии, с одной стороны, внутренней упорядоченности и согласованности между ними, а с другой — дифференциации и относительной автономности (самостоятельности). Так, В. С. Нерсесянц отмечает, что «механизм» — это всегда некая функциональная характеристика объекта, и данный термин следует использовать не для структурного описания системы, а для уяснения функциональной специфики ее различных частей и элементов⁷. Безусловно, системосохраняющий механизм является одной из составляющих правовой материи. Более того, данный механизм имеет непосредственное отношение к механизму правового регулирования, является его частью, включающей в себя совокупность правовых средств и юридического инструментария, специфических по своей природе и функциям, позволяющих правомерными (корректными) способами обеспечивать системность права, единство и согласованность его элементов, то есть осуществлять определенное саморегулирование в праве с целью ликвидации противоречивости и неопределенности в правовой системе.

По мнению философов-специалистов по общей теории систем, существует прямая зависимость между уровнем организованности

¹ Петрушенко Н. А. Принцип обратной связи. М., 1967. С. 106.

² См.: Щербаков А. С. Самоорганизация материи в неживой природе. М., 1990. С. 22.

³ Алексеев С. С. Проблемы теории права. Свердловск, 1973. Т. 2. С. 265; Черданцев А. Ф. Системность норм права // Сборник уч. трудов СЮИ. Вып. 12. Свердловск, 1970. С. 47–63.

⁴ Власенко Н. А. Обеспечение единства и согласованности функционирования системы советского права // Проблемы реализации права: межвуз. сб. науч. тр. СЮИ. 1990. С. 4–47.

⁵ Заец А. П. Система советского законодательства: проблема согласованности. Киев, 1987. С. 23; Незнамова З. А. Коллизии в уголовном праве. Екатеринбург, 1994. С. 13.

⁶ Большой словарь русского языка / под ред. А. П. Евревой. М., 1981. Т. 2. С. 262.

⁷ Проблемы общей теории права и государства / под ред. В. С. Нерсесянца. М., 2002. С. 128.

системы и результативностью функции само-сохранения системы, ее готовностью к активному реагированию на изменения внешней среды, порождающие противоречия внутри системы⁸.

Действительно, любая система испытывает на себе сильное воздействие внешней среды (со стороны как однопорядковых систем, так и систем более высокого уровня), и от степени ее единства, организованности зависит сохранение качественной определенности данной системы. Право как система не является в этом смысле исключением.

Любое правовое явление должно включиться в действующую правовую систему, то есть быть органичным для нее, не перекрывать действия других ее составляющих, не нарушать устойчивость существующих в системе связей. Система живет в своем действии, функционировании. Более того, ее результативность зависит именно от степени ее согласованности и способности относительно самостоятельно преодолевать различные внутренние и внешние возмущения, т.е. от способностей саморегулирования, самоорганизации.

Именно свойство саморегуляции обеспечивает качественную определенность и оптимальную работоспособность (функциональность) права (и уголовного права в частности). По нашему мнению, данное свойство следует признать одной из сторон проявления системных качеств права, ибо существование этого свойства поддерживается действием системосохраняющего механизма в праве. Отследить и описать данную характеристику возможно лишь в процессе работы вышеупомянутого механизма, который выполняет специфические внутриорганизационные функции, направленные на обеспечение единства и целостности правовой системы. Данный механизм действует в целях обеспечения высокого уровня организованности правовой системы, необходимого для ее эффективного функционирования. То есть это своеобразный механизм повышения внутренней организации права, под которой следует понимать «динамическое равновесие внутренних процессов системы»⁹. При этом динамическое равновесие является неотъемлемым условием развития правовой системы: необходимо постоянное поддержание оптимальных связей между ее элементами, содействие им в надлежащем выполнении возложенных на них функций. В противном случае

система дезорганизуется и не сможет выполнить отведенных ей задач в жизни общества¹⁰.

Системосохраняющий механизм по своей природе является внутренним регулятором, организатором правовой целостности как институционального образования, выполняет роль несущих конструкций правовой системы, наполняет ее жизненной энергетической силой, придающей праву свойства высокой организованности, действенности и реальности. Он объединяет разноуровневые элементы правовой системы, действуя при этом на всех стадиях правового регулирования — от процесса создания правовых норм до их претворения в реальное поведение субъектов. При этом сложность регулируемых общественных отношений, динамика социальной жизни и различные другие факторы постоянно проверяют прочность связей между компонентами правовой системы. Ее жизнеспособность, таким образом, зависит от наличия внутреннего регулятора, обеспечивающего бесперебойную работу ее составляющих, — специфического системосохраняющего механизма. По нашему мнению, он включает в себя, в свою структуру, следующие компоненты: принципы, цели и задачи права, презумпции и фикции, преюдиции, пробельные коллизионные правила, правоположения. Попытаемся кратко охарактеризовать каждый из них применительно к отрасли уголовного права.

Под принципами уголовного права следует понимать определенные идеи, основополагающие начала, которые определяют не только содержание правотворческой и правоприменительной деятельности в уголовно-правовой сфере, но и существование и функционирование всей отрасли в целом. Вобрав в себя нравственно-этические ценности, соответствующие принципы оказывают ценностно-ориентационное и регулятивное воздействие на сознание правоприменителей и рядовых граждан, что позволяет рассматривать их, вне зависимости от способов опосредования в уголовном законе, в качестве сущностных, глубинных свойств уголовно-правовой материи, пронизывающих структуру уголовного права, превращая образующие ее относительно самостоятельные элементы в целостное системное образование, именуемое уголовным правом.

Цели отрасли уголовного права как элемент системосохраняющего механизма — это мыслимый результат определенной юридической

⁸ См.: Юдин Э. Г. Системный подход и принцип деятельности. М., 1978; Аверьянов А. Н. Системное познание мира. М., 1985. С. 160–165.

⁹ Петров А. С. Экономические основы управления производством. М., 1966. С. 8.

¹⁰ В философской литературе исследуются проблемы организованности, жизни систем — их рождения, становления, мужания, старения и умирания (см., например: Гвишиани Д. М. Теоретико-методологические основания системных исследований и разработка проблем глобального развития // Системные исследования. М., 1982. С. 14).

и иной деятельности, результаты функционирования соответствующей отрасли. По нашему мнению, главными отраслевыми целями российского уголовного права следует признать поддержание правопорядка в стране и за ее пределами, а также обеспечение уголовно-правовыми средствами безопасного сосуществования людей в обществе (в том числе путем разрешения социальных конфликтов), что не препятствует выделению иных целей данной отрасли права, имеющих подчиненное значение по отношению к вышеуказанным.

Достижение целей предполагает последовательное решение ряда взаимосвязанных задач, стоящих перед отраслью, — проблем, требующих разрешения; задачи, таким образом, выступают в качестве промежуточных целей отрасли уголовного права. Эти задачи определены в ч. 1 ст. 2 Уголовного кодекса РФ (охранительная — охрана прав и свобод человека и гражданина, собственности, общественного порядка и общественной безопасности, окружающей среды, конституционного строя РФ от преступных посягательств; миротворческая — обеспечение мира и безопасности человечества; профилактическая — предупреждение преступлений, при этом в специальной литературе отмечается, что из последней задачи непосредственно вытекает еще одна — воспитательная задача¹¹).

Юридические презумпции как элемент системосохраняющего механизма в уголовном праве — это средства юридической техники, заключающиеся в признании фактов, связей, явлений, ситуаций истинными, пока не будет доказано обратное, и влекущие уголовно-правовые последствия. В специальной литературе выявлено и исследовано множество общеправовых и отраслевых презумпций, имеющих значение в системе уголовного права, в частности презумпции невиновности, знания закона, истинности уголовного запрета, вменяемости, непонимания малолетними общественной опасности деяния, необъективной оценки обороняющимся лицом степени и характера опасности нападения вследствие неожиданности посягательства и др.¹²

Презумптивные положения, по нашему мнению, действуют на всех стадиях процесса уголовно-правового регулирования, начиная от

правотворчества (там они используются в качестве приема законодательной техники) и заканчивая стадией реализации уголовно-правовых норм, особенно ярко их действие проявляется в правоприменительной деятельности, способствуя ее эффективности и соблюдению разумных сроков судопроизводства (ч. 1 ст. 6 Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод).

Можно заключить, что юридические презумпции совершенствуют уголовно-правовые нормы таким образом, чтобы они могли реально, эффективно и в соответствии с Конституцией РФ применяться на практике. То есть презумпции необходимы для согласования правовых норм как одинаковой, так и различной отраслевой принадлежности, для обеспечения стабильности системы уголовного права, для экономии времени и объема уголовно-правовых средств воздействия. Именно по этой причине их следует признать важными составляющими системосохраняющего механизма как отрасли уголовного права, так и правовой системы в целом.

Фикции как элемент системосохраняющего механизма в уголовном праве представляют собой особые юридические средства — правила придания нужной видимости правовой действительности, которые находят свое выражение в тексте источников уголовного права и легитимно реализуются в решениях правоприменительных органов, их характерная особенность — специфическое содержание: они предписывают считать несуществующие факты существующими и наоборот.

Рядом ученых выявлена и исследована реализация уголовно-правовых фикций в понятии преступления, институте рецидива преступлений, формальных составах, условном осуждении, институтах освобождения от уголовной ответственности и наказания¹³. Сравнивая фикции с презумпциями, отметим, что последние, в отличие от первых, допускают свою оспоримость; однако в процессе взаимодействия в системосохраняющем механизме правовой системы и презумпции, и фикции дополняют друг друга, в некоторых случаях презумпция выступает общим правилом, а фикция — исключением из него. Так, презумпция истинности уголовного запрета подтверждается правоприменительной практикой привлечения к уголовной ответственности за совершение преступлений, предусмотренных УК РФ, в то же время из этого общего правила есть исключения в виде освобождения лиц от уголовной ответственности и наказания в связи с истечением сроков давности

¹¹ См., например: *Наумов А. В.* Российское уголовное право : курс лекций : в 3 т. М., 2011. Т. 1 : Общая часть. С. 38 ; *Уголовное право. Общая часть : учебник / отв. ред. И. Я. Козаченко.* М., 2008. С. 49.

¹² См., например: *Зуев Ю. Г.* Презумпции в уголовном праве : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Казань, 2000. С. 19–20 ; *Панько К. К.* Презумпции в уголовном праве как прием законотворчества // *Журнал российского права.* 2005. № 3. С. 65–67 ; *Козлов А. В., Мурзаков С. И.* Презумпции в уголовном праве // *Юридическая техника.* 2010. № 4. С. 249–251.

¹³ См.: *Панько К. К.* Теория и практика законотворчества в уголовном праве. М., 2011. С. 204–220.

по причине существования правовой фикции, согласно которой государство, по истечении указанного в уголовном законе промежутка времени (для определенных категорий преступлений), не достигнув целей уголовного преследования, прекращает таковое, то есть провозглашает существующее несуществующим.

По нашему мнению, под фикциями следует понимать специфическую форму проявления и дополнения уголовного права, в них заключена целесообразная попытка правового инструментария выйти за пределы самого себя, ибо в отдельных случаях для всесторонности и полноты уголовно-правового регулирования не хватает именно этого — придания правового значения несуществующему или лишение правового значения существующих фактов.

Следующий элемент системосохраняющего механизма уголовного права — преюдиции, существующие как в процессуальном, так и в материальном аспекте, но в любом случае предполагающие законность и обоснованность ранее вынесенных процессуальных решений, которым придается уголовно-правовое значение, возможность порождать, изменять или прекращать уголовно-правовые последствия. Представляется, что преюдиция в процессуальном смысле — это специальная разновидность презумпций о законности и обоснованности ранее вынесенных процессуальных решений, имеющих значение для расследования и рассмотрения конкретного уголовного дела.

Материально-правовое понимание преюдиции в уголовном праве, как правило, связано с существованием составов преступлений с административной преюдицией. Суть административной преюдиции заключается в привлечении лица к уголовной ответственности, если оно совершило повторное деяние в течение определенного периода времени после наложения одного или двух административных наказаний за такое же правонарушение¹⁴. Все вышеизложенное позволяет заключить, что преюдиция вообще и административная преюдиция в частности могут быть эффективным способом противодействия преступности, обеспечивающим экономию мер уголовной репрессии и средств уголовной юстиции, что подтверждает целесообразность ее применения. Использование преюдиции позволяет государству более дифференцированно реагировать по отношению к лицам, впервые вставшим на путь

правонарушений, и к лицам, не исправившимся после применения к ним административного наказания.

Пробельные правила как элемент системосохраняющего механизма в уголовном праве — это доктринальные правила по установлению, преодолению и устранению пробелов в системе уголовного права. Отметим, что российское законодательство не дает никаких рекомендаций следственным и судебным органам о том, как им себя вести при обнаружении правовых пробелов. Значит, в силу ст. 2 Конституции РФ они в любом случае должны признавать, соблюдать и защищать права и свободы граждан — как совершивших преступления, так и потерпевших от них. Однако обязательно подчеркнем, что обнаруженный пробел не должен быть связан с необходимостью криминализации деяния, определением границ преступного и уголовно наказуемого поведения, ибо в последнем случае «восполнение этого вида пробелов является исключительной прерогативой законодателя»¹⁵. Именно в результате правотворческой деятельности законодателя пробел заполняется постоянным правовым содержанием, рассчитанным на неоднократное применение, окончательно устраняется из отрасли уголовного права.

Наличие пробельных правил в системосохраняющем механизме уголовного права, а следовательно, и в отраслевой системе обеспечивает их оптимальное и бесперебойное функционирование, жизненно необходимое для своевременного решения отраслевых задач и достижения соответствующих целей.

Не менее важный элемент системосохраняющего механизма в уголовном праве — коллизионные правила, т.е. доктринальные правила по установлению, преодолению и устранению коллизий в системе уголовного права, зафиксированные в формально-юридических источниках уголовного права. Они относительно самостоятельны по своему функциональному предназначению, ибо любое коллизионное правило регламентирует действия правоприменителя по выбору одной из коллидирующих норм применительно к конкретной ситуации. Это позволяет говорить о достаточной автономности данной группы правил в правовой системе, об их специфичном предмете регулирования. Кроме того, это также подчеркивает их юридическую силу и значение, они обладают «наибольшим властным началом»¹⁶, в силу которого и способны разрешить возникший

¹⁴ См., например: *Ямашева Е. В.* К вопросу о восстановлении института административной преюдиции в уголовном законе России // *Журнал российского права.* 2009. № 10. С. 69; *Безверхов А. Г.* Административная преюдиция в уголовном праве России // *Актуальные проблемы уголовного права, криминологии, уголовно-исполнительного права.* Самара, 2012. С. 7.

¹⁵ *Наумов А. В.* Применение уголовно-правовых норм. Волгоград, 1973. С. 144.

¹⁶ *Власенко Н. А.* Коллизионные нормы в советском праве. Иркутск, 1984. С. 51.

конфликт правовых норм, установить порядок реализации сталкивающихся нормативных предписаний и тем самым стабилизировать правовую систему, поддержать ее равновесное состояние.

В настоящее время самостоятельная подсистема коллизионных правил отсутствует как на отраслевом, так и на межотраслевом уровнях (сказанное не касается международного частного права, которое первоначально возникло и развивалось как коллизионное право), отдельные коллизионные предписания можно встретить в различных нормативных правовых актах: так, в ч. 2 и 3 ст. 2 Федерального закона от 13 июня 1996 г. «О введении в действие Уголовного кодекса Российской Федерации» и ст. 10 УК РФ содержатся специальные правила разрешения темпоральных коллизий между правовыми нормами и предписаниями, принятыми в разное время.

Таким образом, коллизионные правила являются важными системосохраняющими факторами для отрасли уголовного права, необходимыми для сохранения, защиты целостности правовой системы (и системы уголовного права, в частности) от разного рода внешних и внутренних факторов, противодействующих ее нормальному функционированию.

Весьма близки к коллизионным правилам и т.н. правоположения в уголовном праве — это объективированные в индивидуальных актах правоприменительных органов специальные правила преодоления неясных (формально неопределенных), коллизионных и пробельных ситуаций, возникающих в системе уголовного права, признанные и одобренные иными правоприменителями, которые следуют им в своей профессиональной деятельности, придавая им тем самым востребованный характер. Их мы также включаем в структуру системосохраняющего механизма.

Правоположения создаются первоначально в связи с наступлением конкретных жизненных фактов и только затем начинают применяться ко всем аналогичным фактам как общее правило. То есть это устоявшиеся и признанные позиции правоприменительных органов, которые с наибольшей определенностью отражают волю законодателя и оказывают определенное юридическое воздействие на участников общественных отношений, относящихся к предмету уголовно-правового регулирования. Так, правоположением можно признать правило о том, что действия виновного следует квалифицировать по п. «г» ч. 2 ст. 158 УК РФ в тех случаях, когда имущество похищается из одежды, сумки или другой ручной клади, находившихся у живых лиц; следовательно, хищение имущества,

находившегося при потерпевшем, после его убийства не может быть квалифицировано по п. «г» ч. 2 ст. 158 УК РФ¹⁷.

В первую очередь правоположения призваны «обслужить» конкретное уголовное дело, в связи с которым и принимается соответствующий правоприменительный акт. Однако далее в силу авторитета принявшего его органа и обдуманности его позиции по данному вопросу, не вызывающей сомнения ни у теоретиков уголовного права, ни у практиков, сформулированные им выводы приобретают широкое действие, применяются при расследовании и рассмотрении других дел. Отметим, что правоположения неразрывно связаны с существующими уголовно-правовыми нормами, не могут применяться в отрыве от них, созданы для их обслуживания и приладки к актуальным потребностям социальной действительности.

Все вышеуказанные правовые явления (принципы, цели и задачи уголовного права, презумпции и фикции, преюдиции, пробельные и коллизионные правила, правоположения) находятся в тесной взаимосвязи и образуют сложный динамичный механизм саморегуляции уголовного права, сохраняющий и поддерживающий его системные характеристики.

Существование данного механизма объективно обусловлено потребностями системы: ей нужен специальный инструментарий, который находится в постоянной работе. Обладая необходимым резервом, запасом прочности, он способен включить в момент необходимости дополнительные средства, распространяя свое действие на все те отношения, в урегулировании которых произошел сбой.

По нашему мнению, системосохраняющий механизм в праве действует как на межотраслевом, так и на отраслевом уровнях. В первом случае он действует по правилам, относительно отвлеченным от отраслевой принадлежности интегрируемых правовых явлений, проявляет единство в многообразии разноотраслевых норм, институтов, актов, правоотношений, связывает их в единую национальную правовую систему. Межотраслевой уровень действия системосохраняющего механизма предполагает разностороннее развитие и поддержание в праве системных качеств, совершенствование функциональных возможностей составляющих

¹⁷ Кассационное определение Верховного Суда РФ от 19.01.2012 № 11-О11-99 // Обзор судебной практики Верховного Суда РФ за I квартал 2012 года, утвержденный Президиумом Верховного Суда РФ 20.06.2012; определение Верховного Суда РФ от 12.04.2012 № 33-Д12-1 // Обзор надзорной практики Судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда РФ за 1-е полугодие 2012 года, утвержденный Президиумом Верховного Суда РФ 17.10.2012.

его подсистем (в первую очередь различных отраслей права), слаженность их проявления в процессе регулятивной и охранительной деятельности.

Во втором случае следует рассматривать действие системосохраняющего механизма в конкретной отраслевой подсистеме, определенной правовой целостности, ограниченной рамками соответствующих предмета и метода правового регулирования. То есть отраслевой системосохраняющий механизм — это форма существования всеобщего системосохраняющего правового механизма в условных отраслевых границах, его реализация в конкретной отрасли права. То есть принципиально действие системосохраняющего механизма на межотраслевом и отраслевом уровнях мало чем различается, оно отличается масштабностью, спецификой и охватом решаемых задач. Те же самые составляющие системосохраняющего механизма приводят его в действие как на межотраслевом, так и на отраслевом уровнях, исследуемый механизм выполняет в праве единые функции, независимо от особенностей и отраслевой принадлежности интегрируемых правовых явлений. Более того, даже в процессах функционирования системосохраняющего механизма на любом уровне обнаруживаются общие закономерности, свидетельствующие о единстве, цельности данного механизма, обладающего специфическими особенностями в разных отраслевых сферах. Все дело в том, в каких границах рассматривать действие данного механизма. Можно рассматривать его в рамках отрасли уголовного права, но при этом не забывать о том, что это нечто единое, это самостоятельное явление, существующее в праве. То есть исследователи не должны замыкаться на отраслевых пределах действия данного механизма, ибо «особенное существует в неразрывной связи с общим»¹⁸. Отраслевой уровень исследования ориентирует ученых на поиск специфического в явлениях, на обнаружение их качественного своеобразия. Познание идет от изучения единичных явлений к обнаружению в них особенного, а затем — к открытию общего, закономерного, действующего на всех уровнях.

Функционирование системосохраняющего механизма в уголовном праве (на отраслевом уровне) есть не что иное, как определенное действие соответствующего механизма, ограниченное пространством уголовно-правового регулирования. То есть существование системосохраняющего механизма в уголовном праве — это форма и способ предметной реализации одноименного механизма в праве, его отрас-

левая форма бытия в правовом пространстве, в которой выражаются специфика и тенденции развития уголовно-правовой материи, отражаются особенности отраслевого юридического режима.

Отметим, что в данной статье не затронуты вопросы действия системосохраняющего механизма на межотраслевом уровне, ибо существует немало связанных с этим проблем, требующих пристального научного осмысления, однако не являющихся предметом нашего исследования. Представляется более необходимым и соответствующим целям этой работы проведение тщательного анализа особенностей функционирования системосохраняющего механизма в уголовном праве, отражающих специфику процессов саморегуляции на данном отраслевом уровне.

Выявить эти особенности возможно на конкретных примерах действия системосохраняющего механизма в уголовном праве. Так, по нашему мнению, именно существование данного механизма обусловило принятие Пленумом Верховного Суда РФ постановления от 29 мая 2014 г. № 9 «О практике назначения и изменения судами видов исправительных учреждений»¹⁹, в котором разрешаются многие практически значимые вопросы с использованием системосохраняющего инструментария: так, в п. 1 данного постановления перечисляются принципы, цели и задачи уголовно-правового регулирования, реализуемые в процессе назначения вида исправительного учреждения: справедливость, гуманизм, законность, дифференциация уголовной ответственности, достижение целей уголовного наказания, а также индивидуализация исполнения наказания в отношении лица, осужденного к лишению свободы. При решении проблемных вопросов правового регулирования процессов назначения и изменения видов исправительных учреждений Пленум Верховного Суда неоднократно обращался к презумпциям: лица, осужденные за неосторожные преступления, характеризуются меньшей степенью общественной опасности, чем лица, осужденные за совершение умышленных преступлений (п. 2); лица, в прошлом отбывавшие наказание в виде лишения свободы в исправительных учреждениях, характеризуются большей степенью общественной опасности, чем лица, впервые осужденные к реальному отбыванию данного вида наказания (п. 11); правомерное поведение осужденного, его добросовестное отношение к учебе и труду, раскаяние в совершенном деянии, частичное или полное возмещение причиненного ущерба в период отбывания им уго-

¹⁸ Философский энциклопедический словарь. М., 1983. С. 182.

¹⁹ Российская газета. 2014. 4 июня.

ловного наказания свидетельствуют о снижении уровня его общественной опасности (п. 25, 28, 30); для этого необходимо определенное время, поскольку осужденные должны не только продемонстрировать навыки законопослушного поведения, но и доказать государству, что эти навыки трансформировались у них в соответствующий образ жизни, что происходит не одновременно, а в течение сроков, установленных уголовно-исполнительным законодательством (п. 26); лица, совершившие тяжкое или особо тяжкое преступление в несовершеннолетнем возрасте, характеризуются меньшим уровнем общественной опасности, чем совершеннолетние преступники, даже если к моменту вынесения обвинительного приговора они достигли возраста 18 лет (п. 10), и др.

Также при принятии вышеупомянутого постановления были использованы и правовые фикции: например, в п. 10 говорится о том, что в случае осуждения лица мужского пола за особо тяжкое преступление, совершенное им до достижения 18-летнего возраста, и за умышленное преступление средней тяжести после достижения этого возраста, ему должна быть назначена исправительная колония общего режима (то есть Верховный Суд РФ придал нужную видимость правовой действительности, предписав считать существующий факт предыдущего осуждения за особо тяжкое преступление юридически не существующим). Тот же самый прием был использован в постановлении при перечислении лиц, которые не могут рассматриваться как ранее отбывавшие лишение свободы в исправительных учреждениях. Так, в пп. «д» п. 12 говорится о лицах, осужденных к лишению свободы и отбывших наказание в местах лишения свободы за деяния, преступность и наказуемость которых была устранена новым законом, либо в новой редакции санкции соответствующей статьи Особенной части Уголовного кодекса РФ не предусмотрено такое наказание, как лишение свободы. То есть опять Верховный Суд РФ дает указание признавать фактическое отбывание наказания в виде лишения свободы в исправительном учреждении в прошлом юридически не существовавшим. Аналогичный вывод можно сделать и относительно п. 13, где говорится о том, что судимости, снятые или погашенные в установленном законом порядке, судимости за неосторожные преступления, а также судимости, указанные в ч. 4 ст. 18 УК РФ (например, за умышленные преступления небольшой тяжести и т.д.), не учитываются при признании рецидива преступлений и поэтому не могут являться основанием для назначения исправительной колонии строгого или особого режима.

Было сформулировано Верховным Судом РФ и пробельное правило, подлежащее применению в случаях неправильного назначения вида исправительного учреждения: суд апелляционной инстанции на основании п. 4 ч. 1 ст. 389.26 УПК РФ вправе изменить на более мягкий или более строгий вид исправительного учреждения в соответствии с требованиями ст. 58 УК РФ. Однако при этом более строгий вид исправительного учреждения может быть назначен только при наличии представления прокурора либо жалобы потерпевшего или частного обвинителя, их законных представителей и (или) представителей (п. 19). Соответствующее положение не закреплено в законодательстве, это новелла, введенная в правовую систему вышеуказанным постановлением Пленума Верховного Суда РФ и устранившая имеющуюся по данному вопросу неопределенность.

Анализируемые разъяснения подтверждают действие системосохраняющего механизма на отраслевом уровне, иллюстрируют процессы внутренней саморегуляции в рамках конкретной отрасли права при осуществлении и определенной гармонизации правовых явлений в блоке отраслей криминального цикла. В данном случае Верховный Суд РФ предпринял меры для совершенствования практики назначения и изменения судами видов исправительных учреждений, постарался выявить все вопросы и проблемы, возникающие при этом, и разрешить их, тем самым способствуя более точной настройке механизмов уголовно-правового регулирования в этой сфере и устранению неопределенности и прочих дефектов в содержании уголовного, уголовно-исполнительного и уголовно-процессуального законодательства. Несмотря на то что в настоящей статье анализируется действие системосохраняющего механизма на отраслевом уровне (в уголовном праве), мы не можем искусственно ограничить его функционирование отраслевыми перегородками, ибо в процессе саморегуляции в праве, как правило, происходит гармонизация (согласование) разных правовых явлений, не всегда характеризующихся единой отраслевой принадлежностью, вследствие чего происходят изменения на различных участках правового регулирования. В правовой действительности ни одна из отраслей права не может существовать изолированно от других, нормы определенной отраслевой принадлежности не могут применяться обособленно, в отрыве от иноотраслевых нормативных предписаний.

Представляется, что в праве системосохраняющий механизм приводится в действие, а авторегуляционные процессы актуализируются не только благодаря разъяснениям Верховного

Суда РФ, но и решениям Конституционного Суда РФ, а иногда и иных правоприменительных органов; главное при этом — чтобы соответствующие акты были признаны и одобрены иными властными субъектами уголовно-правовых отношений, были востребованы ими в их профессиональной деятельности. Это особенно ярко видно на примере правоположений как элемента системосохраняющего механизма в уголовном праве.

Так, действие системосохраняющего механизма в уголовном праве, обеспечивающее саморегуляцию последнего, можно наблюдать на примере судебных решений, вынесенных по конкретным уголовным делам. Например, Верховный Суд РФ своими решениями неоднократно признавал свидетельство о регистрации и паспорт технического средства на автомашину важными личными документами и квалифицировал их похищение у потерпевшего по ч. 2 ст. 325 УК РФ²⁰, хотя, по сути, эти документы — способ идентификации в первую очередь автомобиля, а не его владельцев, т.е. личными документами их можно признать с большой натяжкой. Так, паспорт транспортного средства — это документ, содержащий сведения об основных технических характеристиках автомобиля, идентификационные данные его основных агрегатов, сведения о собственнике, постановке на учет и снятии с учета. В этом документе, как правило, указываются идентификационный номер, марка, модель, наименование и категория транспортного средства, год его изготовления, модель и номер двигателя, номера шасси и кузова, цвет кузова, мощность, рабочий объем и тип двигателя, разрешенная максимальная масса, масса без нагрузки, а также сведения об изготовителе, о стране вывоза и таможенных ограничениях. В свидетельстве о регистрации технического средства указываются данные об этом средстве (номера, модель, год выпуска и другие), а также собственник транспортного средства; этот документ подтверждает соблюдение Правил о порядке регистрации транспортного средства в ГИБДД РФ. Таким образом, оба документа в целом характеризуют не личность, сведения о собственнике прописаны в них далеко не на первом месте, более того, правомерно управлять автомобилем могут и иные лица (например, по доверенности). Эти документы не удостоверяют факты, относящиеся непосредственно к личности. Следовательно, признав их важными личными документами, Верховный Суд тем самым

сформулировал соответствующее правоположение, в дальнейшем воспринятое правоприменительной практикой. То есть это некое формализованное общее положение, которое впоследствии не имеет универсального юридически обязательного характера при рассмотрении других уголовных дел, не обеспечено официальными санкциями и соблюдается добровольно в силу авторитетности его создателя, заинтересованности иных адресатов (любой правоприменитель максимально заинтересован в четкости и ясности правового материала, в устранении юридических неопределенностей в процессе работы) и определенного «социального давления», которое оказывает на потенциальных (и тем более фактических) нарушителей профессиональное сообщество.

В анализируемых случаях была дана специфическая трактовка понятия «важный личный документ», ему было дано расширительное понимание на том основании, что соответствующие документы подтверждают какое-либо право (например, право пользования чем-либо) или выдаются для реализации гражданами их личных прав²¹. В специальной литературе указывается на совсем другие характеристики такого документа: во-первых, он не должен содержать указания на права или обязанности, указания на нормативные правовые акты, предоставляющие субъектам права или возлагающие на них обязанности; во-вторых, не должен удостоверять фактов, которые порождают юридические последствия во всех случаях или в случаях, специально предусмотренных нормативными правовыми актами (в этом заключается его отличие от официального документа); в-третьих, он удостоверяет обстоятельства, характеризующие личность, но непосредственно не влекущие юридических последствий (например, паспорт, диплом о высшем образовании и т.п.)²². Доктринальное толкование данного термина представляется более уместным, ибо позволяет четко разграничивать несколько понятий документа, используемых в тексте УК РФ и конкурирующих между собой (удостоверение, важный личный документ, официальный документ и т.д.), системно понимать предписания уголовного законодательства и однозначно применять их на практике.

Не меньше вопросов вызывает и такая характеристика исследуемой разновидности документов, как «важный». Возникает вопрос об

²⁰ Бюллетень Верховного Суда РФ. 2001. № 8. С. 17; Бюллетень Верховного Суда РФ. 2003. № 4; постановление Президиума Верховного Суда РФ № 221-П13пр // Обзор судебной практики Верховного Суда РФ за четвертый квартал 2013 г. (утвержден Президиумом Верховного Суда РФ 04.06.2014).

²¹ Постановление Президиума Верховного Суда РФ от 19.03.2008 № 27-П08; постановление Президиума Верховного Суда РФ от 30.10.2013 № 221-П13пр // www.vsr.fu

²² См.: Бриллиантов А. О понятии важного личного документа // Уголовное право. 2011. № 1. С. 13.

их значимости: для кого они должны выступать важными документами — для потерпевших или должностных лиц государственных органов? По мнению А. В. Наумова и А. В. Бриллиантова, признание документа важным для потерпевшего должно осуществляться правоприменителем в каждом конкретном случае на основе оценки фактических обстоятельств дела (установление степени важности похищенного документа для конкретного потерпевшего, характер достоверяемых сведений, временные и иные затраты на восстановление документа, последствия, связанные с отсутствием документа, и другие обстоятельства)²³. Мы со своей стороны согласимся с мнением Л. А. Букалеровой, что признак «важный», являющийся по своему характеру оценочным, примененный законодателем в уголовном законе по отношению к личному документу, не является юридически обоснованным термином и не должен быть использован при конструировании соответствующей уголовно-правовой нормы²⁴, следовательно, от его использования в диспозиции ч. 2 ст. 325 УК РФ можно и нужно отказаться.

Таким образом, свидетельство о регистрации и паспорт технического средства на автомашину признаются в России важными личными документами в силу сложившейся правоприменительной практики, так как в формально-юридических источниках уголовного права отсутствуют определения важных личных документов, официальных документов, удостоверений и не сформулированы критерии их разграничения. Соответствующая ситуация приводит в действие системосохраняющий механизм на этом участке уголовно-правового регулирования, а следовательно, инициирует процессы саморегуляции в отрасли.

Таким образом, системосохраняющий механизм через авторегуляционные процессы достаточно активно участвует в поддержании «боеспособности» уголовного права, помогая преодолевать трудности в ходе уголовно-правового регулирования и сигнализируя право творческим органам о необходимости вмешательства. Процессы саморегуляции воплощают в себе тот резерв права, который обеспечивает разрешение одного из основных противоречий права — его стабильности и динамизма одновременно. В то же время существование исследуемых процессов и механизма значительно облегчает правоприменительную деятельность

государства, обеспечивая оперативное разрешение вопросов в юридической практике.

Дальнейшие исследования процессов саморегуляции в уголовном праве весьма перспективны: они будут способствовать систематизации работающих уголовно-правовых норм, раскрытию закономерных связей между ними и с другими правовыми предписаниями, выявлению причин неприменяемости тех или иных норм (называемых поэтому «мертвыми»). Это, несомненно, значительно облегчит поиск нужных (действующих) уголовно-правовых норм, должным образом ориентирует граждан и должностных лиц на их эффективную реализацию, а законодателя — на совершенствование отечественного уголовного законодательства. Кроме того, изучение авторегуляционных процессов позволит раскрыть динамику и взаимодействие всех элементов системы уголовного права, выявить резервы повышения эффективности отрасли, усовершенствовать уголовно-правовые нормы и институты, повысить качество правотворчества и правоприменения и в конечном счете укрепить законность и правопорядок в сфере противодействия преступности и в целом в государстве.

По нашему мнению, авторегуляционные процессы в известной мере определяют степень единства и целостности отрасли уголовного права, уровень функциональных возможностей ее системы, ибо благодаря исследуемым процессам происходит их гармонизация, самонастройка, приладка друг к другу. Саморегуляция в уголовном праве (и в праве в целом) осуществляется через функционирование системосохраняющего механизма, структурные элементы которого, как правило, служат средством интерпретации отраслевых формально-юридических источников, либо выступают основной для их разработки, либо даже напрямую регламентируют социальные взаимодействия, относящиеся к предмету правового регулирования, дополняя собой действующие правовые нормы или выступая в качестве их альтернативы (например, при применении пробельных правил для заполнения пробелов в праве).

Таким образом, системосохраняющий механизм в уголовном праве есть не что-то умозрительное, лишнее прикладного значения, воспроизводимое лишь в теории, это объективно существующее подразделение системы уголовного права, его обязательный структурный компонент, благодаря которому происходят авторегуляционные процессы в отрасли, повышаются ее адаптационные возможности, что в итоге сказывается на эффективности, результативности уголовного права в регулировании общественных отношений.

²³ См.: Наумов А. В. Российское уголовное право : курс лекций : в 2 т. М., 2004. Т. 2. С. 761 ; Бриллиантов А. Указ. соч. С. 12.

²⁴ Букалерова Л. Документы как предмет преступлений против порядка управления // Законность. 2006. № 6. С. 14.

Системосохраняющий механизм в уголовном праве — это система (комплекс) системосохраняющих элементов, обеспечивающих целостность и единство отрасли, ее относительную саморегуляцию; это своеобразная конструкция, внутреннее устройство, вынуждающее к совершению нужных действий между собой связанных, но подвижных элементов отраслевой системы. Этот механизм необходим каждой отрасли, ибо без него право станет бес-

сильным, не способным к выполнению своего функционального предназначения (появится разрозненность правовых норм, их оторванность от реальных нужд юридической практики и правоотношений, будет увеличиваться количество коллизий и рассогласованностей в системе формально-юридических источников права). Таким образом, это одно из важнейших средств самоуправления и саморегулирования в праве.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. Аверьянов А. Н. Системное познание мира. — М., 1985. — 263 с.
2. Алексеев С. С. Проблемы теории права. — Свердловск, 1973. — Т. 2.
3. Безверхов А. Г. Административная преюдиция в уголовном праве России // Актуальные проблемы уголовного права, криминологии, уголовно-исполнительного права. — Самара, 2012.
4. Бриллиантов А. О понятии важного личного документа // Уголовное право. — 2011. — № 1.
5. Букалерева Л. Документы как предмет преступлений против порядка управления // Законность. — 2006. — № 6.
6. Власенко Н. А. Коллизионные нормы в советском праве. — Иркутск, 1984.
7. Власенко Н. А. Обеспечение единства и согласованности функционирования системы советского права // Проблемы реализации права. — Свердловск, 1990.
8. Гвишиани Д. М. Теоретико-методологические основания системных исследований и разработка проблем глобального развития // Системные исследования. — М., 1982.
9. Заец А. П. Система советского законодательства: проблема согласованности. — Киев, 1987.
10. Козлов А. В., Мурзаков С. И. Презумпции в уголовном праве // Юридическая техника. — 2010. — № 4.
11. Наумов А. В. Применение уголовно-правовых норм. — Волгоград, 1973.
12. Наумов А. В. Российское уголовное право: курс лекций : в 3 т. М., 2010. — Т. 1 : Общая часть.
13. Незнамова З. А. Коллизии в уголовном праве. — Екатеринбург, 1994.
14. Панько К. К. Презумпции в уголовном праве как прием законотворчества // Журнал российского права. — 2005. — № 3.
15. Панько К. К. Теория и практика законотворчества в уголовном праве. — М., 2011.
16. Петров А. С. Экономические основы управления производством. — М., 1966.
17. Проблемы общей теории права и государства / под ред. В. С. Нерсисянца. — М., 2002.
18. Уголовное право. Общая часть / отв. ред. И. Я. Козаченко. — М., 2008.
19. Черданцев А. Ф. Системность норм права // Сборник уч. трудов СЮИ. — Вып. 12. — Свердловск, 1970.
20. Щербачев А. С. Самоорганизация материи в неживой природе. — М., 1990.
21. Юдин Э. Г. Системный подход и принцип деятельности. — М., 1978.
22. Ямашева Е. В. К вопросу о восстановлении института административной преюдиции в уголовном законе России // Журнал российского права. — 2009. — № 10.

Материал поступил 26 октября 2014 г.

SELF-REGULATION IN RUSSIAN CRIMINAL LAW

Denisova, Anna Vasilyevna — Ph.D. in Law, Associate Professor of the Department of Criminal Law and Criminology of Samara State University, Candidate of Doctor's Degree of the Russian Law Academy of the Ministry of Justice of the Russian Federation (RLA of the Ministry of Justice of the RF)

[anden2012@yandex.ru]

443011, Russia, Samara, ul. Ak. Pavlova, d. 1.

Review. *The Article concludes that the legal system is able to maintain resistance and stability necessary for its normal functioning on its own by virtue of self-regulation. Self-regulation procedures mean the manifestation of inherent features of all systematic institutions that arises out of their nature. Thus they take place in legal environment at both interbranch and branch levels. As applied to the area of criminal law, self-regulation procedures to a certain extent determine the degree of its unity and integrity, the level of functionality of the elements of the system, because in accordance with recent studies their harmonization, their self-tuning and adjustment to each other is taking place (at both legal and personal levels). These procedures are brought into force via the maintenance system*

functioning mechanism, the elements of which, as a rule, serve as the means of interpreting of formal legal resources or acts as the basis for their development, or directly regulate social relationships referred to the subject matter of the regulation supplementing existing legal rules or acting as their alternative. The Article analyzes the peculiarities of the system preserving the mechanism in criminal law; the Author provides a detailed description of its structure and content. The Author also reveals the necessity of this mechanism to provide self-government in a certain area.

The Author thoroughly examined structural elements of the system preserving mechanism, namely, its principles, purposes and objectives of criminal law, area presumptions and fictions, res judicata, gaps and conflicts of laws, and legal provisions. They coexist in close relationship and form a complex dynamic self-regulation mechanism of criminal law that preserves and supports all system specifications. Thus, the system preserving mechanism in criminal law is an objectively existing area of the system of criminal law, a compulsory element of its structure. As a result, its adaptive capability increases, which, at the end, influences criminal law efficiency in the external regulation of social relationships. Self-regulation procedures are the embodiment of the „reserve“ of rights that ensures the resolution of one of the fundamental contradictions in law. At the same time, the system needs stability and dynamism. Simultaneously, the existence of the procedures and of the mechanism significantly facilitates the law enforcement practice of the state, providing effective resolution of issues arising in legal practice.

Keywords: *self-regulation in laws; systematicity of law; criminal law; system preserving mechanism; principles of criminal law; purposes and goals of the area of law; legal presumptions; fictions; res judicata; gaps rules; conflict of laws rules.*

BIBLIOGRAPHY

1. Averyanov A.N. Systematic cognition of the world. M., 1985. P. – 263.
2. Alekseyev S.S. Problems of the theory of law. Sverdlovsk, 1973. V. 2.
3. Bezverhov A.G. Administrative res judicata in Russian criminal law // Aktualniye problemy ugolovnoogo prava, kriminologii, ugolovno-ispolnitelnogo prava. Samara, 2012.
4. Brilliantov A.O. On the concept of important personal documents // Ugolovnoye pravo. 2011. № 1.
5. Bukalerova L. The documents as a matter of crimes against public order // Zakonnost'. 2006. № 6.
6. Vlasenko N.A. Conflict rules in Soviet Law. Irkutsk, 1984.
7. Vlasenko N.A. Власенко Н.А. Ensuring the unity and coherence of functioning of the system of Soviet law // Problemy realizatsii prava: Sverdlovsk, 1990.
8. Gvishiani D.M. Theoretical and methodological grounds of systematic research and deciding the problems of global development // Sistemniye issledovaniya. M., 1982.
9. Zaiets A.P. The System of Soviet legislature: the problem of coherence. Kiev, 1987.
10. Kozlov A.V. Murzakov C.I. Presumptions in criminal law // Yuridicheskaya tekhnika. 2010. № 4.
11. Naumov A.V. Application of criminal law rules. Volgograd, 1973.
12. Naumov A.V. Russian criminal law: Lectures in three volumes. M., 2010. V.1: General Part.
13. Neznamova Z.A. Conflicts of laws in criminal law. Yekaterinburg, 1994.
14. Pan'ko K.K. Presumptions in criminal law as the method of law making. // Zhurnal Rossiyskogo prava.. 2005. № 3.
15. Pan'ko K.K. Theory and practice of law making in criminal law. M., 2011.
16. Petrov A.S. The economic foundations of production management. M., 1966.
17. Problems of the general theory of law and the state / edited by V.S. Nersesyants. M., 2002.
18. Criminal Law. General part. / edited by I.Y.Kozachenko. M., 2008.
19. Cherdantsev A.F. Consistency of the rules of law // Collection of scientific works SCI. Issue. 12. Sverdlovsk, 1970.
20. Scherbakov A.S. Щербиков А.С. Self organization of matter in inanimate nature. M., 1990. –
21. Yudin E.G. The systematic approach and the principle of activity. M., 1978.
22. Yamasheva E.V. Ямашева Е.В. On the question of the restoration of the institute of administrative prejudice (res judicata) in the criminal law of Russia // Zhurnal rossiyskogo prava. 2009. № 10.

Н. А. Егорова*

ПРЕДМЕТНОЕ СОДЕРЖАНИЕ ВИНЫ: ПРОБЛЕМА УГОЛОВНО-ПРАВОВОЙ НАУКИ И ПРАКТИКИ

Аннотация. В статье уточняется традиционный подход к трактовке предметного содержания вины как фактических обстоятельств совершения преступления, осознание и предвидение которых (либо отсутствие такого осознания или предвидения) обязательны для данного состава преступления. Под предметным содержанием вины предлагается понимать не сами юридически значимые обстоятельства преступления, а их отражение в сознании виновного. Предметное содержание вины предложено исследовать на трех уровнях: индивидуальном (конкретного преступления); отдельного состава; видового состава. На уровне общего состава преступления представляется невозможным установление универсальных компонентов предметного содержания вины. Предметное содержание вины автор считает составной частью, «образным» аспектом ее психологического содержания. Предметное содержание вины определяется как совокупность субъективных образов признаков содеянного, рассматриваемая на уровнях конкретного преступления, отдельного состава преступления, видового состава преступления.

Показаны особенности предметного содержания вины в умышленных и неосторожных преступлениях, преступлениях с материальными и формальными составами, с квалифицированными и привилегированными составами и др. Затрагивается проблема степени отражения (точное или примерное знание) в сознании виновного в умышленных преступлениях таких признаков, как свойства потерпевшего (на примере преступлений против личности и против порядка управления). Констатируется неоднозначность теоретических и практических подходов к вопросу об осознании признака противоправности деяния (на примере экономических и экологических преступлений). Автор считает, что при квалификации хищения как причинившего значительный ущерб гражданину без учета осознания виновным данного признака нет элементов объективного вменения. При совершении как умышленных, так и неосторожных преступлений со специальным субъектом в сознании виновного отражается факт наличия у последнего особого правового статуса (признаков специального субъекта). При совершении преступления в составе группы лиц в сознании виновного должны отражаться признаки, характерные для групповых преступлений.

Признавая наличие оценочных моментов у процесса и результата установления предметного содержания вины, автор приходит к выводу о недопустимости подмены предметного содержания вины его оценкой. Предлагается включать разъяснения о предметном содержании вины во все постановления Пленума Верховного Суда РФ, посвященные судебной практике по делам об отдельных видах преступлений.

© Н. А. Егорова, 2015

* Егорова Наталья Александровна, доктор юридических наук, доцент, профессор кафедры уголовного права Волгоградской академии МВД России
[egonatalex@yandex.ru]
400089, Россия, г. Волгоград, ул. Историческая, д. 130

Ключевые слова: вина, предметное содержание вины, состав преступления, объект преступления, объективная сторона преступления, субъект преступления, субъективная сторона преступления, объективное вменение, идеальная модель, образ, квалификация преступлений.

DOI: 10.17803/1729-5920.2015.109.12.064-073

Для наиболее полного и точного описания вины как сложного, многоаспектного явления используются такие термины, как психологическое содержание, социальное содержание и предметное содержание вины¹. Если психологическое содержание — это психическое отношение лица к своему деянию и его последствиям в форме умысла либо неосторожности, социальное содержание (или социальная сущность) вины — отрицательное, пренебрежительное или недостаточно внимательное психическое отношение к социальным ценностям, проявившееся в конкретном преступлении², то предметное содержание вины представляет собой «совокупность юридически значимых фактических обстоятельств, психическое отношение к которым образует содержание вины, определяется конструкцией состава конкретного преступления»³. Иными словами, предметное содержание вины — это те фактические обстоятельства совершения преступления, осознание и предвидение которых (либо отсутствие такого осознания или предвидения) обязательны для данного состава преступления.

Такой подход нуждается в уточнении. Прежде всего предметное содержание вины, несмотря на свое наименование, будучи явлением психологическим, представляет собой совокупность не фактических обстоятельств как явлений материального мира, а их *идеальных моделей, или образов*. «Ощущение, восприятие, сознание есть образ внешнего мира», — писал С. Л. Рубинштейн⁴. Именно идеальные модели объективных и субъективных признаков составов преступлений, а не сами эти признаки, мы будем иметь в виду в дальнейшем, раскрывая предметное содержание вины.

Необходимо уточнение и по поводу «маштабности» предметного содержания вины посредством указания на то, что такое содержание

может быть единым для *вида* составов преступлений — ведь при совершении преступлений, относящихся к одному и тому же виду (группе), виной лица охватываются одни и те же фактические обстоятельства преступления. Например, при совершении хищения любой формы в сознании виновного должен отражаться способ совершения преступления.

Индивидуальным, неповторимым, не всегда укладываемым в рамки конструкции отдельного состава является предметное содержание вины в *конкретном преступлении*.

Следовательно, можно предположить, что предметное содержание вины существует на *трех уровнях*:

- *индивидуальном* (предметное содержание вины, присущее конкретному преступлению);
- *отдельного состава преступления* (предметное содержание вины, диктуемое особенностями состава как законодательной модели);
- *видового состава* (предметное содержание вины, свойственное всем составам определенного вида, группы)⁵.

На уровне общего состава преступления выявить универсальные компоненты предметного содержания вины, видимо, невозможно — хотя бы в силу существенных различий в предметном содержании умышленной и неосторожной вины, вины в материальных и формальных составах и т.п.

Не все специалисты считают необходимым выделять предметное содержание как самостоятельный вид содержания вины. По их мнению, в психологическом содержании вины присутствуют два момента: «то, что отражает и выражает отношение (стабильная часть, своего рода психический “аппарат”, аналитически разделяемые, но взаимосвязанные компоненты сознания, воли, эмоций), и само отражение (изменяющаяся часть, те образы, через которые отражаются обстоятельства данного преступле-

¹ См., например: *Галиакбаров Р. Р.* Уголовное право. Общая часть : учебник. Краснодар : Кубанский государственный аграрный университет, 1999. С. 148.

² См., например: *Энциклопедия уголовного права.* СПб., 2005. Т. 4 : Состав преступления. С. 655 (автор главы — А. И. Рапог).

³ *Энциклопедия уголовного права.* Т. 4 : Состав преступления. С. 645—646 (автор главы — А. И. Рапог).

⁴ *Рубинштейн С. Л.* Бытие и сознание. О месте психического во всеобщей взаимосвязи явлений материального мира. СПб. : Питер, 2003. С. 36.

⁵ Используемая здесь терминология имеет условный характер. Строго следуя классификации составов по степени абстрактности отражения признаков преступлений, можно утверждать о существовании предметного содержания вины на уровнях конкретного преступления, видового состава и родового состава (см., например: *Уголовное право России. Общая часть / под ред. А. С. Сенцова.* Волгоград : ВА МВД России, 2001. С. 113).

ния, становясь предметом отношения)»⁶. Поэтому предметное содержание вины предлагается рассматривать как часть психологического содержания.

Не отрицая изначально психологической природы предметного содержания вины (т.е. образов), мы все же исходим из его специфики и поэтому будем рассуждать о предметном содержании вины как о самостоятельном («образном») аспекте ее психологического содержания.

Итак, представляется более приемлемой дефиниция **предметного содержания вины как совокупности субъективных образов признаков содеянного, рассматриваемой на уровнях конкретного преступления, отдельного состава преступления, видового состава преступления.**

Установление предметного содержания вины — важная составляющая ее доказывания и соблюдения принципа вины в уголовном праве (ст. 5 Уголовного кодекса РФ). Не зная о том, какие признаки деяния отражались (или, напротив, не отражались) сознанием виновного во время совершения преступления, нельзя сделать вывод о наличии вины как таковой и ее конкретного вида в рамках умысла или неосторожности.

Как правило, детально предметное содержание вины исследуется при изучении отдельных составов (реже — видовых составов). Фрагментарные положения Особенной части уголовного права о предметном содержании вины в совокупности с постулатами учения о вине, а также материалами судебной практики дают возможность сделать определенные обобщения.

Рассмотрим особенности предметного содержания вины в умышленных и неосторожных преступлениях, преступлениях с материальными и формальными составами, с квалифицированными и привилегированными составами.

В умышленных преступлениях предметное содержание вины образует отражение таких обстоятельств, как свойства объекта преступления и потерпевшего (при его наличии), фактическая сторона совершаемых действий (бездействия), а также способ, орудия и средства совершения преступления (при наличии таковых), место, время, обстановка (если данные обстоятельства являются обязательными признаками состава преступления); характер и степень тяжести общественно опасных последствий и причинная связь между общественно опасным деянием и общественно опасными последствиями (в материальных составах). Какова

степень отражения в сознании виновного этих признаков (точное или примерное знание)? Единого ответа на данный вопрос нет.

Так, осознание виновным прямо предусмотренных в уголовном законе особенностей потерпевшего признается на практике обязательным для того, чтобы инкриминировать данное преступление. Например, в обвинительных приговорах по ст. 318 УК РФ указывается на осознание (под которым понимается достоверное знание) подсудимыми наличия у потерпевших статуса представителя власти.

Как указано в одном приговоре, подсудимому Т., ударившему оперуполномоченного в ответ на устное замечание, было достоверно известно, что потерпевший является сотрудником полиции⁷.

Согласно одной позиции, сложившейся в теории и на практике, для квалификации преступления как совершенного в отношении женщины, заведомо для виновного находящейся в состоянии беременности, необходимо субъективно достоверное (т.е. несомненное с точки зрения виновного) знание о беременности потерпевшей (источники этой осведомленности могут быть различными)⁸. Иной точки зрения придерживался С. В. Бородин, считавший, что заведомость — это осведомленность виновного о беременности потерпевшей даже при отсутствии уверенности в наличии данного обстоятельства⁹. В. В. Мальцев полагает, что «любой убийца, пося-

⁷ Приговор Курганинского районного суда Краснодарского края от 4 июля 2012 г. по делу № 1-184/2012 // URL: <http://actoscope.com/yufo/krasnodar/kurganinsk-krd/ug/1/prigovor-v-otnoshenii-tumko-ma16072012-4707731/> (дата обращения: 8 декабря 2013 г.). См. также: приговор Приволжского районного суда г. Казани от 25 июня 2012 г. по делу № 1-281/2012 // URL: <http://actoscope.com/pfo/tatarstan/privolzhsky-tat/ug/1/prigovor-pougolovnomu-delu-106072012-4682059/> (дата обращения: 8 декабря 2013 г.). См. также п. 2 утратившего силу постановления Пленума Верховного Суда РСФСР от 24 сентября 1991 г. № 3 «О судебной практике по делам о посягательстве на жизнь, здоровье и достоинство работников милиции, народных дружинников и военнослужащих в связи с выполнением ими обязанностей по охране общественного порядка» // Сборник постановлений Пленумов Верховных Судов СССР и РСФСР (Российской Федерации) по уголовным делам. М.: Спарк, 1999. С. 447—448.

⁸ См., например: *Полов А. Н.* Убийства приотягачающих обстоятельствах. СПб.: Юридический центр-Пресс, 2003. С. 336—338; приговор Белореченского районного суда Краснодарского края от 14 октября 2010 г. по делу № 1-240/2010 // URL: <http://actoscope.com/yufo/krasnodar/belorechensk-krd/ug/1/umishlennoe-prichinenie-tyajkogo-v02122010-403388/> (дата обращения: 12 декабря 2013 г.); приговор Козловского районного суда Чувашской республики по делу № 1-26/2011 // URL: <http://actoscope.com/pfo/chuvashiya/kozlovsky-chv/ug/1/ugolovnoe-delo-v-otnoshenii-kril-27052011-1914585/> (дата обращения: 12 декабря 2013 г.).

⁹ *Бородин С. В.* Преступления против жизни. М.: Юристъ, 1999. С. 103—104.

⁶ *Паньков И. В.* Основные теоретические характеристики вины в уголовном праве // Известия Российского государственного педагогического университета им. А. И. Герцена. 2008. № 63-1. С. 250.

гающий на жизнь женщины детородного возраста, не может не осознавать возможность ее нахождения в состоянии беременности»¹⁰, в связи с чем указание на заведомость следует исключить из диспозиций ряда статей Особенной части УК РФ, в том числе из п. «г» ч. 2 ст. 105.

С последней точкой зрения согласиться трудно, так как она открывает путь к широкому вменению такого признака состава преступления, который абстрактно может существовать при посягательстве едва ли не на любое лицо женского пола. Границы репродуктивного возраста индивидуальны для каждой женщины. Согласившись с В. В. Мальцевым, можно будет инкриминировать убийство беременной потерпевшей лицу, не только не знавшему о ее беременности, но и убежденному в неспособности данной женщины иметь детей. Именно осознание такого обстоятельства, как беременность потерпевшей, повышает степень общественной опасности содеянного и личности виновного.

Актуальность проблемы предметного содержания вины при совершении половых преступлений в отношении специальных потерпевших (несовершеннолетних и малолетних) возросла в связи с изменениями, внесенными в соответствующие статьи в 2009 г. Исчезновение признака заведомости из законодательного описания посягательств на половую неприкосновенность данной категории лиц закономерно вызвало вопрос о необходимости осознания виновными возраста потерпевших. Учеными эта новелла была истолкована таким образом, что доказывание знания виновным возраста потерпевшего теперь не требуется, поскольку это знание презюмируется, т.е. пропала практическая направленность рассматриваемых норм усилилась¹¹.

Однако Пленум Верховного Суда РФ занял иную (вполне обоснованную, по нашему мнению) позицию по данному вопросу, разъяснив: «Применяя закон об уголовной ответственности за совершение преступлений, предусмотренных статьями 131—135 УК РФ, в отношении несовершеннолетних, судам следует исходить из того, что квалификация преступлений по соответствующим признакам (к примеру, по пункту «а» части 3 статьи 131 УК РФ) возможна лишь

в случаях, когда виновный *знал или допускал* (курсив мой. — Н. Е.), что потерпевшим является лицо, не достигшее восемнадцати лет или иного возраста, специально указанного в диспозиции статьи Особенной части УК РФ»¹². Здесь учтены все варианты осознания такого специального свойства потерпевшего, как его возраст — от точного знания до предположения, возникшего в силу самых разных причин.

Спорным остается вопрос о необходимости осознания виновным противоправности своего деяния. Несмотря на то что речь идет о юридических свойствах деяния, их отражение в сознании субъекта, будучи «юридическим образом» фактически содеянного, также является частью предметного содержания вины. Законодательные формулы прямого и косвенного умысла (ст. 25 УК РФ) предусматривают осознание лицом только общественной опасности своих действий (бездействия). Тем не менее в современной науке уголовного права признано, что при совершении отдельных видов преступлений (экономических, против общественной безопасности, управленческих) необходимо осознание субъектом именно противоправного характера своего деяния¹³. Насколько точным и детальным должно быть такое осознание? Если виновный в преступлении в сфере экономической деятельности знает сами правила и осознает факт их нарушения, то применительно к экологическим преступлениям отмечается, что осознание противоправности деяния не есть осознание нарушения конкретных положений специальных правил; достаточно установить, что виновный знал о существовании таких правил и о своей обязанности ознакомиться с ними¹⁴. К сожале-

¹⁰ Мальцев В. В. Соблюдение принципа равенства как один из аспектов противодействия преступности при конструировании норм, регламентирующих уголовно-правовую защищенность лиц, совершивших преступления, и потерпевших // Современные проблемы противодействия преступности : материалы всерос. науч.-практ. конф. (22—23 июня 2010 г., Волгоград). Волгоград : ВА МВД России, 2010. С. 41.

¹¹ См., например: Мальцев В. В. Указ. соч. С. 40—41; Ситникова А. Преступления сексуального характера: интерпретация норм и применение // Уголовное право. 2013. № 2. С. 30.

¹² Постановление Пленума Верховного Суда РФ № 16 от 4 декабря 2014 г. «О судебной практике по делам о преступлениях против половой неприкосновенности и половой свободы личности». П. 22 // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2015. № 2. С. 5.

¹³ См., например: Шишко И. Вина и преступления в сфере экономической деятельности // Уголовное право. 2002. № 3. С. 55-59; Яни П. С. О значении принципа «ignorantia juris nocet» для вменения составов экономических преступлений // Уголовное право в XXI веке : материалы Международной научной конференции на юридическом факультете МГУ им. М.В. Ломоносова 31 мая — 1 июня 2001 г. М. : «ЛексЭст», 2002. С. 234—238; Волженкин Б. В. Преступления в сфере экономической деятельности по уголовному праву России. СПб. : Издательство Р. Асланова «Юридический центр Пресс», 2007. С. 105.

¹⁴ См., например: Жевлаков Э. Н. Экологические преступления: понятие, виды, проблемы ответственности : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. М. : Моск. юрид. ин-т, 1991 // URL: <http://law.edu.ru/book/book.asp?bookID=1180863> (дата обращения: 13 мая 2014 г.); Баумштейн А. Б. Вина в составах экологических преступлений // Уголовный процесс. 2006. № 1 // URL: http://www.ugpr.ru/arhiv/13_yanv_2006/topic131_vina_v_sostavah_ekologicheskikh_prestuplenii.html (дата обращения: 13 мая 2014 г.).

нию, нет удовлетворительных разъяснений Пленума Верховного Суда РФ по данному вопросу для всех преступлений названных видов.

Применительно к налоговым преступлениям дано разъяснение, в соответствии с которым «при решении вопроса о наличии у лица умысла надлежит учитывать обстоятельства, указанные в статье 111 НК РФ, исключаящие вину в налоговом правонарушении»¹⁵. Из статьи 111 Налогового кодекса РФ следует, что отсутствие умысла на совершение налогового преступления может быть следствием выполнения «налогоплательщиком (плательщиком сбора, налоговым агентом) письменных разъяснений о порядке исчисления, уплаты налога (сбора) или по иным вопросам применения законодательства о налогах и сборах, данных ему либо неопределенному кругу лиц финансовым, налоговым или другим уполномоченным органом государственной власти (уполномоченным должностным лицом этого органа) в пределах его компетенции (указанные обстоятельства устанавливаются при наличии соответствующего документа этого органа, по смыслу и содержанию относящегося к налоговым периодам, в которых совершено налоговое правонарушение, независимо от даты издания такого документа)», и (или) выполнения «налогоплательщиком (плательщиком сбора, налоговым агентом) мотивированного мнения налогового органа, направленного ему в ходе проведения налогового мониторинга» (пп. 3 п. 1 ст. 111 НК РФ), а также неких «иных обстоятельств», которые правоприменитель признал исключаящими вину лица (пп. 4 п. 1 ст. 111 НК РФ). В практике применения уголовного законодательства о преступлениях, предусмотренных главами 22 и 26 УК РФ, вопрос об осознании виновными противоправного характера своего поведения часто не выясняется. Такой подход не согласуется с ч. 2 ст. 5 УК РФ о недопустимости объективного вменения, так как названные преступления характеризуются высоким уровнем бланкетности признаков их составов.

Вина в хищении предполагает осознание виновным способа совершения преступления. Открытый способ должен охватываться умыслом лица, совершившего хищение, в противном случае возможна ответственность за кражу (т.е. за тайное хищение)¹⁶.

¹⁵ Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 28 декабря 2006 г. № 64 «О практике применения судами уголовного законодательства об ответственности за налоговые преступления». П. 8 // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2007. № 3. С. 19.

¹⁶ См., например: постановление Пленума Верховного Суда РФ от 27 декабря 2002 г. № 29 «О судебной практике по делам о краже, грабеже и разбое» (с изм. и доп.). П. 2—5 // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2003. № 2. С. 2; Меркушов А. Е. Некоторые вопросы судебной практики по делам о краже, грабеже и разбое // URL:

Так, М. умышленно, из корыстных побуждений, осознавая, что его действия носят открытый характер и очевидны для несовершеннолетнего потерпевшего, похитил у последнего велосипед марки «Новый трек» оранжевого цвета стоимостью 5 000 рублей, сев на велосипед и скрывшись на нем с места совершения преступления¹⁷.

При квалификации оконченных хищений не выясняется предвидение определенного размера ущерба, причиненного хищением — точное знание виновным стоимости похищенного не требуется, равно как и субъективная оценка ущерба гражданину как значительного (п. «в» ч. 2 ст. 158 УК РФ). Для констатации умысла на хищение достаточно предвидения субъектом имущественного ущерба собственнику и желания причинить такой ущерб. Значительность ущерба устанавливается на основе разнообразных обстоятельств, которые виновный часто не осознает (например, отсутствие у потерпевшего постоянного источника дохода, наличие на иждивении малолетних детей, низкая заработная плата и т.п.). «Стоимость похищенного, отсутствие постоянного дохода, наличие на иждивении малолетнего ребенка указывает на значительность ущерба для потерпевшей Н.», отмечается в одном из приговоров¹⁸. По другому уголовному делу суд пришел к выводу о значительности ущерба, причиненного гражданину, на основании данных о стоимости похищенного имущества (сотового телефона) и о материальном положении потерпевшего (его низкой заработной платой)¹⁹.

Такая позиция, сложившаяся на практике, не означает допустимости объективного вменения. Тот, кто посягает на отношения собственности, реализует свои корыстные интересы и, как правило, не задумывается об объективной значимости причиняемого имущественного вреда и его субъективной оценке другими лицами.

Если обязательными признаками состава являются место, время, обстановка соверше-

http://www.supcourt.ru/vscourt_detale.php?id=172 (дата обращения: 13 декабря 2013 г.); Бойцов А. И. Преступления против собственности. СПб.: Юридический центр-Пресс, 2002. С. 282—283.

¹⁷ Приговор Центрального районного суда г. Хабаровска от 3 ноября 2011 г. по делу № 1-513/11 // URL: <http://actoscope.com/dvfo/habarovsk/centralnyr-hbr/ug/1/grabezh-to-est-taynoe-hishenie23112011-3088193/> (дата обращения: 13 мая 2014 г.).

¹⁸ Приговор Ивнянского районного суда Белгородской области от 30 июня 2011 г. // URL: <http://actoscope.com/cfo/belgorodobl/ivniansky-blg/ug/1/prigoaor-v-otnoshenii-gr-ivani18082011-4169613/> (дата обращения: 13 мая 2014 г.).

¹⁹ Приговор Звениговского районного суда Республики Марий Эл от 7 февраля 2012 г. // URL: <http://actoscope.com/pfo/mariiel/zvenigocsky-mari/ug/1/sadovin-ss-sovershil-krazhu-ch07032012-4398987/> (дата обращения: 13 мая 2014 г.).

ния преступления, то эти обстоятельства должны осознаваться виновным как составная часть противоправности деяния (например, осуществление незаконной охоты на территории государственного зоологического заказника)²⁰.

В преступлениях, совершаемых по легкомыслию, предметное содержание неосторожной вины образуют идеальные модели таких обстоятельств, как свойства объекта преступления, фактический характер деяния (действия либо бездействия); характер и степень тяжести общественно опасных последствий и причинная связь между общественно опасным деянием и общественно опасными последствиями (мы исходим из того, что неосторожность свойственна только преступлениям с материальными составами). Так, водитель транспортного средства, сознательно передвигаясь по обочине с превышением скорости и будучи осведомленным о том, что пассажир не пристегнут ремнями безопасности, предвидит абстрактную возможность наступления вследствие этих нарушений общественно опасных последствий в виде вреда здоровью либо смерти пассажира²¹.

Предметное содержание вины в преступлениях с формальными составами специфично тем, что в него не входят образы общественно опасных последствий, поскольку такие последствия не являются обязательным признаком состава преступления. Не все авторы разделяют эту позицию, понимая под преступлением с формальным составом такое преступление, в котором общественно опасные последствия органически включены в деяние²². При таком довольно спорном подходе вопрос об особенностях предметного содержания вины в преступлениях с формальным составом становится бессмысленным. Преступления с формальным составом могут быть исключительно умышленными, причем умысел возможен только прямой²³ (с чем согласны не

все специалисты²⁴). Фактическими обстоятельствами, мысленные модели которых составляют предметное содержание вины в таких преступлениях, выступают свойства объекта преступления и потерпевшего (если признаки потерпевшего имеют уголовно-правовое значение), характер совершаемых действий (бездействия), а также способ, орудия и средства совершения преступления (при их наличии), место, время, обстановка (если данные обстоятельства обязательны для данного состава преступления).

А. Ю. Ширяев включает в предметное содержание вины в рассматриваемых преступлениях следующие компоненты: «а) объект, б) процесс исполнения деяния в виде направленной динамики деяния, детерминированной способом и конкретными условиями места и времени, в) возможность наступления общественно опасного результата, г) эквивалентность связи между способом деяния и результатом»²⁵.

Представляется, что последние два компонента (пункты «в» и «г»), а точнее — их субъективное отражение, факультативны для предметного содержания вины в преступлениях с формальным составом, и прежде всего потому, что относительно ясное предвидение потенциальных общественно опасных последствий не только необязательно (такие последствия не указаны в диспозициях статей Особенной части УК РФ), но и не всегда имеет место.

М. была признана судом виновной в совершении преступлений, предусмотренных ст. 156, п. «г» ч. 2 ст. 117 УК РФ. Суд установил, что М. длительное время нигде не работала, не обеспечивала свою несовершеннолетнюю дочь материально, не приобретала необходимые для жизни и учебы ребенка вещи, одежду. Находясь у себя дома, М. в присутствии дочери распивала спиртные напитки, включала громкую музыку, мешая тем самым отдыху ребенка, нарушая его распорядок дня. В результате таких действий дочь не высыпалась, опаздывала в школу, пропускала занятия, у нее ухудшилась успеваемость. М. не соблюдала санитарно-гигиенические условия по содержанию дочери, в результате чего у последней развилось заболевание (педикулез). Тем самым М. умышленно

²⁰ См., например: приговор Александрово-Заводского районного суда Забайкальского края // URL: <http://actoscope.com/sfo/zabaikalkray/alekzav-cht/ug/1/prigovor-po-delu-o-nezakonnoy-24102011-3510865/> (дата обращения: 13 мая 2014 г.).

²¹ См., например: приговор Тюлячинского районного суда Республики Татарстан от 24 января 2012 г. по делу № 1-01/2012 // URL: <http://actoscope.com/pfo/tatarstan/tiuliachinsky-tat/ug/1/prestupnoe-legkomysliepovleks23022012-3381203/> (дата обращения: 13 мая 2014 г.).

²² Ширяев А. Ю. Предметное содержание вины в преступлениях с формальным составом: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Екатеринбург : УрГЮА, 2013. С. 9.

²³ См., например: *Филановский И. Г.* Преступления, совершаемые по неосторожности // Правоведение. 1969. № 2. С. 75–82; *Новосельцев С. П.* Преступления с формальным составом в уголовном праве: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Омск : Омский юридический ин-т МВД России, 1998.

²⁴ См., например: *Угрехелидзе М. Г.* Проблема неосторожной вины в уголовном праве. Тбилиси : Мецниереба, 1976. С. 70–71; *Нерсисян В.* Проблемы уголовной ответственности за неосторожные преступления в составах «поставления в опасность» // Уголовное право. 2000. № 4. С. 20–23; *Энциклопедия уголовного права. Т. 4. Состав преступления. С. 710–712* (автор главы — А. И. Рапог).

²⁵ Ширяев А. Ю. Предметное содержание вины в преступлениях с формальным составом. С. 10.

не исполняла возложенные на нее обязанности по воспитанию несовершеннолетней дочери, при этом жестоко обращалась с ней — систематически наносила побои²⁶.

В подобных случаях вряд ли есть смысл рассуждать об отражении в сознании виновного лица эквивалентной связи между способом деяния и результатом.

Квалифицирующие признаки состава умышленного преступления, а также преступления, совершаемого по легкомыслию, должны фиксироваться сознанием лица, совершившего преступление. Квалифицирующие признаки, характеризующие общественно опасные последствия, в преступлениях с двумя формами вины (в целом признаваемых умышленными), могут не охватываться сознанием виновного, если субъективное отношение к последствиям выразилось в виде небрежности (например, ч. 4 ст. 111 УК РФ).

Отображение привилегирующих признаков состава умышленного преступления также обязательно для предметного содержания вины (например, таких как психотравмирующий характер ситуации в составе убийства матерью новорожденного ребенка; противоправность или аморальность поведения потерпевшего в составе убийства, совершенного в состоянии аффекта²⁷).

Так, Б. осуждена по ст. 106 УК РФ за убийство двух новорожденных детей. Из приговора следует, что в период с 11 по 31 января 2011 г. Б. находилась на девятом месяце беременности и данную жизненную ситуацию представляла как крайне тяжелую, психотравмирующую, поскольку у нее на иждивении уже находились трое детей, один из которых имел первую группу инвалидности в связи с онкологическим заболеванием. В указанные дни в ванной комнате Б. поочередно родила живого, зрелого и доношенного младенца женского пола и живого младенца неустановленного пола. Сразу же после родов Б. закрыла рукой рот своего новорожденного ребенка и обмотала вокруг его шеи носок, сдавила органы шеи новорожденного ребенка, перекрыв доступ воздуха в органы дыхания пока ребенок не перестал подавать признаков жизни, вследствие чего новорожденный ребенок женского пола скончался на

месте происшествия от асфиксии. После этого у Б. продолжились роды, и она родила второго живого ребенка неустановленного пола, после чего умышленно причинила ему смерть тем же способом²⁸.

Является ли субъективное отражение квалифицирующих признаков частью предметного содержания вины в неосторожных преступлениях? Ответ всегда (т.е. независимо от вида неосторожности) положительный, если роль квалифицирующего признака играют свойства специального субъекта преступления (например, ч. 2 ст. 109, ч. 2 ст. 118 УК РФ), а также если квалифицирующим признаком неосторожного преступления выступают последствия особого рода (т.е. более тяжкие по сравнению с последствиями в основном составе, например ч. 2 и 3 ст. 219, ч. 2 и 3 ст. 293 УК РФ), и при этом преступление совершается по легкомыслию. Ответ на поставленный вопрос отрицательный, если квалифицирующий признак — последствия и преступление совершается по небрежности.

При совершении как умышленных, так и неосторожных преступлений со специальным субъектом в сознании виновного отражается факт наличия у последнего особого правового статуса (признаков специального субъекта). Например, при совершении преступления с использованием лицом своего служебного положения осознание данного факта возникает вследствие назначения лица на должность и ознакомления его со своими должностными обязанностями.

При совершении преступления в соучастии сознанием виновного фиксируется характер участия другого лица в совершении преступления; при совместном совершении общим субъектом преступления со специальным субъектом первый хотя бы в общих чертах осознает дополнительные признаки второго (например, при пособничестве получению взятки или коммерческому подкупу пособник имеет представление об особом правовом статусе исполнителя преступления).

Должен ли охватываться умыслом виновного вид преступной группы при групповом соучастии? Видимо, нет, поскольку вопрос о виде преступной группы (особенно при разграничении группы лиц по предварительному сговору и организованной группы, организованной группы и преступного сообщества (преступной организации)) — довольно сложная уголовно-правовая проблема. Совершая пре-

²⁶ Приговор Губахинского городского суда Пермского края от 29 сентября 2010 г. по делу № 1-176 // URL: <http://actoscope.com/pfo/permskraj/gubachaperm/ug/1/istyazanie-neispolneniya-obyazann11122010-308130/> (дата обращения: 16 мая 2014 г.).

²⁷ Приговор Октябрьского районного суда г. Рязани от 26 июля 2010 г. по делу № 1-168/2010 // URL: <http://actoscope.com/cfo/ryazanobl/oktiabrsky-riz/ug/1/ubiistvo-v-sostoyanii-afekta29112010-570542/> (дата обращения: 14 мая 2014 г.).

²⁸ Приговор Ясногорского районного суда Тульской области от 8 августа 2011 по делу № 1-60/2011 // URL: <http://actoscope.com/cfo/tulskobl/yaznogorskytula/ug/1/prigovor-ot-08082011-goda-po-d19102011-3811883/> (дата обращения: 14 мая 2014 г.).

ступление, его субъект не обязан проявлять себя знатоком всех юридических тонкостей своего деяния и деяний соучастников. Однако в сознании виновного должны отражаться признаки, характерные для групповых преступлений: как минимум совместное с другим лицом выполнение преступления — при совершении преступления группой лиц или группой лиц по предварительному сговору; принадлежность к группе, а также отдельные атрибуты ее устойчивости (например, распределение ролей между соучастниками) и роли хотя бы некоторых из них, наличие у группы руководителя, целевая установка группы — при совершении преступления организованной группой; принадлежность к группе, ее структурированность или объединение с другими организованными группами, специальная цель — для совершения преступления преступным сообществом (преступной организацией).

В одном из приговоров указано: «Созданная В. организованная группа имела устойчивый, сплоченный, подчиненный строгой дисциплине характер. Все вышеуказанные лица осознавали, что являются членами организованной преступной группы и были в равной степени осведомлены о конечной цели ее деятельности (курсив мой. — Н. Е.) — осуществление хищения имущества Г. и сознательно направляли свою деятельность на достижение указанного преступного результата»²⁹.

Изложенное заставляет усомниться в истинности высказывания о субъективной стороне преступления как «модели» объективной стороны состава в психике субъекта³⁰. В названной модели находится место «образам» не только объективной стороны, но и объекта, и субъекта преступления.

В настоящее время теоретическая значимость вопроса о предметном содержании вины видится в контексте проблемы соотношения ее

действительных и нормативно-оценочных элементов при уголовно-правовой квалификации деяния по его субъективной стороне³¹.

Одна из главных практических проблем — возможность установления действительного предметного содержания вины, а также способы его установления. В литературе высказано мнение, что в современной судебной практике России реальные субъективные процессы подменяются их юридической оценкой³². Подобные утверждения излишне категоричны. Конечно, выяснение предметного содержания вины (как, впрочем, и весь процесс доказывания) сопряжено с его оценкой. Отражалось ли то или иное обстоятельство в сознании лица и если да, то в какой степени, выясняется на основе совокупности объективных данных по правилам, регламентированным уголовно-процессуальным законодательством. Но это вовсе не означает, что предметное содержание вины тождественно его оценке правоприменителем. Если такая оценка противоречит установленным судом обстоятельствам и влечет неправильную квалификацию содеянного, ошибка может быть исправлена вышестоящим судом³³.

Подводя итог изложенному, подчеркнем, что проблема предметного содержания вины в обозримом будущем, видимо, не получит единого решения на законодательном уровне, однако она должна занять достойное место в рамках учения о субъективной стороне преступления и стать объектом дальнейших научных исследований. Помимо продолжения разработок в доктрине уголовного права, необходимо повышение внимания высшей судебной инстанции России к данной проблеме. В частности, желательно включать разъяснения о предметном содержании вины во все постановления Пленума Верховного Суда РФ, посвященные судебной практике по делам об отдельных видах преступлений.

²⁹ Приговор Московского областного суда от 10 декабря 2010 г. по делу № 2-61-10 // URL: <http://actoscope.com/cfo/moscowobl/moscow-sud/ug/1/2-612010-god09032011-2248052/> (дата обращения: 7 июня 2014 г.).

³⁰ Кудрявцев В. Н. Общая теория квалификации преступлений. 2-е изд., перераб. и доп. М., Юрист, 1999. С. 147.

³¹ Ширяев А. Ю. Предметное содержание вины в преступлениях с формальным составом. С. 5.

³² См., например: Ширяев А. Ю. Социально-этическое и предметное содержание вины в уголовном праве // Электронное приложение к «Российскому юридическому журналу». 2011. № 4. С. 48.

³³ См., например: Бюллетень Верховного Суда РФ. 2003. № 9. С. 14; Бюллетень Верховного Суда РФ. 2009. № 4.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. Баумштейн А. Б. Вина в составах экологических преступлений // Уголовный процесс. — 2006. — № 1.
2. Бойцов А. И. Преступления против собственности. — СПб., 2002.
3. Бородин С. В. Преступления против жизни. — М., 1999.
4. Волженкин Б. В. Преступления в сфере экономической деятельности по уголовному праву России. — СПб., 2007.
5. Галиакбаров Р. П. Уголовное право. Общая часть. — Краснодар, 1999.
6. Кудрявцев В. Н. Общая теория квалификации преступлений. — М., 1999.
7. Мальцев В. В. Соблюдение принципа равенства как один из аспектов противодействия преступности

- при конструировании норм, регламентирующих уголовно-правовую защищенность лиц, совершивших преступления, и потерпевших // Современные проблемы правоведения преступности : материалы всеросс. науч.-практ. конф. (22—23 июня 2010 г., Волгоград). — Волгоград, 2010.
8. *Нерсисян В.* Проблемы уголовной ответственности за неосторожные преступления в составах «поставления в опасность» // Уголовное право. — 2000. — № 4.
 9. *Паньков И. В.* Основные теоретические характеристики вины в уголовном праве // Известия Российского государственного педагогического университета им. А. И. Герцена. — 2008. — № 63-1.
 10. *Попов А. Н.* Убийства приотягчающих обстоятельствах. — СПб., 2003.
 11. *Рубинштейн С. Л.* Бытие и сознание. О месте психического во всеобщей взаимосвязи явлений материального мира. — СПб., 2003.
 12. *Ситникова А.* Преступления сексуального характера: интерпретация норм и применение // Уголовное право. — 2013. — № 2.
 13. Уголовное право России. Общая часть / под ред. А. С. Сенцова. — Волгоград, 2001.
 14. *Угрехелидзе М. Г.* Проблема неосторожной вины в уголовном праве. — Тбилиси, 1976. — 132 с.
 15. *Филановский И. Г.* Преступления, совершаемые по неосторожности // Правоведение. — 1969. — № 2.
 16. *Ширяев А. Ю.* Социально-этическое и предметное содержание вины в уголовном праве // Электронное приложение к «Российскому юридическому журналу». — 2011. — № 4.
 17. *Шишко И.* Вина и преступления в сфере экономической деятельности // Уголовное право. — 2002. — № 3.
 18. Энциклопедия уголовного права. Т. 4 : Состав преступления. — СПб. : Издание профессора Малинина, 2005.
 19. *Яни П. С.* О значении принципа *ignorantia juris nocet* для вменения составов экономических преступлений // Уголовное право в XXI веке : материалы Междунар. науч. конференции на юридическом факультете МГУ им. М.В. Ломоносова 31 мая — 1 июня 2001 г. — М. : ЛексЭст, 2002.

Материал поступил в редакцию 14 июня 2014 г.

SUBJECT CONTENT OF GUILT:

THE ISSUE OF CRIMINAL SCIENCES AND PRACTICE

Egorova Natalia Aleksandrovna – Doctor of Law, Professor of the Department of Criminal Law of the The Volgograd Academy of the Russian Internal Affairs Ministry
[egonatalex@yandex.ru]
400089, Russia, Volgograd, ul. Istoricheskaya, d. 130.

Review.. The article clarifies the traditional approach to the interpretation of the subject content of guilt as actual circumstances of a crime, realization and foresight of which (or lack of such realization or foresight) are required for this crime. The author suggests that subject content of guilt is understood not as legally relevant circumstances of crime but rather their reflection in the mind of a perpetrator. The subject content of guilt is to be explored at three levels: individual (specific offense); separate corpus delicti; specific corpus delicti. At the general level of corpus delicti it is impossible to establish universal components of subject content of guilt. The subject content of guilt is considered an integral part of "figurative" aspect of its psychological content. The subject content of guilt is determined as a set of images of subjective symptoms of the offense, considered at the level of a particular crime, the separate corpus delicti, and specific corpus delicti.

The article depicts the features of the subject content of guilt in intentional and negligent crimes, crimes with the material and formal elements, with the qualified elementa and exclusive elements, etc. The author raises the questions concerning the degree of reflection (exact or approximate knowledge) of such features as the property of the victim in the mind of a guilty person in intentional crimes (illustrated by the example of crimes against person and public order). The ambiguity of theoretical and practical approaches to the issue of recognition of feature of wrongfulness of the act (for example, Economic and Environmental Crime) is stated. The author believes that there are no strict liability elements in qualification of theft as a cause of significant damage to the citizen lacking recognition if that by a guilty person. When committing both intentional and negligent crimes with a special subject, the fact of a special legal status of the latter is recognized in the mind of a guilty person (features of a special subject). When committing a crime in a group of individuals, the signs typical of group crimes must be reflected in the minds of the perpetrators.

Recognizing the evaluation moments in the process and the result of the establishment of the subject content of guilt, the author concludes that substitution of non-objective evaluation of the content of his guilt is impermissible. The author also proposes that some clarifications on the subject content of guilt be included in all decisions of the Supreme Court of the Russian Federation devoted to judicial practice related to the cases of certain types of crimes.

Keywords: *guilt; subject content of guilt; corpus delicti; object of crime; actus reus; perpetrator; mens rea; strict liability; ideal model; image; qualification of crimes.*

BIBLIOGRAPHY

1. *Baumshteyn A.B.* Guilt in the compositions of environmental crimes, Criminal proceedings, 2006, № 1.
2. *Boitsov A.I.* Crimes against property, St. Petersburg, 2002.
3. *Borodin S.V.* Crimes against life, Moscow, 1999.
4. *Volzhenkin B.V.* Crimes in the sphere of economic activities in the criminal law of Russia, St. Petersburg, 2007.
5. *Galiakbarov R.R.* Criminal Law. General part, Krasnodar, 1999.
6. *Kudryavtsev V.N.* General theory of qualification of crimes, 1999.
7. *Maltsev V.V.* Observance of the principle of equality as an aspect of combating crime in the construction of the rules governing criminal and legal protection of perpetrators and victims, Modern problems of combating crime: Proceedings of the All-Russian scientific conference, Volgograd, June 22-23, 2010, Volgograd, 2010.
8. *Nersisyan V.* Problems of the criminal liability for crimes of negligence in the "endangering", Criminal Law, 2000, № 4.
9. *Pankov I.V.* The main theoretical characteristics of guilt in criminal law, Bulletin of the Herzen Russian State Pedagogical University, 2008, № 63-1.
10. *Popov A.N.* Aggravated homicide, St. Petersburg, 2003.
11. *Rubinstein S.L.* Existence and consciousness. The place in the overall relationship of mental phenomena of the material world, St. Petersburg, 2003.
12. *Sitnikova A.* Crimes of sexual nature: the interpretation and application of standards, Criminal Law, 2013, № 2.
13. *Sentsov A.*, ed. The criminal law of Russia. General part, Volgograd, 2001.
14. *Ugrekheldze M.G.* The problem of careless guilt in criminal law, Tbilisi, 1976. - 132 p.
15. *Filanovskii I.G.* Crimes committed by negligence, Jurisprudence, 1969, № 2.
16. *Shiryayev Y.Iu.* Socio-ethical and subject content of guilt in criminal law, Electronic Annex to the "Russian legal journals", 2011, № 4.
17. *Szyszko I.* Guilt and crime in the sphere of economic activity Criminal Law, 2002, № 3.
18. Encyclopedia of criminal law, V.4. The composition of the crime., The publication of Professor Malinin, St. Petersburg, 2005.
19. *Iani P.S.* On the importance of the principle of «ignorantia juris nocet» for the imputation of the Economic Crimes, Criminal Law in the XXI Century: Proceedings of the International Scientific Conference at the Faculty of Law, Lomonosov Moscow State University. May 31 - June 1, 2001, Moscow: "LeksEst", 2002.

П. А. Филиппов*

ДЕКРИМИНАЛИЗАЦИЯ УКЛОНЕНИЯ ОТ ПРОХОЖДЕНИЯ ВОЕННОЙ И АЛЬТЕРНАТИВНОЙ ГРАЖДАНСКОЙ СЛУЖБЫ (ст. 328 УК РФ)

Аннотация. В статье на основе изучения доктринальных положений и сложившейся судебной практики анализируются основания декриминализации уклонения от прохождения военной и альтернативной гражданской службы. В статье проанализированы доктринальные толкования преступления, предусмотренного ст. 328 Уголовного кодекса РФ. В рамках изучаемой темы автором проведен анализ решений судов различного уровня. Всего было проанализировано 611 решений судов 15 субъектов России.

В работе обращено внимание на сложившуюся историческую традицию уголовной ответственности за уклонение от прохождения военной службы, в том числе сделан подробный обзор нормативных актов, начиная с 1918 года, устанавливавших уголовную ответственность за уклонение от военной службы различными способами.

В статье сделан вывод о возможности декриминализации преступления, предусмотренного ст. 328 УК РФ, и переводе данного деяния в разряд административного правонарушения.

В качестве обоснования такого вывода автором указано:

- на низкий уровень общественной опасности деяния, который обусловлен абстрактным характером причиняемого объекту вреда; преимущественное совершение преступления путем чистого бездействия (неявка по повестке); конструированием состава по типу формального; положительной характеристикой лиц, совершивших преступление; в почти во всех преступлениях суды констатируют наличие смягчающих обстоятельств; отсутствие низменных мотивов совершения преступления;
- отсутствие явных психологических и нравственных оснований для криминализации рассматриваемого деяния, в том числе более половины населения и треть дознавателей согласны с декриминализацией изучаемого деяния, а суды в основном назначают наказание в виде штрафа или в виде условного лишения свободы на краткий период;
- снижение количества совершаемых преступлений (за последние 10 лет количество преступлений снизилось в 2,5 раза);
- избирательность в привлечении к уголовной ответственности лиц, совершивших преступление, предусмотренное ст. 328 УК РФ (к уголовной ответственности привлекаются 10 % лиц, уклоняющихся от призыва на военную службу);
- организационно-управленческие трудности в реализации уголовно-правового запрета.

© П. А. Филиппов, 2015

* Филиппов Павел Александрович, кандидат юридических наук, доцент кафедры уголовного права и криминологии юридического факультета МГУ им. М.В. Ломоносова

[pfilippov@yandex.ru]

119991, Москва, Ленинские горы, д. 1, стр. 13

Ключевые слова: призыв на военную службу, уголовная ответственность, криминализация, декриминализация, факторы декриминализации, адекватность уголовно-правового запрета, общественная опасность деяния, уклонение от военной службы, уклонение от альтернативной гражданской службы.

DOI: 10.17803/1729-5920.2015.109.12.074-086

Ответственность за уклонение от прохождения военной службы имеет давнюю историческую традицию. Как указывают исследователи, впервые такая ответственность была законодательно сформулирована в Соборном уложении 1645 г.¹

Развернутая система уголовной ответственности была представлена в главе I «О преступлениях и проступках против постановлений о повинности военной службы» раздела VI «О преступлениях и проступках против постановлений и о повинностях государственных и земских» Уложения о наказаниях уголовных и исправительных 1845 г. Указанная глава содержала отделение «О уклонении от очереди рекрутской», которое предусматривало следующие виды уклонения: умышленное нанесение себе увечий; умышленное нанесение увечий другому лицу; объявление себя больным; сокрытие от рекрутства иными способами².

После Октябрьской революции проблема комплектования армии не исчезла. Первоначально новое государство предполагало формирование вооруженных сил на добровольной основе из наиболее сознательных представителей трудящихся и крестьян. Однако данная идея потерпела полное фиаско. Уже 16 мая 1918 года ВЦИК РСФСР издает постановление «О принудительном наборе в Рабоче-Крестьянскую Красную Армию»³. А в декабре 1918 года Совет рабочей и крестьянской обороны издает постановление «О дезертирстве»⁴. Однако данные меры не произвели ожидаемого эффекта. От мобилизации в 1918 — начале 1919 года уклонилось 917 250 человек⁵. В связи с этим Совет рабочей и крестьянской обороны 3 июня 1919 года издает постановление «О мерах к ис-

коренению дезертирства»⁶, а постановлением от 13 декабря 1919 года предоставляет уездным комиссиям по борьбе с дезертирством права применять к укрывателям дезертиров те же наказания, что и к самим дезертирам⁷. В последующие два года принимаются Декрет ВЦИК от 8 апреля 1920 г. «О комиссиях по борьбе с дезертирством» и Декрет СНК, утвержденный ВЦИК 2 февраля 1921 г., «О борьбе с дезертирством»⁸. Этими актами не исчерпывался весь объем изданных новой властью нормативных актов, регулирующих вопросы призыва на военную службу и прохождения военной службы⁹. Таким образом, к моменту принятия первого уголовного кодекса в РСФСР был накоплен серьезный опыт борьбы с преступлениями против вооруженных сил.

В УК РСФСР 1922 года всевозможные виды уклонения и дезертирства с военной службы были помещены в главу VII «Воинские преступления», а среди преступлений против порядка управления появился состав, который предусматривал ответственность за уклонение от воинской повинности (ст. 81 УК РСФСР).

УК РСФСР редакции 1926 года первоначально полностью воспроизвел нормы 1922 года. Изменения в уголовном законе произошли в связи с принятием в феврале 1927 года Положения о преступлениях государственных (контрреволюционных и особо опасных для СССР опасных преступлениях против порядка управления). Данным Положением к категории особо опасных преступлений против порядка управления были отнесены: а) отказ или уклонение от призыва к отбыванию действительной военной службы (п. 18) и б) уклонение от мобилизации в ряды Рабоче-Крестьянской Красной армии (РККА) или команд обслуживания фронта и тыла (п. 19)¹⁰.

До 1958 года в нормы об уголовной ответственности за уклонение от воинской службы вносились изменения в январе 1931 и апреле 1934 года.

¹ Хаиров Ю. И. Ответственность за уклонение от очередного призыва на военную службу по уголовному праву РФ : дис. ... канд. юрид. наук. Казань, 1994. С. 12.

² Подробнее см.: Филиппов П. А. Преступления против порядка управления по Уложению о наказаниях уголовных и исправительных (в редакции 1845 г.) // Вестник МГУ. Серия 11 : Право. № 3. 2014. С. 72–73.

³ СУ 1918. № 41. Ст. 459.

⁴ Сборник документов по истории уголовного законодательства СССР и РСФСР 1917–1952 / под ред. И. Т. Голякова. М. : Госюриздат, 1953. С. 42.

⁵ Рамзанов Г. Р. Уклонение от прохождения военной и альтернативной гражданской службы (по материалам Республики Дагестан) : дис. ... канд. юрид. наук. Махачкала, 2005. С. 67.

⁶ Сборник документов по истории уголовного законодательства СССР и РСФСР 1917–1952. С. 47.

⁷ Там же. С. 61.

⁸ Там же. С. 69, 88.

⁹ См.: История советского государства и права 1917–1947 / под ред. А. А. Герцензона. М., 1948. С. 209 ; Хаиров Ю. И. Указ. соч. С. 18–25.

¹⁰ Сборник документов по истории уголовного законодательства СССР и РСФСР 1917–1952. С. 224.

С учетом указанных изменений к середине 30-х XX века в УК РСФСР сложилась следующая система уголовной ответственности за уклонение от воинской службы:

- 1) в части 2 главы 1 «Особо для Союза ССР опасные преступления против порядка управления»:
 - а) уклонение от очередного призыва на действительную военную службу (ст. 59-4);
 - б) уклонение лиц, зачисленных в тыловое ополчение, и лиц, освобожденных от военной службы по религиозным убеждениям, от призыва в военное время в части тылового ополчения и трудовые части (ст. 59-5);
- 2) в главе 2 «Иные преступления против порядка управления»:
 - а) уклонение от опытных и поверочных мобилизаций (ст. 66);
 - б) отказ или уклонение от обязательной военной службы допризывников или не состоящих в рядах РККА военнослужащих и военнообязанных запаса РККА (ст. 68);
 - в) уклонение лиц, освобожденных от военной службы по религиозным убеждениям, и лиц, зачисленных в тыловое ополчение, от выполнения назначенных им общепользовательных работ (ст. 69);
- 3) в главе 9 «Преступления воинские» — уклонение от призыва по мобилизации в ряды РККА и от дальнейших призывов для комплектования РККА в составе военного времени (ст. 193-10а)¹¹.

Данная система преступлений просуществовала до конца 1958 года.

Стоит обратить внимание на следующее обстоятельство. Несмотря на то что законодатель отнес большую часть преступлений, связанных с уклонением от военной службы, к преступлениям против порядка управления, в научной литературе их таковыми не считали¹². В «Курсе советского уголовного права» эти преступления рассматривались в разделе «Преступления против обороны СССР»¹³.

25 декабря 1958 года был принят Закон СССР «Об уголовной ответственности за государственные преступления»¹⁴, которым были

повышены санкции за уклонение от очередного призыва на действительную военную службу до 5 лет лишения свободы (ст. 17) и за уклонение от призыва по мобилизации до 10 лет лишения свободы или смертной казни (ст. 18).

ВУКРСФСР 1960 года¹⁵ уголовная ответственность за уклонение от очередного призыва на действительную военную службу и уклонение от призыва по мобилизации была предусмотрена в ст. 80–81, которые текстуально полностью воспроизводили п. 17–18 Закона СССР «Об уголовной ответственности за государственные преступления» и находились в разделе II «Иные государственные преступления» главы I «Государственные преступления» Кодекса. Законом РСФСР от 25 июля 1962 года УК РСФСР был дополнен ст. 198.1 «Уклонение военнообязанного от учебных сборов и воинского учета», которая была размещена в главе 9 УК РСФСР «Преступления против порядка управления» и предусматривала максимальное наказание до одного года лишения свободы¹⁶.

В действующем УК РФ уклонение от прохождения военной и альтернативной гражданской службы предусмотрено в ст. 328, которая расположена в главе 32 «Преступления против порядка управления».

Подводя итог сделанному краткому обзору развития российского уголовного законодательства, предусматривающего ответственность за уклонение от военной службы, необходимо констатировать, что в том или ином виде такая ответственность постоянно присутствовала в российском законодательстве с середины XVII века.

При этом в научной литературе никогда серьезно не обсуждался вопрос о декриминализации данного преступления¹⁷. Полагаем, что сокращение вооруженных сил, их переход на преимущественно профессиональную основу и ряд других факторов являются предпосылками для серьезного изучения и обсуждения вопроса о декриминализации уголовной ответственности за уклонение от военной и альтернативной гражданской службы.

В теории уголовного права предложены разнообразные системы оснований кримина-

¹¹ Уголовный кодекс РСФСР. Официальный текст с изменениями на 1 января 1952 г. и с приложением постатейно-систематизированных материалов. М.: Госюриздат, 1952.

¹² См.: Меньшагин В. Д. Преступления против порядка управления. М., 1938.

¹³ Пионтковский А. А., Меньшагин В. Д., Чхиквадзе В. М. Курс советского уголовного права. Особенная часть. М.: Госюриздат, 1959. Т. 2. С. 606 и далее.

¹⁴ Ведомости Верховного Совета СССР. 1959. № 1. Ст. 8.

¹⁵ Ведомости Верховного Совета СССР. 1960. № 40. Ст. 591.

¹⁶ Документ цитируется по электронной библиотеке нормативно-правовых актов СССР: URL: <http://www.libussr.ru/>.

¹⁷ Агаев Г. Ю. допускал декриминализацию преступления, предусмотренного ст. 328 УК РФ, но не обосновывал данную точку зрения (см.: Агаев Г. Ю. Преступления против порядка управления (проблемы теории и практика применения законодательства): дис. ... д-ра юрид. наук. СПб., 2006. С. 80–81.

лизации/декриминализации деяний¹⁸. Целиком разделяя высказанное ранее мнение, что «криминализация и пенализация, так же как и противоположные им процессы — декриминализация и депенализация, нередко охватываются более общим понятием — криминализация, понимаемой в широком смысле слова (так она трактуется и в настоящей работе)»¹⁹, полагаем, что перечень оснований является единым как для криминализации, так и для декриминализации. При этом сущностное наполнение этих оснований при криминализации и декриминализации будет различным.

В научной литературе были предложены разнообразные системы принципов и оснований криминализации.

Так, в работе «Основания уголовного запрета (криминализация и декриминализация)» авторами предложена следующая система принципов криминализации:

- 1) социальные и социально-психологические принципы криминализации, в число которых включается общественная опасность, относительная распространенность деяния, соразмерность положительных и отрицательных последствий и уголовно-правовая адекватность криминализации;
- 2) системно-правовые принципы криминализации:
 - а) общеправовые принципы криминализации, в число которых включаются конституционная адекватность, непротиворечивость другим правовым нормам, международно-правовая необходимость и допустимость, процессуальная осуществимость преследования;
 - б) уголовно-правовые принципы криминализации, в число которых включаются беспробельность закона и неизбыточность запрета, определенность и единство терминологии, полнота состава, соразмерность санкции и экономия репрессии²⁰.

В. И. Курляндский различал две группы факторов криминализации: во-первых, это фак-

торы, связанные с общественной опасностью деяния, и, во-вторых, факторы, не связанные с общественной опасностью, которые подразделяются на социальные факторы (распространенность деяния; уровень правосознания граждан; научно обоснованные данные о возможности повышения эффективности борьбы с деянием путем применения уголовно-правовых средств; возможность выявления деяния на основе средств и способов, предусмотренных действующим уголовно-процессуальным законом; вредность антисоциальных последствий), экономические факторы (объем материального ущерба, вредное воздействие на состояние трудовой дисциплины) и иные факторы (общеполитические мотивы, международные обязательства). Особенность системы этого автора выражается в том, что система является открытой, т.е. не содержит исчерпывающий перечень факторов²¹.

Профессор Н. Ф. Кузнецова выделяла социальные (экономические, идеологические, политические, социально-психологические, нравственные и организационно-управленческие), социально-правовые (правовые традиции, правовая психология, состояние, динамика и структура преступности) и правовые (принципы права и правотворчества, действующая система права) факторы²².

Г. В. Крыловым была предложена система, состоящая из двух оснований декриминализации. Первое основание — это общественная опасность, которую автор рассматривает традиционно с позиции ее характера и степени. Вторым основанием выступает целесообразность уголовно-правового запрета, которая включает экономическую целесообразность, социально-психологические последствия криминализации, правосознание и нравственность, практическую возможность уголовно-правового регулирования²³.

Профессор А. И. Коробеев предложил три группы оснований, влияющих на криминализацию:

- а) юридико-криминологические основания (степень общественной опасности, распространенность и типичность деяния, динамика деяний, возможность воздействия на деяния уголовно-правовыми средствами, возможности системы уголовной юстиции);
- б) социально-экономические основания (ущерб, отсутствие негативных послед-

¹⁸ В литературе нет единства в терминологии. Так, одни авторы говорят о принципах криминализации (коллектив авторов «Основания уголовного запрета. Криминализация и декриминализация» (отв. ред. В. Н. Кудрявцев, А. М. Яковлев. М., 1982)), другие о факторах криминализации (А. И. Коробеев, В. И. Курляндский), третьи об основаниях криминализации (А. Д. Антонов, Г. В. Крылов). На наш взгляд, последний подход более точно отражает смысл, т.к. основанием в философской трактовке является существенная часть, отношение или условие, порождающее какое-нибудь явление.

¹⁹ Основания уголовного запрета. Криминализация и декриминализация / отв. ред. В. Н. Кудрявцев, А. М. Яковлев. М.: Наука, 1982. С. 18.

²⁰ Указ. соч. С. 215–242.

²¹ Указ. соч. С. 199–200.

²² Указ. соч. С. 202.

²³ Крылов Г. В. Проблемы декриминализации деяний в советском уголовном праве: дис. ... канд. юрид. наук. М., 1985. С. 90–143.

ствий уголовно-правового запрета и наличие материальных ресурсов для его реализации);

- в) социально-психологические основания (уровень общественного правосознания и психологии, исторические традиции)²⁴. С некоторыми изменениями эту систему воспроизвел А. Д. Антонов²⁵.

Опираясь на работы различных ученых, считаем возможным предложить следующую систему оснований для криминализации деяний²⁶:

- 1) правовые традиции;
- 2) общественная опасность деяния;
- 3) распространенность и динамика деяния;
- 4) психологические (нравственные) основания;
- 5) адекватность уголовно-правового запрета и экономия репрессии;
- 6) организационно-управленческие, в том числе процессуальные, возможности реализации уголовно-правового запрета.

Определившись с основаниями криминализации, далее необходимо их рассмотреть применительно к составу преступления, предусмотренного ст. 328 УК РФ.

1. Правовые традиции были рассмотрены в начале статьи. Следует резюмировать, что длительное время существует устойчивая правовая традиция уголовного преследования лиц, уклоняющихся от несения воинской обязанности.

2. Общественная опасность деяния. На наш взгляд, является правильной точка зрения о том, что общественная опасность преступления определяется всеми признаками преступления, при этом ведущими для определения общественной опасности являются объективные признаки деяния²⁷.

Следует обратить внимание, что в советской и современной научной и учебной литературе, как правило, общественная опасность рассматриваемого преступления специально

не раскрывается²⁸. Видимо, предполагалось и предполагается очевидность общественной опасности уклонения от военной и альтернативной гражданской службы. С другой стороны, в литературе считают необходимым описать и указать общественную опасность, например, убийства, которая очевидна и вряд ли вызывает сомнение²⁹.

Попытку обосновать общественную опасность рассматриваемого деяния предпринял Г. Ф. Поленов. Он считал, что уклонение от учебных сборов и воинского учета представляет общественную опасность потому, что «мешает деятельности органов, ведущих учет военнообязанных... и тем самым наносит ущерб оборонным интересам и мероприятиям советского государства», «ущерб... наносится порядку подготовки и переподготовки военнообязанных, нормальной деятельности государственных органов, ведающих этой сферой»³⁰.

Позднее попытки раскрыть общественную опасность уклонения от воинской службы предприняли в своих исследованиях Ю. И. Хаиров, В. А. Маркелов и М. В. Карпенко.

Так, Ю. И. Хаиров отмечал: «Хотя уклонение от призыва на военную службу в конкретном единичном случае, казалось бы, не может причинить существенного вреда интересам обороны, однако... массовое уклонение от призыва на военную службу может существенно нарушить установленный порядок комплектования Вооруженных Сил личным составом»³¹.

В. А. Маркелов не только поддержал такой подход, но и развил его. Он, в частности, указал, что характерная особенность уклонения от военной службы — «повышенная общественная опасность, заключающаяся в достаточной распространенности, постоянном росте таких

²⁴ Приводится: Антонов А. Д. Теоретические основы криминализации и декриминализации: дис. ... канд. юрид. наук. М., 2001. С. 85—86.

²⁵ Антонов А. Д. Указ. соч. С. 88—110.

²⁶ Систематизация оснований на группы не является предметом исследования настоящей статьи, она представляет в большей мере теоретический интерес и требует самостоятельного и более углубленного изучения. В связи с указанными причинами в рамках настоящей статьи распределение оснований на группы не производится.

²⁷ Трайнин А. Н. Общее учение о составе преступления // Избранные произведения. Защита мира и уголовный закон. М.: Наука, 1969. С. 27; Кузнецова Н. Ф. Преступление и преступность // Избранные труды. СПб.: Юридический центр-Пресс, 2003. С. 429—430.

²⁸ См., например: Пионтковский А. А., Меньшагин В. Д., Чхиквадзе В. М. Указ. соч. Т. 2. С. 606—625; Курс советского уголовного права: в 6 т. Часть Особенная. М.: Наука, 1971. Т. VI. С. 291—295; Курс советского уголовного права. Часть Особенная / отв. ред. проф. Н. А. Беляев. Л.: Изд-во Ленинград. ун-та, 1978. Т. 4. С. 521—524; Бажанов М. И., Сташис В. В. Преступления против порядка управления // Бажанов М. И. Избранные труды. Харьков: Право, 2012. С. 953—954; Курс уголовного права / под ред. Г. Н. Борзенкова, В. С. Комиссарова. М.: Зерцало-М, 2002. Т. 5. С. 270—275; Полный курс уголовного права / под ред. А. И. Коробеева. СПб.: Юридический центр-Пресс, 2008. Т. 5. С. 415—421; Щербяков А. В. Преступления против порядка управления: научно-практический комментарий к главе 32 УК РФ. М.: Юрлитинформ, 2001. С. 135—141; Уголовное право России. Особенная часть / под ред. Ф. Р. Сундурова, М. В. Талан. М.: Статут, 2012. С. 869—872; Азаев Г. А. Указ. соч. С. 217—238; Рамазанов Г. Р. Указ. соч.

²⁹ См., например: Уголовное право России. Особенная часть / под ред. Ф. Р. Сундурова, М. В. Талан. С. 26.

³⁰ Поленов Г. Ф. Ответственность за преступления против порядка управления. М.: Юридическая литература, 1966. С. 99—100.

³¹ Хаиров Ю. И. Указ. соч. С. 58.

общественно-опасных деяний при высоком уровне латентности...»³².

М. В. Карпенко в качестве обоснования вредоносности деяния ссылается на то, что «в результате уклонения образуется штатная необеспеченность войсковых подразделений, снижается боеготовность и дисциплина частей, оголяется Государственная граница, создается (и реализуется) опасность хищений техники, оружия и боеприпасов»³³.

Однако данные обоснования общественной опасности, на наш взгляд, нельзя признать приемлемыми, так как их авторы проецируют опасность уклонения от военной службы как социального явления на конкретные, единичные преступления. Вместе с тем в доктрине уголовного права, закрепленной в ст. 14 УК РФ, признано, что преступным является лишь такое деяние, которое по содержанию общественно опасно. Иными словами, каждое единичное деяние должно быть вредоносным и общественно опасным, а не их совокупность.

Далее необходимо проанализировать все подсистемы состава преступления на предмет наличия общественной опасности.

В качестве непосредственного объекта преступления, закрепленного в ст. 328 УК РФ, чаще всего называется установленный порядок комплектования Вооруженных Сил РФ и других воинских формирований, а также порядок реализации гражданами обязанности прохождения военной службы³⁴. В настоящее время не вызывает сомнений, что объекту всегда в результате совершения преступного деяния наносится вред³⁵. В литературе вред от рассматриваемого преступления характеризовался как «ущерб делу обороны СССР»³⁶, «ущерб оборонным интересам и мероприятиям советского государства»³⁷, «нарушается установленный порядок комплектования Вооруженных Сил, подрывается их боеготовность и, как следствие, обороноспособность

страны»³⁸. В большинстве же работ внимание на вреде от данного преступления не акцентируется³⁹.

Изучение судебной практики показывает, что в 14,7 % уголовных дел суды указывают в приговорах на причинение вреда⁴⁰. При этом причиняемый вред характеризуется судами по-разному. Так, в 46,66 % дел суды указывают на нарушение установленного порядка комплектования Вооруженных Сил, в 32,22 % — на нарушение установленного порядка комплектования Вооруженных Сил и причинение вреда обороноспособности РФ, в 13,33 % — на вред (подрыв) обороноспособности и только лишь в 6,66 % — на дезорганизацию органов государственной власти, осуществляющих призыв на военную службу.

Важно отметить, что ни в литературе, ни в судебных документах, даже когда вред от преступления указывается, он не конкретизируется. Иными словами, указание на вред носит сугубо абстрактный характер.

Если признать в качестве вреда ущерб обороноспособности государства и боеготовности Вооруженных сил, то возникает вопрос: существует ли ущерб в виде подрыва боеспособности Вооруженных сил и обороноспособности страны в тех случаях, когда план по призыву на военную службу был полностью выполнен? Вред обороноспособности страны и боеспособности Вооруженных сил может быть нанесен только тогда, когда из-за большого числа «уклонистов» существенно уменьшается штатная численность Вооруженных сил. Однако такой вред причиняется не в ходе совершения конкретного преступления, а является вредом от негативного социального явления в целом, о чем мы уже говорили ранее. Также следует обратить внимание, что в последние годы Главное организационно-мобилизационное управление Генерального штаба Вооруженных сил РФ все чаще докладывает

³² Маркелов В. А. Уклонение от военной службы (понятие, виды, предупреждение) : дис. ... канд. юрид. наук. Саратов, 2005. С. 7—8.

³³ Карпенко М. В. Уголовная ответственность за уклонение от призыва на военную службу : дис. ... канд. юрид. наук. Ростов н/Д, 2002. С. 88.

³⁴ Курс уголовного права / под ред. Г. Н. Борзенкова, В. С. Комиссарова. Т. 5. С. 271 ; Карпенко М. В. Указ. соч. С. 88 ; Уголовное право России. Часть Особенная / под ред. Л. Л. Кругликова. М., 2004. С. 514 ; Уголовное право России. Особенная часть / под ред. Ф. Р. Сундурова, М. В. Талан. С. 869.

³⁵ Уголовное право. Общая часть / под ред. Н. Ф. Кузнецовой, И. М. Тяжковой М. : Зерцало, 2004. С. 171.

³⁶ Меньшагин В. Д. Преступления против обороны СССР : учеб. пособие для слушателей ВЮА КА. М. : РИО ВЮА КА, 1946. С. 22.

³⁷ Поленов Г. Ф. Указ. соч. С. 99.

³⁸ Маркелов В. А. Указ. соч. С. 32.

³⁹ См., например: Курс уголовного права / под ред. Г. Н. Борзенкова, В. С. Комиссарова. Т. 5. С. 270—275 ; Уголовное право России. Особенная часть / под ред. Ф. Р. Сундурова, М. В. Талан. С. 869—872 ; Щербаков А. В. Указ. соч. С. 135—141.

⁴⁰ Приведенные в настоящей работе данные о судебной практике, если не указано иное, основаны на изученной автором судебной практике. Автором было отобрано путем случайной выборки и изучено 611 решений судов различных уровней за 2010—2014 годы, в том числе 1 решение Верховного Суда РФ и следующих субъектов РФ: Амурская область — 39, Калининградская область — 6, Красноярский край — 71, Курганская область — 14, Ленинградская область — 11, Магаданская область — 9, Московская область — 84, Республика Башкортостан — 37, Республика Дагестан — 38, Республика Татарстан — 52, Саратовская область — 4, Санкт-Петербург — 4, Ставропольский край — 125, Хабаровский край — 70, Челябинская область — 46.

о 100 %-м выполнении плановых показателей по призыву граждан на военную службу⁴¹. Следовательно, комплектованию и боеготовности Вооруженных Сил вред не наносится.

При определении вреда следует учитывать, что Вооруженные силы РФ формируются не только из призывников, а по смешанному принципу, т.е. по призыву и по контракту. Официальные представители Министерства обороны сообщали: «Количество контрактников будет увеличиваться, и в конечном итоге нам определена цифра в 425 тыс.»⁴². Формирование Вооруженных Сил, в том числе по контракту, существенно понижает вред обороноспособности государства и боеготовности Вооруженных Сил.

В качестве вреда от уклонения от прохождения военной службы можно рассматривать те организационные и материальные затраты, которые понесут органы государственной власти, осуществляющие призыв на военную службу, для розыска и призыва лиц, уклоняющихся от призыва на военную службу. Однако вряд ли имеется возможность хотя бы примерно определить такие затраты в отношении конкретного «уклониста».

Изложенные выше данные показывают, что непосредственный объект преступления, предусмотренный ст. 328 УК РФ, и причиняемый ущерб не обладают тем характером и той степенью общественной опасности, которые необходимы для преступления.

Объективную сторону рассматриваемого преступления законодатель сформулировал в виде уклонения от призыва на военную (альтернативную гражданскую) службу и от прохождения такой службы.

Уклонение от прохождения военной службы, согласно п. 4–7 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 3 апреля 2008 г. № 3 «О практике рассмотрения судами уголовных дел об уклонении от призыва на военную службу и от прохождения военной или альтернативной гражданской службы»⁴³, может выражаться в следующем:

- а) неявка без уважительных причин по повесткам военного комиссариата на медицинское освидетельствование, медицинское обследование по направлению призывной

комиссии, на заседание призывной комиссии или в военный комиссариат для отправки к месту прохождения военной службы;

- б) самовольное оставление призывником сборного пункта до отправки его к месту прохождения военной службы;
- в) получение призывником обманным путем освобождения от военной службы в результате симуляции болезни, причинения себе какого-либо повреждения (членовредительство), подлога документов или иного обмана;
- г) отказ призывника от получения повестки военного комиссариата или направления призывной комиссии под расписку.

Способами совершения преступления, предусмотренного ч. 2 ст. 328 УК РФ, в соответствии с разъяснениями вышеуказанного постановления Пленума Верховного Суда РФ являются, в частности, неявка без уважительных причин к месту прохождения альтернативной гражданской службы в указанные в предписании сроки, самовольное оставление места работы (рабочего места), неявка в срок без уважительных причин на работу, отказ от исполнения обязанностей альтернативной гражданской службы, в том числе отказ заключить срочный трудовой договор, досрочное увольнение с альтернативной гражданской службы путем обмана.

Следует сразу отметить, что уклонение от прохождения альтернативной гражданской службы в судебной практике встречается крайне редко. Так, из всех изученных нами дел только 0,47 % приходится на ч. 2 ст. 328 УК РФ.

По нашим подсчетам, подавляющее большинство, а именно 81 %, уклонений от призыва на военную службу совершается путем неявки без уважительных причин по полученной повестке на мероприятия, связанные с призывом. Иными словами, для рассматриваемого деяния характерна форма чистого бездействия. Уклонение в форме действий на практике выражается в следующем: а) самовольный уход (покидание) сборного пункта, военкомата, медицинской комиссии — 3,86 %; б) отказ от вручаемой повестки — 2,4 %; в) предоставление фальшивых документов и справок — 1,93 %. Приведенные данные наглядно иллюстрируют, что для рассматриваемого деяния не характерны способы, связанные с насилием, обманом или иными отягчающими обстоятельствами/способами.

Состав преступления, предусмотренный в ст. 328 УК РФ, сконструирован законодателем как формальный, следовательно, последствия в норме не указываются. Поэтому можно говорить только об ущербе объекту, причиняемом

⁴¹ См., например: Итоги осеннего призыва 2010 и материалы круглого стола по итогам весеннего призыва граждан на военную службу (2013 г.), размещенные на официальном сайте Министерства обороны РФ: URL: <http://function.mil.ru>.

⁴² Итоги осеннего призыва 2011 года. Пресс-конференция начальника Главного организационно-мобилизационного управления Генерального штаба ВС РФ генерал-полковника В. В. Смирнова // Официальный сайт Министерства обороны РФ. URL: function.mil.ru/news_page.

⁴³ Российская газета. № 76. 09.04.2008.

в ходе совершения преступления. Данный вопрос был рассмотрен ранее в настоящей статье.

Кроме того, необходимо отметить, что для исследуемой категории преступлений не характерно наличие совокупности с другими преступлениями. Только в 1-м деле, т.е. 0,16 %, нам встретилась такая совокупность. Рецидив преступлений среди изученных дел нами обнаружен не был.

Подводя итог анализу общественной опасности, содержащейся в объективной стороне ст. 328 УК РФ, следует констатировать, что ее степень и характер явно невысоки и недостаточны для характеристики деяния в качестве преступления.

Следующий элемент состава, на котором следует остановиться, — субъект преступления.

Лица, виновные в совершении преступления, предусмотренного ст. 328 УК РФ, в подавляющем большинстве впервые совершали преступление. Лишь в 3 из изученных нами дел субъекты имели судимость. Вместе с тем 30 % лиц, виновных в совершении анализируемого преступления, ранее привлекались к административной ответственности.

Большая часть виновных, а именно 73,37 %, положительно характеризуются по месту жительства, учебы, работы, 23,8 % характеризуются удовлетворительно и только 2,83 % виновных имеют отрицательные характеристики, в том числе они злоупотребляли спиртными напитками, вели аморальный образ жизни и т.д.

Образование лиц, совершивших уклонение от прохождения военной и альтернативной гражданской службы, характеризуется следующими показателями: 32 % имеют среднее общее образование, 30,8 % — среднее специальное (профессиональное), 20,1 % — неполное среднее, 8,3 % — высшее, 7,1 % — неполное среднее, по 0,7 % — начальное профессиональное и начальное общее. На невысокий образовательный уровень указывали исследователи и ранее⁴⁴. Однако в последние годы наблюдается повышение уровня образования лиц, совершивших анализируемое преступление.

Ряд исследователей отмечают, что половина современных призывников употребляют спиртные напитки, причем 12 % регулярно, 8 % употребляют наркотики⁴⁵. Вместе с тем среди изученных нами дел ни в одном решении не указано, что лица, совершившие преступление, состоят на учете у нарколога или психолога.

Среди других характеристик лиц, совершивших преступление, предусмотренное ст. 328 УК РФ, следует указать на то, что 64 %

лиц на момент совершения преступления официально не работали и/или не учились. Данный показатель сохраняется уже многие годы и был отмечен ранее В. А. Маркеловым⁴⁶.

Большая часть лиц — 83,7 % — в браке не состояли. Вместе с тем 12,5 % лиц имели детей.

Также характеризует субъекта тот факт, что в 94,44 % случаев они признали свою вину в совершенном преступлении и дела в их отношении были рассмотрены в упрощенном порядке: без проведения судебного разбирательства либо в особом порядке.

Подводя итог, следует сказать, что в целом субъекты рассматриваемого преступления характеризуются положительно.

Субъективная сторона анализируемого преступления характеризуется прямым умыслом. Данное положение не вызывает возражений ни у теоретиков, ни у практиков. В научной литературе неоднократно были исследованы мотивы уклонения от призыва на военную службу. Так, Ю. И. Хаиров указывает, что 36,36 % осужденных за данное преступление легкомысленно и безразлично относились к воинской обязанности; у 14,68 % — тяжелое материальное положение в семье; 10,49 % лиц отметили нежелание потерять любимую девушку, положение в обществе, престижную работу⁴⁷. Таким образом, видно, что 61,53 % мотивов не являются низменными. В более поздних работах авторы указывают, что 70 % лиц, уклоняющихся от призыва, не столько боялись трудностей военной службы, сколько изначально негативно относились к ней⁴⁸.

В заключение рассмотрения общественной опасности уклонения от прохождения военной и альтернативной гражданской службы, следует обратить внимание на наличие отягчающих и смягчающих обстоятельств. Ни в одном из изученных нами дел суды не обнаружили отягчающих обстоятельств. Смягчающие же обстоятельства установлены в 100 % изученных дел. Чаще всего, в более 73 % случаев, суды признавали смягчающими обстоятельствами раскаяние в содеянном (73,65 %) и признание вины (73,15 %). Среди других смягчающих обстоятельств — активное содействие раскрытию и расследованию преступления (24,4 %); совершение впервые преступления небольшой тяжести (17,34 %); явка с повинной

⁴⁶ Указ. соч. С. 49.

⁴⁷ Хаиров Ю. И. Указ. соч. С. 117. Эти же цифры без ссылки на источник заимствования позднее были воспроизведены в работе: Амирова Р. Р. Уголовно-правовая и криминологическая характеристика уклонения от прохождения военной и альтернативной гражданской службы (по материалам Республики Дагестан) : дис. ... канд. юрид. наук. Махачкала, 2006. С. 51.

⁴⁸ Маркелов В. А. Указ. соч. С. 58.

⁴⁴ Маркелов В. А. Указ. соч. С. 48.

⁴⁵ Указ. соч. С. 53.

(16,2 %); наличие на иждивении родственников или оказание материальной помощи родственникам (12,92 %); молодой возраст виновных (11,45 %); наличие постоянного места жительства (4,74 %); состояние здоровья и/или наличие заболевания у виновного (3,75 %); беременность супруги (1,14 %); заболевание и/или инвалидность родителей (0,98 %); отсутствие тяжких последствий (0,8 %); наличие семьи: матери, бабушки, старшего брата и т.д. (0,8 %); сиротство виновного (0,32 %); стечение тяжелых жизненных обстоятельств (0,16 %).

Подводя итог такому основанию криминализации, как общественная опасность преступления, следует признать, что при уклонении от прохождения военной и альтернативной гражданской службы она неявная, ее степень крайне невысокая. На наш взгляд, такое основание для криминализации, как общественная опасность, отсутствует.

3. Распространенность и динамика преступления, предусмотренного ст. 328 УК РФ, характеризуется следующими показателями: 1997 год — 1 162 преступлений; 1998 год — 1 232; 1999 год — 1 284; 2000 год — 1 853; 2001 год — 1 780⁴⁹; 2004 год — 2 153⁵⁰, 2006 год — 1 711; 2009 год — 977; 2011 год — 1 428⁵¹; 2013 год — 856⁵².

Таким образом, пик зарегистрированных преступлений приходится на 2004 год, в последующие годы прослеживается тенденция уменьшения количества совершенных преступлений по ст. 328 УК РФ.

Помимо официальной статистики, следует иметь в виду, что официальные представители Министерства обороны РФ в последние годы сообщают о снижении числа «уклонистов». Так, по итогам весеннего призыва 2013 года, начальник ГОМУ Генерального штаба сообщил о снижении количества «уклонистов» на 18 %⁵³. По итогам весеннего призыва 2012 года, число уклонившихся от призыва составило 7 325 человек, а около 166,1 тыс. человек убыли к месту жительства (пребывания) без снятия с воинского учета или уклонились от получения повестки военного комиссариата. Причем это было на

18,4 % меньше, чем осенью 2011 года⁵⁴. В осенний призыв 2010 года количество уклонившихся лиц составило 13 600 человек⁵⁵. Таким образом, можно наблюдать устойчивую тенденцию по снижению количества лиц, уклоняющихся от призыва на военную службу.

Косвенно данная тенденция подтверждается и независимыми опросами. В частности, всероссийские опросы ВЦИОМ «Вооруженные Силы России: общественная оценка» показали, что за последние 5 лет россияне намного позитивнее стали относиться к службе в армии. Сегодня каждый второй респондент (53 %) хотел бы, чтобы его ближайшие родственники служили, — эта доля возросла в 1,5 раза по сравнению с результатами опроса 2010 года (36 %). «Мужчины должны отслужить в армии» — к такому выводу пришло большинство наших сограждан (80 %). При этом 42 % респондентов уверены, что пройти службу в Вооруженных Силах — дело чести для любого настоящего мужчины. В свою очередь, 38 % участников опроса полагают, что военная служба — долг, который нужно отдать государству, даже если это идет вразрез с личными интересами. Радостно отметить значительное сокращение доли опрошенных, называющих службу в армии «бесмысленным занятием, которого нужно избегать» (с 25 % в 2000 году до 16 % в 2014 году)⁵⁶.

Кроме того, вышеприведенные цифры количества «уклонистов» в сопоставлении со статистикой преступления показывают, что к уголовной ответственности привлекаются далеко не все «уклонисты». Например, в 2010 году «уклонистов» было более 13 тыс., а к уголовной ответственности в 2011 году было привлечено менее 1 500 человек, т.е. примерно можно говорить, что к ответственности был привлечен только каждый 10-й «уклонист». Данное положение дел нельзя назвать позитивным. Следует полностью поддержать точку зрения профессора А. В. Наумова о том, что неприменение уголовно-правовых норм оказывает негативное влияние на правосознание граждан, сводит на нет предупредительный эффект угрозы применения наказания в случае совершения лицом преступления⁵⁷.

⁴⁹ Наумов А. В. Российское уголовное право : курс лекций. М. : Юридическая литература, 2004. Т. 2. Особенная часть. С. 753.

⁵⁰ Маркелов В. А. Указ. соч. С. 4.

⁵¹ Преступность, национальная безопасность, бизнес / под общ. ред. проф. А. И. Долговой. М. : Рос. криминолог. ассоциация, 2012. С. 638.

⁵² Криминологическая ситуация и реагирование на нее / под ред. проф. А. И. Долговой. М. : Рос. криминолог. ассоциация, 2014. С. 286.

⁵³ Круглый стол по итогам весеннего призыва граждан на военную службу, состоявшийся 01.08.2013 в «РИА Новости» // Официальный сайт Министерства обороны РФ. URL: function.mil.ru/news_page.

⁵⁴ Начальник ГОМУ Генерального штаба рассказал журналистам об особенностях осенней призывной кампании. Пресс-конференция 28.09.2012 // Официальный сайт Министерства обороны РФ. URL: function.mil.ru/news_page.

⁵⁵ Итоги осеннего призыва-2010. Пресс-конференция начальника ГОМУ ГШ ВС РФ генерал-полковника В. Смирнова // Официальный сайт Министерства обороны РФ. URL: function.mil.ru/news_page.

⁵⁶ Пресс-выпуск. № 2572. 29.04.2014 // URL: wciom.ru.

⁵⁷ Наумов А. В. Применение уголовно-правовых норм. Волгоград, 1973. С. 22.

4. Психологические (нравственные) основания криминализации. Осенью 2011 года Фондом общественного мнения был проведен опрос «Проблема уклонения от военной службы». Среди прочего респондентам был задан вопрос: следует или не следует привлекать к уголовной ответственности тех, кто уклоняется от призыва на военную и альтернативную гражданскую службу? Население в целом ответило так: 52 % — не следует привлекать к уголовной ответственности, 35 % — следует, 13 % затруднились ответить⁵⁸. Этим же фондом в апреле 2014 года был проведен опрос «О положении дел в армии и срочной службе», который показал, что 49 % относятся с осуждением к лицам, которые уклоняются от службы в армии, а 32 % относятся к таким лицам с пониманием и сочувствием. В 2002 году ситуация была обратная: 53 % опрошенных относились с пониманием и сочувствием, а 35 % — с осуждением⁵⁹. Сопоставление этих результатов показывает, что население осуждает уклонение от военной службы, но возражает против привлечения таких лиц к уголовной ответственности. Следовательно, их можно привлекать к административной ответственности.

Проведенное Г. А. Агаевым исследование показало, что с декриминализацией ст. 328 УК РФ согласны 33 % опрошенных дознавателей⁶⁰.

Отношение судей и судебной системы в целом к тому или иному преступлению, по нашему мнению, убедительно показывает анализ видов и размеров наказаний, назначаемых лицам, совершившим преступления. Результаты проведенного нами исследования демонстрируют следующее. Самым распространенным видом наказания, назначаемым за совершение преступления по ст. 328 УК РФ, является штраф (67 % дел). Размеры штрафа, назначаемые судами, крайне разнообразны: от 2 500 до 150 000 рублей. Вместе с тем 51,79% назначенных штрафов составляют от 2 500 до 10 000 рублей; 15,62 % — от 12 000 до 20 000 рублей; 13,43 % — от 20 800 до 40 000 рублей; 7,5 % — от 50 000 до 150 000 рублей⁶¹. Назначение максимального размера штрафа, предусмотренного в ст. 328 УК РФ, нам не встретилось. В 4,5 % случаев судами была предоставлена рассрочка по выплате штрафа. Следует обратить внимание, что в большей ча-

сти рассрочка была предоставлена лицам, которым был назначен штраф в размере до 20 000 рублей.

Вторым по распространенности видом наказания является лишение свободы, оно было назначено в 27,33 % дел. Максимальный срок наказания, предусмотренный ч. 1 ст. 328 УК РФ, составляет 2 года. Среди изученных дел нам не встретилось ни одного случая назначения максимального размера наказания. В 3 случаях судами было назначено лишение свободы на срок 1 год и 6 месяцев. Большей частью суды назначают лишение свободы до 10 месяцев (53,29 %). Лишение свободы от 1 года и выше составляет 46,71 % от всех назначенных случаев лишения свободы. Самыми распространенными сроками лишения свободы, назначаемыми судами, являются 1 год — 44,31 % и 6 месяцев — 41,91 %. Важно, что только в 4 случаях лишение свободы было назначено реально, в 97,6 % дел суд пришел к выводу о возможности исправления осужденных без реального отбывания наказания и постановил считать назначенное лишение свободы условным.

Исправительные и обязательные работы присуждаются крайне редко: нами было обнаружено 4 приговора, где были назначены эти виды наказания. При этом суды не назначали максимальные размеры этих наказаний, предусмотренных в ст. 328 УК РФ. Кроме того, все наказания в виде исправительных работ были назначены условно.

Заканчивая анализ назначенных судом наказаний по рассматриваемой категории дел, следует указать, что в 46,32 % случаев суды возложили на осужденных дополнительные обязанности. Однако данные обязанности следует признать скорее формальными, т.к. 45,22 % от всех назначенных обязанностей составляет запрет на смену места жительства без уведомления уголовно-исполнительной инспекции, а 38,86 % — обязанность периодически являться в уголовно-правовую инспекцию.

Изложенное выше показывает, что уклонение от прохождения военной и гражданской альтернативной службы не имеет явных психологических и нравственных оснований для криминализации.

5. Адекватность уголовно-правового запрета и экономия репрессии подразумевают, что к криминализации следует прибегать «только в тех случаях, когда иных способов воздействия не существует, когда применение альтернативных методов социального реагирования, включая не связанную с применением уголовного наказания репрессию, является неэффективным»⁶².

⁵⁸ Проблема уклонения от службы. Спецпроект ФОМ // URL: fom.ru.

⁵⁹ О положении дел в армии и срочной службе. Служба в армии — «школа жизни» или потерянные годы? // URL: fom.ru.

⁶⁰ Агаев Г. А. Указ. соч. С. 81.

⁶¹ В 11,66 % приговоров, опубликованных на сайте ГАС РФ «Правосудие» (www.sudrf.ru), размер штрафа не указан.

⁶² Антонов А. Д. Указ. соч. С. 92.

Количество лиц, призываемых на военную службу, за 1997–2014 гг.*

Год	Количество призывников, чел.		
	Весенний призыв	Осенний призыв	Календарный год
2014	154 000		154 000
2013	153 200	150 030	303 230
2012	155 570	140 140	295 710
2011	218 720	135 850	354 570
2010	270 600	278 821	549 421
2009	305560	271 020	576 580
2008	133 200	219 000	352 200
2007	133 500	132 350	265 850
2006	124 550	123 310	247 860
2005	157 700	140 900	298 600
2004	166 050	176 393	342 443
2003	175 050	175 806	350 856
2002	161 732	174 215	335 947
2001	187 995	194 824	382 819
2000	191 612	191 651	383 263
1999	168 776	204 914	373 690
1998	189 790	158 512	348 302
1997	214 160	188 402	402 562

* Указы Президента РФ: от 31.03.20014 № 189; от 29.03.2013 № 302; от 26.09.2013 № 732; от 26.09.2013 № 732; от 26.09.2013 № 732; от 30.03.2012 № 345; от 29.12.2012 № 1309; от 31.03.2011 № 378; от 30.09.2011 № 1270; от 31.03.2010 № 399; от 31.03.2010 № 399; от 31.03.2010 № 399; от 31.03.2010 № 399; от 31.03.2010 № 399; от 31.03.2010 № 399; от 30.09.2010 № 1191; от 30.09.2010 № 1191; от 30.09.2010 № 1191; от 30.03.2009 № 336; от 30.03.2009 № 336; от 30.09.2009 № 1085; от 30.09.2009 № 1085; от 30.09.2009 № 1085; от 30.09.2009 № 1085; от 29.03.2008 № 418; от 28.09.2008 № 1407; от 28.03.2007 № 419; от 30.09.2007 № 1311; от 29.03.2006 № 276; от 29.09.2006 № 1048; от 29.09.2006 № 1048; от 29.09.2006 № 1048; от 28.03.2005 № 357; от 27.09.2005 № 1134; от 29.03.2004 № 422; от 25.09.2004 № 1217; от 31.03.2003 № 377; от 28.09.2003 № 1122; от 31.03.2002 № 301; от 29.09.2002 № 1096; от 28.03.2001 № 366; от 24.09.2001 № 1148; от 30.03.2000 № 610; от 29.09.2000 № 1716; от 29.03.1999 № 390; от 29.03.1999 № 390; от 29.03.1999 № 390; от 30.09.1999 № 1323; от 27.03.1998 № 293; от 27.03.1998 № 293; от 27.03.1998 № 293; от 21.09.1998 № 1127; от 03.04.1997 № 297; от 06.10.1997 № 1069.

В литературе уже обращалось внимание, что «виновный, уклонившийся от призыва на военную службу, и осужденный к лишению свободы на срок свыше трех лет, а также осужденный к лишению свободы условно на срок свыше трех лет, тем самым фактически добивается своей цели — не проходить военную службу по призыву»⁶³. Действительно, согласно пп. «б» п. 3 ст. 23 Федерального закона от 28.03.1998 № 53-ФЗ «О воинской обязанности и военной службе» не подлежат призыву на военную службу граждане, имеющие неснятую или непогашенную судимость за совершение преступления⁶⁴.

Кроме того, в судебной практике встречаются примеры, когда в качестве способа уклонения от прохождения военной службы виновные умышленно представляют поддельные справки об осуждении. Так, А. представил в отдел Военного комиссариата Республики Башкортостан по г. Салават справки Салаватского городского

суда о том, что он осужден за преступление, предусмотренное ч. 2 ст. 111 УК РФ, к 4 годам лишения свободы условно⁶⁵. И такие случаи не единичны. Виновные представляли справки об осуждении по ст. 264, 209 и 131 УК РФ⁶⁶.

Следует также обратить внимание на снижение количества лиц, призываемых на военную службу, что также необходимо учесть при анализе адекватности уголовно-правового запрета.

Вышеприведенные данные ставят под сомнение адекватность экономии уголовно-правового запрета.

⁶³ Постановление Салаватского городского суда Республики Башкортостан № 1-714/2010 от 13.10.2010 в отношении Акчанова Т.Т. // ГАС РФ «Правосудие» (www.udrf.ru)

⁶⁶ См., например: постановления Салаватского городского суда Республики Башкортостан от 08.10.2010 № 1-628/201, от 15.03.2011 № 1-217/2011; приговор Салаватского городского суда Республики Башкортостан от 09.03.2011 в отношении Евдокимова Д. А. // ГАС РФ «Правосудие». URL: www.sudrf.ru.

⁶³ Агаев Г. А. Указ. соч. С. 228.

⁶⁴ Собрание законодательства РФ. 1998. № 13. Ст. 1475.

6. Организационно-управленческие, в том числе процессуальные, возможности реализации уголовно-правового запрета, установленного ст. 328 УК РФ, характеризуются следующим.

Во-первых, как уже указывалось выше, к уголовной ответственности привлекается лишь 10% «уклонистов», что явно говорит об избирательности применения уголовного запрета и о наличии проблем в его реализации.

Во-вторых, трудности организационно-управленческих возможностей связаны с неоднозначной трактовкой судами намерения уклонения от призыва. Согласно п. 4 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 03.04.2008 № 3 «О практике рассмотрения судами уголовных дел об уклонении от призыва на военную службу и от прохождения военной или альтернативной гражданской службы» «уголовная ответственность наступает в случае, если призывник таким образом намерен избежать возложения на него обязанности нести военную службу по призыву. Об этом могут свидетельствовать, в частности, неоднократные неявки без уважительных причин по повесткам военного комиссариата на мероприятия, связанные с призывом на военную службу, в период очередного призыва либо в течение нескольких призывов подряд, неявка в военный комиссариат по истечении действия

уважительной причины». Такое толкование привело к тому, что некоторые суды считают недостаточной однократную неявку на мероприятия, связанные с призывом на военную службу, при однократном вручении повестки⁶⁷. В связи с этим многие военные комиссариаты предпочитают вручать повестки неоднократно. Так, в 35% изученных дел указывается, что повестки вручались неоднократно, в том числе в 16,5% вручались 2 повестки, в 9% — 3 повестки, в 3% — 4 повестки.

Проведенный анализ достаточно убедительно показал, что однозначные и явные основания криминализации уклонения от военной и альтернативной гражданской службы в настоящее время отсутствуют, в том числе отсутствует явная общественная опасность деяния, необходимая для признания его преступлением. Оценка обществом, работниками правоохранительных органов и судебной системой по большей части не совпадают с оценкой этого деяния в ст. 328 УК РФ. В связи с этим считаем возможным декриминализировать преступление, предусмотренное ст. 328 УК РФ, путем его перевода в разряд административных правонарушений.

⁶⁷ См., например: кассационное определение Судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда Республики Дагестан от 27.09.2011 № 22-1332/2001 // ГАС РФ «Правосудие». URL: www.sudrf.ru.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. *Меньшагин В. Д.* Преступления против порядка управления. — М., 1938.
2. Основания уголовного запрета (криминализация и декриминализация) / отв. ред. В. Н. Кудрявцев, А. М. Яковлев. — М.: Наука, 1982.
3. Пионтковский А. А., Меньшагин В. Д., Чхиквадзе В. М. Курс советского уголовного права. Особенная часть. — М.: Госюриздат, 1959. — Т. 2.
4. *Поленов Г. Ф.* Ответственность за преступления против порядка управления. — М.: Юридическая литература, 1966.

Материал поступил в редакцию 7 ноября 2014 г.

DECRIMINALIZATION OF MILITARY AND ALTERNATIVE SERVICE EVASION (ART. 328 OF THE CRIMINAL CODE)

Filippov, Pavel Aleksandrovich — PhD in Law, Associate Professor of Criminal Law and Criminology Law Department, Law Faculty, Lomonosov Moscow State University [pilippov@yandex.ru]
119991, Moscow, Lenin Hills, 1, d. 13.

Review. *The article analyzes the grounds for decriminalization of military and alternative service evasion based on the study of doctrinal provisions and existing jurisdiction. The article considers the doctrinal interpretation of a crime under Art. 328 of the Criminal Code. In the framework of the subject, the author studies the decisions of the courts of various levels (611 court decisions from 15 regions of Russia).*

The paper draws attention to the historical tradition of the existing criminal liability for evasion of military service. Moreover, the author reviews in detail the 1918 and later regulations establishing criminal liability for evasion of military service in different ways.

The article concludes that there is a possibility of decriminalization of a crime under Art. 328 of the Criminal Code and its conversion into an administrative offense.

In support of this conclusion, the author indicated the following:

- *low level of social danger of the act, which is due to: the abstract nature of the harm caused to the object; preferential commission of a crime by pure omission (failure to appear in response to summons); designing a formal structure of corpus delicti; the positive character reference of perpetrators; courts ascertain the existence of mitigating circumstances in almost all crimes; lack of low-lying motives in committing the crime;*
- *the absence of explicit psychological and moral basis for the criminalization of the act in question, besides, more than half of the population and a third of investigators agree with the decriminalization of the investigated actions, and the courts generally impose a fine or a suspended imprisonment for a short period;*
- *reduced number of crimes committed over the last ten years - the number of crimes decreased by 2.5 times;*
- *selectivity in the criminal prosecution of perpetrators of crimes under Art. 328 of the Criminal Code, namely, that the criminal liability involved 10% of those who evade military service;*
- *organizational and managerial difficulties in the implementation of criminal prohibitions.*

Keywords: *conscription; criminal responsibility; criminalization; decriminalization; Factors of decriminalization; the adequacy of the criminal prohibitions; socially dangerous act; draft evasion; evading alternative service.*

BIBLIOGRAPHY

1. *Menshagin V.D.* Crimes against public order, Moscow, 1938.
2. *Kudriavtsev V.N., Iakovlev A.M.* (eds.), Grounds of the criminal prohibition (criminalization and decriminalization), Science, Moscow, 1982.
3. *Piontkovsky A. A., Menshagin V.D., Chkhikvadze V.M.* Rate of the Soviet penal law. The special part. V.2., Gosyurizdat, Moscow, 1959.
4. *Polenov G.F.* Responsibility for crimes against public order, Legal literature, Moscow, 1966.

ЗАОЧНЫЙ КРУГЛЫЙ СТОЛ «Новый уголовный кодекс России: концептуальные основы и теоретическая модель»

М. Б. Кострова*

ТЕОРЕТИЧЕСКАЯ МОДЕЛЬ ЯЗЫКОВОЙ ФОРМЫ НОВОГО УГОЛОВНОГО КОДЕКСА РОССИИ**

Часть 1. Теоретические подходы к пониманию онтологического статуса языка уголовного закона

Аннотация. В рамках заочного круглого стола «Новый Уголовный кодекс России: концептуальные основы и теоретическая модель» ставился вопрос о том, на какой научной основе должна базироваться теоретическая модель языковой формы нового Уголовного кодекса России.

Выделено четыре основных теоретических подхода к пониманию онтологического статуса языка закона, сложившихся в общей теории права и ряде отраслевых наук: 1) законотехнический; 3) радикальный; 2) нефункциональный; 4) естественно-языковой.

При первом подходе (наиболее распространенном) язык закона (вариант: язык права) рассматривается в качестве компонента (варианты: элемента, средства, области и т.п.) законодательной (варианты: законотворческой, правотворческой, юридической) техники либо в системе законодательной техники выделяются языковые правила (вариант: самостоятельный элемент — законодательная лингвистика).

При втором подходе либо прямо признается существование языка права, либо не проводится различие языка права и языка закона.

Третий подход к языку закона представлен крайними взглядами: от признания грамматической детерминированности права (то есть придания гипертрофированного значения одному из уровней (ярусам) естественного языка — грамматике) до полного отрицания продуктивности исследования языка закона.

Доказывается, что при данных подходах не учитываются:

- 1) статус естественного (для России — русского) языка, на котором законы и пишутся, в общей картине мира;
- 2) принятое в лингвистике подразделение русского языка на функциональные стили;
- 3) структура естественного языка, включающая систему взаимосвязанных и взаимообусловленных между собой элементов, образующих три уровня (яруса) языка — лексический, грамматический и фонетический;

© М. Б. Кострова, 2015

* Кострова Марина Борисовна, кандидат юридических наук, доцент кафедры уголовного права Башкирского государственного университета

[kostrovam@mail.ru]

450076, Россия, г. Уфа, ул. Заки Валиди, д. 32

** Исследование выполнено при финансовой поддержке Российского гуманитарного научного фонда, проект 15-03-00131 «Реализация уголовной политики: проблемы правотворчества, правоприменения и кадрового обеспечения».

4) методологические положения философии, логики и лингвистики, исходя из которых, любой текст имеет логическую и языковую составляющие. Аргументируется вывод о большей продуктивности четвертого подхода, обосновывающего необходимость приспособления к нуждам уголовно-правового регулирования неотъемлемых свойств естественно-языковой системы и поиска рациональных способов использования естественных проявлений русского языка в тексте уголовного закона с целью придания точности и ясности уголовно-правовым предписаниям, в связи с чем именно этот подход предлагается использовать для построения теоретической модели языковой формы нового Уголовного кодекса России.

Ключевые слова: юриспруденция, уголовный закон, язык уголовного закона, онтологический статус языка закона, законотехнический подход, нефункциональный подход, радикальный подход, естественно-языковой подход, точность и ясность уголовно-правовых предписаний, дефекты языковой формы уголовного закона.

DOI: 10.17803/1729-5920.2015.109.12.087-103

1. Исходные положения. Современная уголовно-правовая политика России в целом и в сфере уголовного законодательства в частности испытывает, по справедливому мнению научного сообщества, симптомы кризиса, причем в последние годы к этой мягкой оценке стали добавляться уже совсем не лестные характеристики — «регресс», «застой», «анабиоз», «игры», «эксперименты» и т.п.¹ Следствием отсутствия концептуальных основ политики государства в сфере борьбы с преступностью, отсутствия четкой, ясной и последовательной уголовно-правовой политики стала «деградация»² УК РФ, в связи с чем учеными обоснованно ставится вопрос о его реформировании. Однако доктринальное видение путей такого реформирования существенно различается: от радикального (нужен новый УК РФ) до умеренного (нужна новая редакция действующего УК РФ)³. Не позиционируя себя в качестве сторонника или противника какого-либо из указанных подходов, решила принять участие в проводимом редакцией журнала «Lex Russica» заочном круглом столе «Новый Уголовный кодекс Рос-

сии: концептуальные основы и теоретическая модель», потому что убеждена: при выборе законодателем любого из двух обозначенных выше решений о дальнейшей судьбе действующего УК РФ (далее — УК) без надлежащей языковой формы его эффективное применение невозможно.

Связано это с тем, что любое нормативное правовое предписание объективируется в тексте закона или иного нормативного правового акта в языковой форме, соответственно, уголовно-правовые предписания как разновидности нормативных правовых предписаний объективируются в языке посредством языковых средств, присущих естественному языку (для России — русскому), используемых с учетом жанровой принадлежности и стилистических особенностей уголовного закона. Поэтому точность и ясность языка уголовного закона в совокупности с логической, графической и стилистической основами текста уголовного закона является предпосылкой единообразного уяснения и правильного применения уголовно-правовых норм, формирования единой судебной и иной правоприменительной практики по уголовным делам и, как следствие, — позитивного воздействия на преступность. Эффективность уголовного закона, как уже давно доказано, зависит в том числе от четкости, логичности и грамотности его языка⁴. Противоположные свойства языка уголовного закона, соответственно, порождают нестабильность и противоречивость судебной и иной правоприменительной практики, затрудняют реализацию отраслевых функций, совокупность которых определяет функциональное предназначение уголовного права — противодействие преступности.

¹ Подробнее об этом см., например: Библиотека криминалиста. 2014. № 3 (14). Тематический выпуск «Уголовная политика в России: состояние, проблемы, перспективы»; Голик Ю. В., Коробеев А. И. Реформа уголовного законодательства России: быть или не быть? // Lex Russica 2014. № 12. С. 1399–1410.

² См. об этом подробнее: Кибальник А. Г. Уголовный кодекс РФ: двенадцатый год деградации // Библиотека криминалиста. 2014. № 3 (14). С. 36–44.

³ Подробнее об этом см., например: Наумов А. В. Проблемы кодификации российского уголовного законодательства: новый Уголовный кодекс или новая редакция Кодекса? // Уголовное право. 2009. № 4. С. 44–48; Наумов А. В. О связи и соотношении норм уголовного и уголовно-процессуального права при реформировании УК РФ // Актуальные проблемы взаимосвязи уголовного права и процесса: сб. материалов всероссийской науч.-практ. конференции с междунар. участием (Уфа, Институт права БашГУ, 17 апреля 2015 г.). Уфа: РИЦ БашГУ, 2015. С. 4–8.

⁴ См. об этом подробнее: Кузнецова Н. Эффективность уголовно-правовых норм и язык закона // Социалистическая законность. 1973. № 9. С. 29–33.

Между тем детальный анализ текста УК, изучение динамики и структуры правоприменительных ошибок, а также научных дискуссий о содержании практически каждого уголовно-правового предписания позволяет констатировать, что реальная модель языка уголовного закона пока далека от идеала. В УК обнаруживается множество терминов, не обладающих такими необходимыми признаками, как наличие строго фиксированного содержания и легальной дефиниции (например, уголовная ответственность, деяние, общественная опасность, малозначительность деяния, насилие, хулиганские побуждения и т.д.), имеются псевдобланкетные термины (например, открытое водное пространство; лицо, производящее дознание; судебный исполнитель и т.д.), встречаются неоправданные полисемия (многозначность), синонимия (одноименность) терминологии и неоправданное использование языковых феноменов, относимых лингвистикой к изобразительно-выразительным средствам языка (троп в виде синекдохи, стилистические фигуры умолчания и бессоюзия), недопустимая рассогласованность языкового выражения уголовно-правовых и иноотраслевых нормативных предписаний, неточность терминологических обозначений, недостаточность терминологических обозначений, межотраслевая несогласованность значений терминов и т.п.⁵

Указанные дефекты языковой формы уголовного закона оказывают негативное влияние на правоприменительную практику, так как их наличие создает ситуации законодательной неопределенности. Уяснение в процессе правоприменения неточно и (или) неясно выраженного содержания уголовно-правовых предписаний, сформулированных с использованием подобных языковых средств, весьма проблематично. В связи с этим правоприменители вынуждены искать авторитетные ориентиры — обращаться к доктрине уголовного права, разъяснениям в постановлениях Пленума Верховного Суда РФ, в обзорах и обобщениях судебной практики по уголовным делам, к судебному прецеденту. Но и эти обращения далеко не всегда приводят к искомому резуль-

тату — единообразному толкованию уголовно-правовых предписаний, способствующему формированию единой судебной и иной правоприменительной практики по уголовным делам, о чем свидетельствуют многочисленные примеры. Кроме того, праворазъяснительная деятельность Пленума Верховного Суда РФ не всегда успевает за потребностями практики, и это отставание не компенсируется разъяснительной деятельностью Верховного Суда РФ в материалах обзоров и обобщений судебной практики, в ответах на вопросы судов. И наука уголовного права не способна в таких ситуациях предложить однозначные решения возникающих проблем.

Приведенных доводов, полагаю, достаточно для вывода о том, что для формирования единой практики по уголовным делам необходимо придание точности и ясности языковому выражению уголовно-правовых предписаний в самом тексте уголовного закона.

2. Теоретическая основа. Вместе с тем изложенное свидетельствует о том, что пока не выработано четких ориентиров, научно обоснованной концепции данного направления законотворческой деятельности. В связи с этим возникает вопрос о том, на какой теоретической основе должна базироваться такая концепция. Постановка этого вопроса обусловлена тем, что к настоящему времени в юридической науке имеется немалое количество различных теорий, учений, подходов, рекомендаций и т.п., которые могут стать ориентиром в решении обозначенной задачи.

Следует отметить, что одним из актуальных и стремительно развивающихся направлений современных научных изысканий, ведущихся в России на стыке правоведения и лингвистики, является изучение взаимосвязи языка и права. Данное направление основано на понимании того факта, что право как сложный социальный феномен, во все своей многогранности, во всех своих проявлениях существует в языковой форме. В рамках этого направления совместными усилиями ученых-правоведов — специалистов по общей теории права, представителей отраслевых наук, а также ученых-филологов разрабатываются учения о языке закона, языке права, законодательной стилистике. К настоящему времени сложились четыре основных теоретических подхода к пониманию онтологического статуса языка закона. Исходя из их содержательного наполнения с определенной долей условности их можно поименовать следующим образом:

- 1) законотехнический;
- 2) нефункциональный;
- 3) радикальный;
- 4) естественно-языковой.

⁵ См. об этом подробнее: Кострова М. Б. Изобразительно-выразительные средства языка в уголовном законе: о допустимости использования // Журнал российского права. 2002. № 8. С. 63–73; Она же. Дефинирование понятий и терминов, используемых в УК РФ // Журнал российского права. 2003. № 12. С. 80–88; Кострова М. Б., Ильина А. И. Действие российского уголовного закона в пространстве: терминологический аспект // Правовое государство: теория и практика. 2010. № 1 (19). С. 76–82; Кострова М. Б. Языковая форма объективации взаимосвязи уголовного и уголовно-процессуального права // Журнал российского права. 2014. № 3. С. 53–62.

Подчеркнем, что выделенными четырьмя подходами не исчерпывается все многообразие научных изысканий в рассматриваемой сфере. Работ (либо их частей) языковой направленности гораздо больше, но они не вписываются ни в один из обозначенных подходов, главным образом потому, что их авторы, не высказывая своей позиции относительно онтологического статуса языка закона, сосредоточивают свое внимание, как правило, на прикладных проблемах.

Необходимо также отметить, что, в отличие от общей теории права, разработки по проблемам языка уголовного закона до недавнего времени были немногочисленны и в основном представлены в публикациях в юридической периодике, в различных сборниках научных трудов⁶, изредка выделены в части научных работ или учебных изданий по более широкой проблематике. Не претендуя на полноту перечисления, в их ряду назову работы П. И. Люблинского — «Техника, толкование и казуистика уголовного кодекса» (1917), параграф «Язык и терминология»; М. Д. Шаргородского — «Уголовный закон» (1948), параграф «Терминология уголовного закона»; М. И. Ковалева — «Советское уголовное право. Курс лекций: Советский уголовный закон» (1974), параграф «Язык, стилистика и терминология уголовного закона»; В. М. Когана «Логико-юридическая структура советского уголовного закона» (1966), параграф «Текст уголовного закона и формализм», и его же «Социальный механизм уголовно-правового воздействия» (1983), глава «Содержание и форма уголовного права».

С конца 1990-х годов ситуация изменилась, и к настоящему времени имеется достаточно большое количество научных исследований как по более широкой, так и, наоборот, по более узкой проблематике, в которых авторы стали выделять части, посвященные языку уголовного закона. К ним можно отнести, например, работы: А. И. Трахова «Уголовный закон в теории и судебной практике» (2002), параграф «Язык и терминология уголовного закона»; А. И. Бойко «Системная среда уголовного права» (2008), глава «Язык народа и уголовного закона», и его же «Язык уголовного закона и его понимание» (2009), глава «Язык народа и уголовного закона»; Ю. В. Грачевой «Судейское усмотрение в реализации уголовно-правовых норм: проблемы законотворчества, теории и практики» (2011),

параграфы «Язык закона и судебское усмотрение» и «Термины и судебское усмотрение»; Н. Л. Радаевой «Лингвистические основания толкования уголовного закона и квалификации преступлений» (2004), глава «Языковая форма уголовного закона как основа его толкования»). Стали появляться крупные работы и узкоязыковой направленности, в частности диссертация Н. С. Третьяковой «Лингвистические особенности уголовно-правовых норм об ответственности за хищения» (2008), и содержащие части, посвященные лексической составляющей уголовного закона — терминологии, например диссертация И. А. Фаргиева «Учение о потерпевшем в уголовном праве России» (2005), параграф «Терминология о потерпевшем в уголовном праве».

В названных, а также в большом массиве иных исследований содержится значительное количество выводов, предложений, рекомендаций и т.п., направленных на решение той задачи, которая обозначена выше, — придания точности и ясности языковому выражению уголовно-правовых предписаний.

Однако в рамках настоящей публикации хотелось остановиться только на четырех обозначенных выше подходах к пониманию онтологического статуса языка закона, что не только даст возможность увидеть почти всю палитру научных воззрений по рассматриваемому вопросу, но и уяснить ряд существенных особенностей языка уголовного закона.

3. Законотехнический подход является самым распространенным. К настоящему времени имеется большой массив работ по общей теории права и отраслевых исследований, с несомненностью доказывающих важную роль законодательной техники в создании качественно совершенных законов, в гармонизации их содержания и формы. Хотя пока еще не сложилось конвенциональное понятие законодательной техники и ведется полемика о ее составляющих, обсуждаемый в ее рамках вопрос о соотносительности содержания и формы закона не является дискуссионным. Сейчас общепризнано, что конечный продукт законотворчества — текст закона, как и любого нормативного правового акта, должен представлять собой единство плана содержания и плана выражения⁷. Бесспорно также, что в этом взаимодействии ведущая, определяющая роль принадлежит содержанию⁸, то есть содержание

⁶ На конец 1980-х годов дело ограничивалось лишь несколькими статьями Н. Ф. Кузнецовой, Т. А. Бушуевой, А. А. Ушакова, Е. А. Прянишникова, посвященных собственно языку уголовного закона, а также М. Д. Шаргородского, М. И. Ковалева, А. В. Наумова, соединяющих исследование языка уголовного закона с анализом проблем законодательной техники или формы уголовного закона в целом.

⁷ См., например: *Калинина Н. А.* Лингвистическая экспертиза законопроектов: опыт, проблемы и перспективы : науч.-практ. пособие. М. : Издание Госдумы, 1997. С. 4.

⁸ О соотношении содержания и формы, о внешней и внутренней формах закона см. подробнее: *Керимов Д. А.* Законодательная техника : науч.-метод. и учеб. пособие. М. : Норма, 2000. С. 21–24.

законодательных предписаний безоговорочно признается первичным. Однако при общей известности, что закон имеет письменную форму, немногие представители юриспруденции четко обозначают эту форму как языковую. Ученые-юристы даже если и признают существование языка закона (вариант: языка права), то не считают его самостоятельным феноменом, относя преимущественно к системе законодательной (варианты: законотворческой, правотворческой, юридической) техники (в связи с чем он и назван нами законотехническим).

Такой подход представлен в ряде коллективных изданий⁹, а также в работах отдельных ученых — Д. А. Керимова¹⁰, Н. А. Власенко¹¹, Т. В. Кашаниной¹², Е. С. Шугриной¹³ и других, в том числе и теоретиков уголовного права — К. К. Панько¹⁴, А. В. Иванчина¹⁵, С. С. Тихоновой¹⁶ и других.

При данном подходе, несмотря на некоторые расхождения, язык закона (вариант: язык права) рассматривается в качестве компонента (варианты: элемента, средства, области и т.п.) законодательной (варианты: законотворческой, правотворческой, юридической) техники либо в системе законодательной техники выделяются языковые правила (вариант: самостоятельный элемент — законодательная лингвистика).

Так, Ю. А. Тихомиров, понимая под законодательной техникой систему правил, предназначенных и используемых для познавательно-логического и нормативно-структурного формирования правового материала и подготовки текста закона, включает в законодательную технику шесть элементов:

- а) познавательно-юридический;
- б) нормативно-структурный,
- в) логический;

- г) языковой (язык закона);
- д) документально-технический;
- е) процедурный¹⁷.

Другие ученые считают, что законодательная техника — это «совокупность методов придания законопроекту оптимальной языковой формы, логической структуры и достижения научной истинности его содержания, а также практическая деятельность по их использованию» и выделяют языковые правила законодательной техники (наряду с логическими, гносеологическими правилами и требованиями к оформлению законодательного акта)¹⁸.

Подобный подход наблюдается и в науке уголовного права. Например, К. К. Панько, определяя законодательную технику как обусловленную закономерностями развития правовой системы совокупность средств, приемов, правил, используемых в законотворческой деятельности с целью обеспечения высокого качества ее результатов, к средствам законодательной техники относит средства структуры и средства языка¹⁹. А. В. Иванчин, полагая, что законодательная техника имеет более сложную структуру, включающую две подсистемы — внутреннюю и внешнюю законодательную технику, которые состоят из элементарных единиц (средств, приемов и правил) и их блоков (методик), в методике языкового оформления уголовно-правовых предписаний выделяет языковые средства, приемы (законодательный стиль) и правила их использования. При этом он тоже признает, что законодательная техника в уголовном правотворчестве как система средств, приемов и правил используется для оптимального выражения воли правотворца в уголовном законодательстве²⁰.

Как видим, при том, что понятие и содержание законодательной техники в общей теории права и в уголовно-правовой науке относятся к числу спорных и сложных, многие исследователи включают в сферу законодательной техники язык закона (языковые средства, средства языка) и (или) языковые правила.

Между тем многоаспектная постановка проблемы диалектики содержания и формы в праве, осуществленная теоретиком права А. А. Ушаковым, позволила ему еще в 1967 году выделить языковую форму права и разработать основы законодательной стилистики²¹. Такой

⁹ См., например: Законодательный процесс. Понятие. Институты. Стадии : науч.-практ. пособие / отв. ред. Р. Ф. Васильев. М. : Юриспруденция, 2000. С. 93, 97–118; Законодательная техника : науч.-практ. пособие / под ред. Ю. А. Тихомирова. М. : Городец, 2000. С. 8–9, 22, 147–157; Законотворчество в Российской Федерации : науч.-практ. и учеб. пособие / под ред. А. С. Пиголкина. М. : Формула права, 2000. С. 278–302, 309–335.

¹⁰ Керимов Д. А. Указ. соч. 53–70.

¹¹ Власенко Н. А. Основы законодательной техники : практ. руководство. Иркутск : Норма плюс, 1995. 56 с.

¹² Кашанина Т. В. Юридическая техника : учебник. М. : Эксмо, 2007. С. 103, 231–246.

¹³ Шугрина Е. С. Техника юридического письма : учеб.-практ. пособие. М. : Дело, 2001. С. 25, 49–64.

¹⁴ Панько К. К. Теория и практика законотворчества в уголовном праве : монография. М. : Юрлитинформ, 2011. С. 53, 55, 95–98.

¹⁵ Иванчин А. В. Законодательная техника и ее роль в российском уголовном правотворчестве : монография. М. : Юрлитинформ, 2011. С. 49, 141–142, 144–166.

¹⁶ Тихонова С. С. Юридическая техника в уголовном праве : курс лекций. Н. Новгород, 2008. С. 80–111.

¹⁷ Законодательная техника / под ред. Ю. А. Тихомирова. С. 8–9.

¹⁸ Законодательный процесс. Понятие. Институты. Стадии. С. 93, 97–118.

¹⁹ Панько К. К. Указ. соч. С. 53, 55, 75, 95–98.

²⁰ Иванчин А. В. Указ. соч. С. 57, 144.

²¹ Ушаков А. А. Очерки советской законодательной стилистики. Пермь : Пермский гос. ун-т, 1967. С. 26–86.

подход в принципе согласуется с положениями философии, логики и лингвистики о соотношении содержания и формы, мышления и языка, права и языка.

Юридические законы, в отличие от законов природы, создаются людьми, облеченными соответствующими полномочиями со стороны государства, и по своей сути являются идеальными объектами, имеющими логико-языковую природу²². По характеристике С. С. Алексеева, «законы в сфере права... — продукты сознательной деятельности человека, его творчества, целенаправленного программирования поведения людей на настоящее и будущее»²³. Если поместить закон в общую картину мира, сместив акценты с чисто юридических и отнелив те признаки, которые характеризуют его как писаную реальность, оказывается возможным обнаружить то, что, по выражению Е. Н. Атарщиковой, является первоэлементом и действительностью законодательной мысли и вещественностью законодательной воли²⁴, — язык закона. По В. М. Савицкому: «...чтобы стать правилом поведения, воля законодателя должна объективироваться, получить выражение во вне. Другого способа материализации, кроме переложения этой воли на естественный язык и записи ее с помощью определенных знаков, человеческое общество не знает»²⁵.

Таким образом, закон, будучи продуктом сознательно-волевой деятельности его автора, становится открытым к познанию и реализации только тогда, когда обретает языковую форму. В настоящее время законодатель не имеет (и никогда не имел!) другой формы воплощения своего волеизъявления, чем через естественный язык (для УК РФ — русский).

В лингвистике отмечается, что существительное «язык» во многих языках мира уже с древнейших времен имело по крайней мере два разных значения, впоследствии ставших словами-омонимами: «язык» — подвижный мышечный орган в полости рта и «язык» — средство коммуникации между людьми, средство выражения их мыслей и чувств, система звуковых, лексических и грамматических средств. Язык вообще (то есть во втором значе-

нии) есть естественно (на определенной стадии развития человеческого общества) возникающая и закономерно развивающаяся семиотическая (знаковая) система, обладающая свойством социальной предназначенности — существующая прежде всего не для отдельного индивида, а для определенного социума. Кроме того, на эту знаковую систему наложены ограничения, связанные с используемым субстанциональным (звуковым) материалом и ее функциями. Двумя базовыми функциями языка являются: коммуникативная — быть важнейшим средством человеческого общения и когнитивная (познавательная, гносеологическая, иногда называемая экспрессивной, то есть выражение деятельности сознания) — быть непосредственной действительностью мысли. Так проявляется общественная (социальная) природа языка — системы звуковых, лексических и грамматических средств²⁶.

В связи с этим справедливым представляется замечание конституционалиста Н. А. Любимова: «Язык как сложная система (система систем) не может являться элементом менее сложной системы. Поэтому язык законодательства следует рассматривать не как элемент юридической техники, а как лингвистическую субстанцию, которая, являясь средством выражения воли законодателя как фундаментальной основы законотворчества, взаимодействует с юридической техникой...»²⁷ Предложенное им определение понятия: «язык законодательства — функциональная разновидность (функциональный подстиль) литературного языка, включающая совокупность языковых средств (лексических, морфологических и синтаксических), выражающих волю законодателя и обеспечивающих прохождение процесса правовой коммуникации»²⁸, как думается, в наибольшей степени соответствует онтологическому статусу языка закона в общей картине мира.

Схожая точка зрения высказывается в общей теории права. Так, А. Н. Шепелев считает язык права самостоятельным функциональным стилем²⁹. Е. А. Крюкова полагает, что устоявшееся мнение о языке закона как элементе (или способе) законодательной техники «основывается на формальном подходе к языку законодательных актов... безусловно, язык закона — его воплощенная форма, но отнюдь не способ, а не-

²² Об идеальных объектах в праве см. подробнее: Черданцев А. Ф. Логико-языковые феномены в праве, юридической науке и практике. Екатеринбург : Наука, 1993. С. 4–5.

²³ Алексеев С. С. Право на пороге нового тысячелетия : Некоторые тенденции мирового правового развития — надежда и драма современной эпохи. М. : Статут, 2000. С. 79.

²⁴ Атарщикова Е. Н. Герменевтика в праве: история и современность : монография. СПб. : С.-Петербург. ун-т МВД России, 1998. С. 192.

²⁵ Савицкий В. М. Язык процессуального закона (вопросы терминологии). М. : Наука, 1987. С. 3.

²⁶ См.: Будагов Р. А. Человек и его язык. М. : Изд-во Моск. ун-та, 1976. С. 33–34.

²⁷ Любимов Н. А. Конституционное право России: лингвистический аспект: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2002. С. 8.

²⁸ Любимов Н. А. Указ. соч. С. 12.

²⁹ Шепелев А. Н. Язык права как самостоятельный функциональный стиль : дис. ... канд. юрид. наук. Тамбов, 2002. 217 с.

разрывная составляющая того, что называется законодательным актом»³⁰.

Таким образом, обладая всеми свойствами естественного языка, язык закона, в том числе и уголовного, не является феноменом собственно юридическим. Поэтому безоговорочное признание его одним из компонентов (либо элементов, либо средств, либо области) законодательной (либо законотворческой, либо правотворческой, либо юридической) техники выглядит спорным по ряду причин:

1. Как естественно возникающая на определенной ступени развития человечества и закономерно развивающаяся по объективным законам сложная семиотическая (знаковая) система (система систем), язык не может быть ни компонентом, ни элементом, ни средством, ни областью искусственно созданной людьми менее сложной системы — законодательной (либо законотворческой, либо правотворческой, либо юридической) техники как совокупности правил изложения правовых норм в соответствии с волей законодателя.

2. Законодательная техника в целом и ее элементы, будучи продуктом интеллектуальной деятельности человека, не могут существовать вне языка, так как мышление не существует без языка, а язык не может существовать без мысли. Он является способом существования мысли, ее материализацией, то есть формой выражения мысли³¹. Поскольку в фактической реальности, то есть в объективной картине мира, существует неразрывная связь языка, мышления и действительности — мышление отражает действительность, а язык является формой выражения мышления, — постольку через язык опосредуются все³² элементы законодательной техники, сколько бы их ни выделяли те или иные авторы и как бы не называли.

3. Признание языка закона одним из компонентов (либо элементов, либо средств, либо области) законодательной (либо законотворческой, либо правотворческой, либо юридической) техники влечет предъявление к нему невыполнимых или не полностью выполнимых в практике законотворчества требований.

Поскольку первые две причины уже аргументированы выше, остановимся здесь на обосновании третьей причины.

Признание языка закона одним из нескольких компонентов (либо элементов, либо средств, либо области) законодательной (либо законотворческой, либо правотворческой, либо юридической) техники и, соответственно, изучение его в столь узких рамках ведут к тому, что требования, предъявляемые к нему, автоматически становятся законотехническими. Они имеют соответствующее название «языковые правила законодательной техники», а в наиболее полном и систематизированном виде изложены в научно-практическом пособии под редакцией Р. Ф. Васильева³³. В сравнении с правилами, предлагаемыми другими учеными³⁴, видны существенные преимущества концепции их разработки. Во-первых, они четко выделяются, отграничиваясь от структурно-композиционных, логических, гносеологических и иных правил законодательной техники. Во-вторых, образуя собственную систему, языковые правила подразделяются на общелингвистические, терминологические, синтаксические и стилистические. В-третьих, количество правил достигает 21.

Наука пошла еще дальше, предложив законодателю прикладные разработки — модельные нормы, пригодные для внедрения в законотворческий процесс. Так, в Рекомендациях по подготовке и оформлению проектов федеральных законов, подготовленных Институтом законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве РФ, в п. 3.22—3.25 сгруппированы следующие языковые (хотя и без соответствующего названия) правила оформления законопроектов, преимущественно общелингвистического и терминологического характера. Федеральные законы излагаются на русском языке — государственном языке Российской Федерации (п. 3.22). Следует стремиться к ясности и точности изложения нормативных предписаний. Их содержание должно быть доступно и понятно должностным лицам и гражданам (п. 3.23). Нормы закона формулируются по возможности короткими фразами, четкими, доступными для понимания словами. Не допускается употребление устаревших и многозначных слов и выражений, образных сравнений, эпитетов, метафор. В случае необходимости используются юридические, экономические, технические

³⁰ Крюкова Е. А. Язык и стиль законодательных актов : дис. ... канд. юрид. наук. М., 2003. С. 14.

³¹ Галкина-Федорук Е. М. О форме и содержании в языке // Мышление и язык / под ред. Д. П. Горского. М., 1957. С. 354, 375.

³² За исключением процедурного. Процедурный элемент в настоящем контексте исключен в связи с тем, что он, имея самостоятельное значение в законотворчестве, вряд ли имеет прямое и непосредственное отношение к законодательной технике.

³³ Законодательный процесс. Понятие. Институты. Статистика. С. 97—118.

³⁴ См., например: Власенко Н. А. Языковые и графические средства законодательной техники // Законодательная техника : науч.-практ. пособие / под ред. Ю. А. Тихомирова. С. 147 ; Тихомиров Ю. А. Правила законодательной техники // Там же. С. 22, 147—157 ; Законотворчество в Российской Федерации. С. 278—302, 309—335 ; Кашанина Т. В. Указ. соч. С. 119—123, 231—246 ; Панько К. К. Указ. соч. С. 58, 61—62, 74, 78, 95—103 ; Иванчин А. В. Указ. соч. С. 141—166.

и другие специальные термины. При этом целесообразно давать определения малоизвестным терминам (п. 3.24). Термины должны употребляться в проекте только в одном значении в соответствии с общепринятой терминологией. При использовании понятий следует исходить из общепринятых определений, содержащихся в словарях. Для обозначения одних и тех же понятий должны использоваться одни и те же термины. Если термины, используемые в законопроекте, имеют несколько смыслов или смысл, отличающийся от обычного, в тексте проекта следует указать, какой смысл придается термину, с тем чтобы обеспечить правильное толкование закона (п. 3.25)³⁵.

Жизненность и обоснованность любой теории проверяется практикой, и с этой точки зрения практическая жизнь идей, заложенных в языковых правилах законодательной техники, представляет собой следующее. Если сравнить массив имеющихся научных рекомендаций, составляющих в совокупности языковые правила законодательной техники, и язык современного российского законодательства, то картина оказывается парадоксальной. При количественной полноте и качественной «правильности» уже сформулированных правил ни одно из них не реализовано в полном объеме в языке законов.

Такое положение не может быть объяснено исключительно одной только субъективной причиной — определенной долей пренебрежения законодателем этими правилами, недостаточным его вниманием к выбору языковых средств, что, несомненно, имеет место. Думается, что языковые правила, будучи бесспорно «правильными» в концептуальной схеме законодательной техники, оказываются реально невыполнимыми (не полностью выполнимыми) в практике законотворчества, поскольку объективные особенности самого языка закона не позволяют этим правилам претендовать на абсолютность и универсальный характер.

Обратимся к уголовному законодательству.

Следует отметить, что применительно к уголовному закону языковые правила были сформулированы Н. Ф. Кузнецовой еще в 1973 году: разъяснять специальную терминологию; общепотребительные термины использовать в их прямом значении, принятом в литературном языке; исключать архаизмы, историзмы, неологизмы, вульгаризмы, просторечия и не ставшие общепотребительными иностранные слова; не нарушать правила синтаксиса и пунктуации; придерживаться законодательной стилистики, исключая, в частности, экспрессивные, эмоциональные лексические конструкции;

³⁵ Законодательная техника / под ред. Ю. А. Тихомирова. С. 259–271.

не допускать усложненной терминологии³⁶. Однако качество языка действующего УК РФ 1996 года еще далеко от обозначенного идеала.

За исключением того, что в языке современного уголовного закона не использованы вульгаризмы и просторечия, можно обнаружить, что ни одно из правил, предложенных учеными, полностью не соблюдено. В тексте УК употребляются неологизмы (например: *компьютерная информация*, *компьютерная программа* — в ст. 272–274; *информационно-телекоммуникационные сети* — в ст. 274 и др.; *сеть «Интернет»* — в ст. 171.2, 280.1 и др.; *экстремизм* — в ст. 104.1, 280, 282.1–282.3; *денежные инструменты* — в ст. 46 и 201.1), архаизмы (*деяние* — по всему тексту УК, *приискание* — в ст. 30, *притон* — в ст. 232, 241, *сокрытие* — в ст. 237, 287, 312 и др.), не общепотребительные иностранные слова (например, производные от английских, французских, латинских слов: *эмиссия* — в ст. 185, *инсайдер* — в ст. 185.6, *аффилаж* — в ст. 192, *репатриация* — в ст. 193), общепотребительная лексика в специфическом уголовно-правовом значении без ее разъяснения (например, *группа лиц по предварительному сговору* — в ч. 2 ст. 35 и многих статьях Особенной части), а также языковые средства, относимые лингвистикой к изобразительно-выразительным средствам языка — метонимия, синекдоха, умолчание, бессоюзие³⁷.

³⁶ Кузнецова Н. Указ. соч. С. 32.

³⁷ Неологизмы (от греч. *neos* — новый и *logos* — слово) — слово или оборот речи, созданные для обозначения нового предмета или выражения нового понятия. Архаизмы (от греч. *archaios* — древний) — слова и выражения, вытесненные из активного употребления синонимичными лексическими единицами. В современном употреблении архаизмам принадлежит роль изобразительного средства. Изобразительно-выразительные средства языка — языковые средства, усиливающие действенность высказывания благодаря тому, что к чисто логическому его содержанию добавляются различные экспрессивно-эмоциональные оттенки. Метонимия определяется лингвистами как троп или механизм речи, состоящий в регулярном или окказионном переносе имени с одного класса объектов или единичного объекта на другой класс или отдельный предмет, ассоциируемый с данным по смежности, определенности, вовлеченности в одну ситуацию. Синекдоха — разновидность метонимии, основанная на перенесении значения с одного явления на другое по признаку количественного соотношения между ними. Умолчание — оборот речи, заключающийся в том, что автор сознательно не до конца выражает мысль, представляя читателю (слушателю) самому догадываться о невысказанном. Бессоюзие — намеренный пропуск соединительных союзов между членами предложения, придающий высказыванию стремительность, насыщенность впечатлениями в пределах общей картины. См.: Русский язык. Энциклопедия / гл. ред. Ю. Н. Караулов. М., 1997. С. 37, 327; Лингвистический энциклопедический словарь. М., 1990. С. 300, 520; Русский язык. Энциклопедия / гл. ред. Ф. П. Филин. М., 1979. С. 159; Розенталь Д. Э. Практическая стилистика русского языка. М., 1974. С. 74, 77, 338, 341, 345, 346.

В действующем УК законодателю не удалось устранить также полисемию (многозначность) и синонимию (одноименность) терминологии и в полной мере добиться соблюдения одного из основных языковых правил законодательной техники, разработанных в общей теории права, — правила об однозначности терминологии, которое сводится к формуле «одно понятие — один термин». Это правило гласит: как внутри одного нормативного акта, так и в рамках целой отрасли права одно и то же понятие должно последовательно и неуклонно определяться одним термином; в то же время и один термин не должен использоваться для обозначения различных, не совпадающих между собой понятий³⁸. Предлагается и более жесткий вариант единства применяемой терминологии по всему законодательству и по крупным его разделам³⁹.

Приведенные примеры высвечивают, наряду с первой (субъективной), вторую причину — объективную. Она заключается в том, что язык уголовного закона (как и язык любого закона) не является категорией собственно юридической, он обладает всеми свойствами естественного языка как лингвистической субстанции. Как справедливо отмечает филолог Н. Д. Голев, законодательные тексты строятся на основе естественного языка, и хотя в процессе эволютивной юридизации происходит всё больший его отход от «статуса» естественного языка, но этот процесс не достигает абсолюта⁴⁰.

Хотя в тексте закона обычное слово приобретает новый оттенок значения, обусловленный тем, что слово становится неотъемлемым компонентом правовой нормы как единого, цельного знака со специфическим юридическим смыслом⁴¹, нужно помнить, что слова для законодательного текста отбираются из общего словарного состава. К примеру, синонимы имеются во всех языках, особенно ими богаты развитые литературные языки, имеет богатейшую синонимику и русский язык. Многозначность слова также является неотъемлемым свойством русского языка, важнейшей особенностью естественных языков народов мира, человеческого

языка вообще. По авторитетному свидетельству Р. А. Будагова, около 80 % слов любого живого современного европейского языка, имеющего длительную литературную традицию, являются словами многозначными⁴².

Таким образом, имманентно присущие естественному языку свойства не позволяют достичь искомого идеала единства законодательной терминологии. Поэтому, не оспаривая полезность общего правила об однозначности терминологии и необходимость максимально возможного отказа от полисемии и синонимии, следует, видимо, признать, что ни в целом, то есть относительно всего массива российского законодательства, ни в рамках смежных отраслей, ни в пределах даже одной отрасли полностью исключить их невозможно по объективной причине.

На примере используемого в УК термина «лицо» видно: если слово многозначно в естественном языке, это с неизбежностью проявляется в языке закона. Слово «лицо», имеющее в словарях общеупотребительной лексики пять значений⁴³, в УК выступает только в двух из них. Первое общеупотребительное значение «лицо — передняя часть головы человека» встречается в УК единственный раз в ч. 1 ст. 111. Третьему по словарному порядку общеупотребительному значению данного слова — «человек как член общества» — в УК придается основное значение. В свою очередь, в таком значении слово «лицо» становится термином, причем в УК он используется для обозначения четырех уголовно-правовых понятий:

- 1) субъекта преступления (ст. 19, 20 и др.);
- 2) потерпевшего (п. «а», «б», «в» ч. 2 ст. 105, ч. 1 ст. 135 и др.);
- 3) человека, совершившего общественно опасное деяние, но не подлежащего уголовной ответственности в силу недостижения возраста, с которого наступает уголовная ответственность (ч. 2 ст. 33), или невменяемости (ст. 21, ч. 2 ст. 33);
- 4) человека, причинившего вред охраняемым благам и интересам при обстоятельствах, исключающих преступность деяния (гл. 8).

Заметим, что в подавляющем большинстве статей УК многозначность слова «лицо» не вызывает затруднений⁴⁴ для понимания каждого из указанных значений за счет ближайшего контекста — текста статьи, в которой оно используется.

³⁸ Приводится по: Законодательный процесс. Понятие. Институты. Стадии. С. 103.

³⁹ Язык закона / под ред. А. С. Пиголкина. М.: Юрид. лит., 1990. С. 76.

⁴⁰ Голев Н. Д. Юридизация естественного языка как юрлингвистическая проблема // Юрлингвистика-2: Русский язык в его естественном и юридическом бытии: межвуз. сб. науч. тр. / под ред. Н. Д. Голева. Барнаул: Изд-во Алтайского ун-та, 2000. С. 22, 25.

⁴¹ Т. В. Губаева называет это идиоматичностью (от греч. *idioma* — своеобразное выражение), считая ее основным свойством слова, с помощью которого конструируется норма права (см.: Губаева Т. В. Словесность в юриспруденции. Казань: Изд-во Казан. ун-та, 1995. С. 84).

⁴² Будагов Р. А. Указ. соч. С. 236–244.

⁴³ См.: Ожегов С. И. Словарь русского языка / под общ. ред. Л. И. Скворцова. М.: Оникс 21 век: Мир и Образование, 2003. С. 319.

⁴⁴ Данная характеристика не относится, например, к ст. 35 УК РФ, где в ч. 2 и 3 использован термин «лица» без уточнения по видам соучастников преступления.

Что касается иных естественных проявлений языка в тексте УК — наличия в его лексическом составе неологизмов, архаизмов и т.п., то оно тоже объективно обусловлено. Неологизмы, то есть относительно новые слова, вошедшие в общее употребление, отражают динамику общественной жизни и выполняют функцию номинации (называния) новых предметов, явлений, процессов. Присутствие архаизмов в тексте УК обусловлено, очевидно, тем, что равнозначной синонимической замены в современном официальном языке у них нет.

Представляется, что осознание «естественности» языка закона должно влечь за собой некоторое изменение подходов к решению проблем его совершенствования. Главное, на чем целесообразно сосредоточиться законодателю (безусловно, наряду с более тщательным выбором языковых средств и редакционной правкой), — это поиск рациональных способов использования естественных проявлений языка в тексте законов. Например, языковые средства, относимые лингвистикой к изобразительно-выразительным, способны обеспечить лаконичное выражение специфического уголовно-правового содержания, выполняя важную прагматическую функцию экономии законодательного текста за счет системности норм уголовного права.

Некоторые теоретики права уже пришли к подобным выводам. Так, А. С. Пиголкин и Т. В. Губаева пишут: «...основанный на литературной речи язык закона не может быть лишен неотъемлемых свойств естественно-языковой системы — проблема лишь в том, чтобы эти свойства в полной мере обеспечивали определенность и точность законодательных предписаний»⁴⁵.

Все вышеизложенное позволяет сделать вывод: языковые правила законодательной техники в целом не могут быть оспорены. Но они рассчитаны на идеальные случаи реализации, являются «слишком правильными», классическими. Они представляют собой в большей степени тот идеал, к которому законодатель должен стремиться, чем реальный инструмент. Их реализация в российских законах не может быть полномасштабной потому, что они не учитывают «естественность» русского языка, на котором законы и пишутся.

Поэтому, как думается, устоявшееся мнение о языке закона как компоненте (либо элементе, либо средстве, либо области) законодательной (либо законотворческой, либо

правотворческой, либо юридической) техники не может претендовать на бесспорность. А решение проблемы соотношения законодательной техники и языка закона видится таким: язык — система лексических и грамматических средств выражения законодательных предписаний и стиль — совокупность приемов использования языковых средств, взаимодействуя с законодательной техникой, обеспечивают (в идеале) точность и ясность законодательных предписаний, но не входят в ее систему. Относительно языка уголовного закона вывод следует точно такой же, поскольку, хотя он и имеет стилевые особенности, в целом его онтологический статус в общей картине мира тоже предопределяется принадлежностью к естественному языку.

4. Нефункциональный подход. При этом подходе либо прямо признается существование языка права⁴⁶, либо не проводится различие языка права и языка закона, о чем свидетельствует использование исследователями⁴⁷, в том числе и теоретиками уголовного права⁴⁸, терминов «язык права», «языковые средства в праве» и «язык закона» как взаимозаменяемых. Данный подход мы назвали нефункциональным потому, что он не согласуется с принятым в лингвистике подразделением русского языка на функциональные стили.

Язык как явление социальное выполняет различные функции, связанные с той или иной сферой человеческой деятельности. Важнейшие общественные функции языка следующие:

- 1) общение;
- 2) сообщение;
- 3) воздействие.

Для реализации этих функций исторически сложились и оформились отдельные разновидности русского языка — стили, характеризующиеся наличием в каждой из них особых лексико-фразеологических, частично и синтаксических, средств, используемых исключительно или преимущественно в данной разновидности языка. Ядро каждого из стилей образуют присущие именно ему особые языковые средства, создающие своего рода их микросистему, с одинаковой стилистической окраской, с еди-

⁴⁶ Шепелев А. Н. Указ. соч. С. 217.

⁴⁷ См. работы А. А. Ушакова, Е. Н. Атарицковой, Т. В. Губаевой. См. также: Костылев В. М. Проблемы системного и формально-логического анализа права : дис. ... канд. юрид. наук. Уфа, 2002. С. 93—100.

⁴⁸ См., например: Жалинский А. Э. Введение в специальность «Юриспруденция». Профессиональная деятельность юриста : учебник. М. : ТК Велби, Проспект, 2007. С. 195—196, 198 ; Красильникова Е. В. Воспрепятствование законной профессиональной деятельности журналистов (ст. 144 УК РФ): вопросы законодательной техники и дифференциации ответственности) : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Казань, 2007. С. 7, 12.

⁴⁵ Губаева Т. В., Пиголкин А. С. Лингвистические правила законодательной техники // Проблемы юридической техники : сб. ст. / под ред. В. М. Баранова. Н. Новгород, 2000. С. 278.

ными нормами употребления. В соответствии с названными функциями языка выделяются стили: разговорный (функция общения), научный и официально-деловой (функция сообщения), публицистический и литературно-художественный (функция воздействия)⁴⁹. Таким образом, стили выделяются по функциональному назначению, но не по тематической направленности.

Право — сложное, многогранное явление, которое проявляет себя в разных плоскостях бытия, включая минимум три разных явления действительности — систему права как совокупность всех функционирующих правовых норм, правореализационную в самом широком проявлении практику и правовую науку.

В рамках концепции стилистики русского языка видно, что «язык права» вбирает в себя минимум три разнородных компонента письменной языковой формы (а есть еще и устная) — язык законов и иных нормативных правовых актов, язык правоприменительных и иных правореализационных документов, язык правовой науки. В русском языке последний относится к научному стилю, а первые два входят в официально-деловой стиль, но при этом являются самостоятельными подстилями с присущими каждому особенностями и своеобразием экспрессивного отбора слов, фразеологии, синтаксических конструкций. То есть «язык права» объединяет единственно тема права как содержательная составляющая, но не языковая составляющая как совокупность особых языковых средств и однородных приемов их использования. Поэтому «язык права» не может считаться самостоятельным стилевым (и даже подстилевым) феноменом русского языка.

Несопоставимыми в языковом плане являются, например, с одной стороны, уголовный закон и, с другой стороны, постановления и определения Конституционного Суда РФ, постановления Пленума Верховного Суда РФ, судебные решения по уголовным делам. Хотя язык этих официальных документов тоже относится к официально-деловому стилю русского языка, но, имея тематические и жанровые особенности, существенно отличается от языка уголовного закона своеобразием экспрессивного отбора слов, фразеологии, синтаксических конструкций. В связи с этим некоторые авторы не без оснований стали выделять язык судопроизводства как отдельную разновидность языка права, включая в него письменную и устную формы⁵⁰. Всем известна еще и такая характерная особенность ак-

тов Конституционного Суда РФ, как наличие ярко выраженных черт научного стиля.

И уже совсем несопоставим с языком уголовного закона язык уголовно-правовой науки.

Языку уголовного закона, в силу его принадлежности к официально-деловому стилю, присущи:

- 1) лаконизм (краткость, сжатость, компактность изложения, экономное использование языковых средств);
- 2) стандартизированность — широкое использование терминологии, наличие стандартного запаса лексики и фразеологии (называемых в лингвистике официальными, канцелярскими), наличие устойчивых приемов выражения, многочисленность устойчивых словосочетаний — клише;
- 3) сухость (отсутствие языковых средств, выражающих эмоциональное и оценочное отношение субъекта речи к тому, что происходит).

Указанные особенности языка уголовного закона проявляются в слабой индивидуализации стиля, чего нельзя сказать о языке уголовно-правовой науки. Научному стилю приписать перечисленные свойства просто невозможно.

Если, например, в тексте УК нормативные правовые предписания представлены в виде готовых правовых формул (предписание-принцип, предписание-цель, предписание-дефиниция, предписание-стимул, управомочивающее, обязывающее, запрещающее, диспозитивное, отсылочное, бланкетное предписание)⁵¹ и выражаются исключительно в констатирующих, утвердительных предложениях, то для письменных научных источников это совсем не характерно. В научных сочинениях необходимы не только адекватная передача информации о познанном явлении, но и описание, и обсуждение результатов научных исследований, и отражение движения мысли исследователя, ее детальная аргументация, то есть качества, позволяющие убедить адресата в правильности авторской позиции. В связи с этим в научных источниках используются не только повествовательные предложения, но и вполне допустимы предложения вопросительные, предложения с дополнительной эмоциональной окраской — восклицательные, а также иные языковые средства, выражающие эмоциональное и оценочное отношение автора к предмету своего исследования, к результатам исследований

⁴⁹ Розенталь Д. Э. Указ. соч. С. 21, 22.

⁵⁰ См.: Губаева Т. В. Язык и право. Искусство владения словом в профессиональной юридической деятельности. М.: Норма, 2003. С. 76—88; Александров А. С. Язык уголовного судопроизводства: автореф. дис ... д-ра юрид. наук. Н. Новгород, 2003. 56 с.

⁵¹ Нормативные правовые предписания по определению, разработанному в общей теории права, представляют собой правовые формулы, выражающие законченную мысль, в виде которых в тексте закона излагается содержание нормы права (см.: Законодательная техника / под ред. Ю. А. Тихомирова. С. 265—266).

других авторов. Да и говорить о языке уголовно-правовой науки как обобщенном феномене можно лишь с определенной долей условности, так как стиль каждого автора во многом индивидуален и даже в учебных изданиях может граничить с публицистическим⁵².

Изложенное с несомненностью доказывает, что языка уголовного права, равно как и языка права в целом, с точки зрения стилистики русского языка не существует, в чем и проявляется нефункциональность рассматриваемого подхода. Но это свидетельствует лишь о том, что не стоит, во-первых, оперировать как взаимозаменяемыми терминами «язык уголовного закона» («язык закона») и «язык уголовного права» («язык права»), во-вторых, объявлять язык права самостоятельным функциональным стилем. Вместе с тем нельзя отрицать, что в рамках данного подхода выработано немалое количество полезных идей, особенно плодотворным он является в тех случаях, когда термин «язык права» употребляется исследователями вполне осознанно, а обозначаемое им явление действительности рассматривается с подразделением на функциональные разновидности юридической речи⁵³.

5. Радикальный подход к языку закона представлен крайними взглядами: от признания грамматической детерминированности права (то есть придания гипертрофированного значения одному из уровней (ярусов) естественного языка — грамматике) до полного отрицания продуктивности исследования языка закона.

Первая крайность не представлена в доктрине уголовного права, но она заслуживает упоминания, и не только в силу ее исключительной оригинальности, но и потому, что накопленный опыт других наук (как позитивный, так и негативный) не должен игнорироваться теоретиками уголовного права. Автор концепции грамматики права — ученый-процессуалист А. С. Александров утверждает, что «категория “язык уголовного судопроизводства” выражает методологический постулат о текстовой, дискурсивной природе уголовного судопроизводства», поясняя, что текст — это фиксированная устная речь, а дискурс — это речевое общение, на основании чего через ряд промежуточных выводов делает выводы основные: «В грамматике русского языка, вероятно, заложена программа развития русского уголовно-процессуального права. Свойство нормативности

коренится в синтаксисе как основе структурности вообще и порядка уголовного судопроизводства в частности, ибо членораздельная речь есть начало социализации»; «сущность права выражается грамматикой»; «текст = право...»; «право = текст»⁵⁴.

Можно, конечно, предположить, что идея грамматики права представляет собой нечто новое в отечественной лингвистике, но сам А. С. Александров ссылается на «закономерности языка» и «грамматический строй национального языка»⁵⁵. И в связи с этим его суждения не вписываются в классические положения современного языкознания. Они, во-первых, не вполне согласуются с понятием грамматики, представляющей собой «систему систем», включающей не только синтаксис, но и морфологию⁵⁶. Во-вторых, что более существенно, не соответствуют концептуальной модели языка как системы взаимосвязанных и взаимообусловленных между собой элементов (единиц), образующих уровни (ярусы) языка: 1) фонетику — звуковой строй языка; 2) лексику — совокупность слов языка; 3) грамматику (формальный строй языка) — систему морфологических категорий и форм, синтаксических категорий и конструкций.

В связи с этим представляется некорректным объявлять грамматику единственной основой законодательного текста, перепрыгивая как минимум через лексический уровень языка. Как справедливо отмечает А. А. Ушаков, отсутствие в языке слова для обозначения того или иного явления делает невозможным его осмысление и передачу другим⁵⁷. Кроме того, в концепции грамматики права язык закона наделяется несвойственными ему функциями — быть первоосновой уголовно-процессуального права, определять природу и программу развития уголовного судопроизводства, в то время как язык — «всего лишь» форма его выражения. Поэтому на такой научной основе не может решаться вопрос о взаимосвязи языка и закона, языка и права.

Вторая крайность, выражающаяся в полном отрицании продуктивности исследования языка закона, появилась в науке уголовного права относительно недавно в рамках теории законодательной текстологии уголовного пра-

⁵⁴ Александров А. С. Язык уголовного судопроизводства. С. 8–12, 20, 22 и др.

⁵⁵ Александров А. С. Юридическая техника — судебная лингвистика — грамматика права // Проблемы юридической техники : сб. ст. / под ред. В. М. Баранова. Н. Новгород, 2000. С. 105, 107.

⁵⁶ В некоторых лингвистических источниках в эту систему включается еще и словообразование (см.: Русский язык. Энциклопедия. С. 58–59).

⁵⁷ Ушаков А. А. Указ. соч. С. 164.

⁵² См., например: Кузнецова Н. Ф. Проблемы квалификации преступлений : лекции по спецкурсу «Основы квалификации преступлений» / науч. ред. и предисл. акад. В. Н. Кудрявцева. М. : Городец, 2007. С. 218–219.

⁵³ См., например: Ивакина Н. Н. Профессиональная речь юриста : учебное пособие. М. : Норма, 2008. С. 15–101; Шепелев А. Н. Указ соч. С. 79–126.

ва⁵⁸, автор которой, А. И. Ситникова, полагает, что «внимание юристов-исследователей и практиков должно быть переключено с языка закона на текст закона, так как более продуктивным является исследование стиля закона на материале нормативных текстов, ибо стиль — категория текста, а не языка... Языковой подход к Уголовному кодексу, который в настоящее время взят на вооружение специалистами по уголовному праву, должен уступить место законодательно-текстологическому подходу»⁵⁹.

Не отрицая возможности разработки теории законодательной текстологии вообще и уголовного права в частности, замечу, что она не вполне согласуется с принятым в лингвистике подразделением русского языка на функциональные стили, среди которых, как указывалось выше, выделяется разговорный стиль, предназначенный для реализации функции общения. Таким образом, существует и разговорный стиль, то есть стиль не есть исключительная принадлежность текста.

Кроме того, весьма сомнительно утверждение А. И. Ситниковой о целесообразности отказа от языкового подхода к Уголовному кодексу в связи с большей продуктивностью законодательно-текстологического подхода. Оно не согласуется с методологическими положениями философии, логики и лингвистики, исходя из которых любой текст имеет логическую и языковую составляющие.

В лингвистике существует около 300 определений понятия «текст», наиболее приемлемым для целей юриспруденции можно признать определение, данное И. Р. Гальпериным: «Текст — это произведение речевого творчества, обладающее завершенностью, объективированное в виде письменного документа, литературно обработанное в соответствии с типом этого документа, произведение, состоящее из названия (заголовка) и ряда особых единиц (сверхфразовых единств), объединенных разными типами лексической, грамматической, логической, стилистической связи, имеющее определенную целенаправленность и прагматическую установку»⁶⁰. Как видим, три компонента из числа образующих текст — лексика, грамматика и стилистика — имеют языковую феноменологию.

Такой подход к тексту воспринят в общей теории права. В частности, авторы коллектив-

ной монографии «Язык закона» пишут: «Законодательный текст — это определенного рода сообщение, которое объективировано в виде официального письменного документа, состоит из определенных единств, объединенных разными типами лексической, грамматической и логической связи, и имеет модальный характер и прагматическую установку»; «Нормативный акт — это письменное литературное произведение... Общим для всех видов литературных произведений является грамматический строй и словарный запас, стилистические основы»⁶¹. Теоретик права Н. А. Власенко, кроме того, выделяет языковую, логическую, грамматическую и графическую основы законодательного текста⁶², что, по его мнению, позволяет более четко видеть назначение и функции каждого начала в формулировании (изложении) юридических предписаний⁶³, и с чем вполне можно согласиться.

Очевидное присутствие в тексте логического компонента, наряду с языковым, объясняется онтологическим статусом языка и мышления в общей картине мира и их соотношением. Повторимся: мышление и язык находятся в неразрывном органическом единстве, мышление не существует без языка, а язык не может существовать без мысли. Он является способом существования мысли, ее материализацией, то есть формой выражения мысли. Природа мышления как обобщенного и опосредованного отражения действительности, а также природа языка как формы выражения мышления, важнейшего средства общения, обмена мыслями между людьми, не могут быть поняты, если мышление и язык рассматривать изолированно, в отрыве друг от друга⁶⁴.

Один из видных отечественных языковедов А. А. Реформаторский так объясняет соотношение языка и логики: «Так как язык непосредственно связан с мышлением, то наука о языке связана с логикой, наукой о законах мышления и о формах мысли. Тесная связь с логикой и ис-

⁶¹ Язык закона. С. 12.

⁶² Следует признать, что Н. А. Власенко внес весомый вклад в развитие теории законодательного текста, впервые в юриспруденции подробно рассмотрев все его составляющие, но, как представляется, допустил ряд методологических неточностей: с одной стороны, выводя грамматику (формальный строй языка) за пределы языковой системы, с другой стороны, смешивая лексический и грамматический уровни (ярусы) языка.

⁶³ Власенко Н. А. Язык права: монография. Иркутск, 1997. С. 16—17; Он же. Языковые и графические средства законодательной техники // Законодательная техника: науч.-практ. пособие / под ред. Ю. А. Тихомирова. С. 147.

⁶⁴ Мышление и язык / под ред. Д. П. Горского. М., 1957 (аннотация к сборнику и статья Галкиной-Федорук Е. М. О форме и содержании в языке. С. 354, 375).

⁵⁸ Ситникова А. И. Законодательная текстология и ее применение в уголовном праве. М.: Юрлитинформ, 2010. 232 с.; Она же. Законодательная текстология уголовного права. М.: Юрлитинформ, 2011. 344 с.

⁵⁹ Указ. соч. С. 37.

⁶⁰ Гальперин И. Р. Текст как объект лингвистического исследования. М.: Наука, 1981. С. 18.

пользование логического аппарата определений и обозначений в лингвистике отнюдь, конечно, не означает, что логические категории (понятие, суждение, умозаключение и т.п.) должны совпадать с языковыми категориями (морфема, слово, предложение), однако соотносительность этих двух планов не подлежит сомнению, хотя далеко не все, что есть в логике, должно быть в языке, и тем более языковые явления далеко выходят за пределы логики»⁶⁵.

Соответственно, и текст УК, как и любой текст, имеет логическую и языковую составляющие.

Подчеркну, что только в сугубо научных целях, для обозначения двух граней единой логико-языковой феноменологии законодательного текста возможно операциональное разделение его логической и языковой составляющей. Но именно такое операциональное разделение и обособленное изучение логической и языковой составляющей законодательного текста представляется необходимым этапом научных исследований. Научное видение начал, теоретическое знание основ законодательного текста может быть переведено в сферу практики, а именно быть полезным в создании этого текста.

6. Изложенного выше материала вполне достаточно для представления о четвертом из обозначенных выше подходах, которому мы дали название **«естественно-языковой»**. Согласно этому подходу язык закона как его воплощенная форма, обладая всеми свойствами естествен-

ного (русского) языка, не является феноменом собственно юридическим. Данный подход, как представляется, лишен всех тех указанных недостатков, которые присущи иным подходам к пониманию онтологического статуса языка закона. Ученым-юристам, его разделяющим, удалось разработать в достаточной степени согласованные с лингвистической теорией положения о системе языка закона⁶⁶, в том числе и уголовного⁶⁷.

Именно естественно-языковой подход, обосновывающий необходимость приспособления к нуждам уголовно-правового регулирования неотъемлемых свойств естественно-языковой системы и поиска рациональных способов использования естественных проявлений русского языка в тексте уголовного закона с целью придания точности и ясности уголовно-правовым предписаниям, полагаю необходимым использовать для построения теоретической модели языковой формы нового Уголовного кодекса России.

⁶⁵ Реформаторский А. А. Введение в языковедение : учебник для вузов. М., 1967. С. 51–52.

⁶⁶ См., например: Любимов Н. А. Указ. соч. ; Крюкова Е. А. Указ. соч. ; Прокофьев Г. С. Соотношение права и языка: теоретико-философский анализ : дис. ... канд. юрид. наук. М., 2002 ; Юсипова И. В. Право и язык в механизме обеспечения прав человека : дис. ... канд. юрид. наук. Владимир, 2008.

⁶⁷ См., например: Пикуров Н. И. Теоретические проблемы межотраслевых связей уголовного права : дис. ... д-ра юрид. наук. Волгоград, 1998 ; Волосюк Е. А. Грамматическое толкование норм Уголовного кодекса Российской Федерации : дис. ... канд. юрид. наук. Краснодар, 2013.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. Александров А. С. Юридическая техника — судебная лингвистика — грамматика права // Проблемы юридической техники / под ред. В. М. Баранова. — Н. Новгород, 2000.
2. Алексеев С. С. Право на пороге нового тысячелетия : Некоторые тенденции мирового правового развития — надежда и драма современной эпохи. — М., 2000.
3. Атарщикова Е. Н. Герменевтика в праве: история и современность. — СПб., 1998.
4. Будагов Р. А. Человек и его язык. — М., 1976.
5. Власенко Н. А. Язык права : монография. — Иркутск, 1997.
6. Гальперин И. Р. Текст как объект лингвистического исследования. — М., 1981.
7. Голев Н. Д. Юридизация естественного языка как юрислингвистическая проблема // Юрислингвистика-2 : Русский язык в его естественном и юридическом бытии / под ред. Н. Д. Голева. — Барнаул, 2000.
7. Голик Ю. В., Коробеев А. И. Реформа уголовного законодательства России: быть или не быть? // Lex Russica. — 2014. — № 12.
8. Губаева Т. В. Словесность в юриспруденции. — Казань, 1995.
9. Губаева Т. В. Язык и право. Искусство владения словом в профессиональной юридической деятельности. — М., 2003.
10. Губаева Т. В., Пиголкин А. С. Лингвистические правила законодательной техники // Проблемы юридической техники / под ред. В. М. Баранова. — Н. Новгород, 2000.
11. Жалинский А. Э. Введение в специальность «Юриспруденция». Профессиональная деятельность юриста. — М., 2007.
12. Законодательная техника / под ред. Ю. А. Тихомирова. — М., 2000.
13. Законотворчество в Российской Федерации / под ред. А. С. Пиголкина. — М., 2000.
14. Законодательный процесс. Понятие. Институты. Стадии / отв. ред. Р. Ф. Васильев. — М., 2000.
15. Ивакина Н. Н. Профессиональная речь юриста : учебное пособие. — М., 2008.
16. Иванчин А. В. Законодательная техника и ее роль в российском уголовном правотворчестве. — М., 2011.

17. Калинина Н. А. Лингвистическая экспертиза законопроектов: опыт, проблемы и перспективы. — М., 1997.
18. Кашанина Т. В. Юридическая техника : учебник. — М., 2007.
19. Керимов Д. А. Законодательная техника. : науч.-метод. и учеб. пособие. — М., 2000.
20. Кибальник А. Г. Уголовный кодекс РФ: двенадцатый год деградации // Библиотека криминалиста. — 2014. — № 3 (14).
21. Кострова М. Б. Дефинирование понятий и терминов, используемых в УК РФ // Журнал российского права. — 2003. — № 12.
22. Кострова М. Б., Ильина А. И. Действие российского уголовного закона в пространстве: терминологический аспект // Правовое государство: теория и практика. — 2010. — № 1 (19).
23. Кузнецова Н. Эффективность уголовно-правовых норм и язык закона // Социалистическая законность. — 1973. — № 9.
24. Кузнецова Н. Ф. Проблемы квалификации преступлений. — М., 2007.
25. Мышление и язык / под ред. Д. П. Горского. — М., 1957.
26. Наумов А. В. Проблемы кодификации российского уголовного законодательства: новый Уголовный кодекс или новая редакция Кодекса? // Уголовное право. — 2009. — № 4.
27. Наумов А. В. О связи и соотношении норм уголовного и уголовно-процессуального права при реформировании УК РФ // Актуальные проблемы взаимосвязи уголовного права и процесса : сб. матер. всерос. заочной науч.-практ. конференции с междунар. участием (Уфа, Институт права БашГУ, 17 апреля 2015г.). — Уфа, 2015.
28. Панько К. К. Теория и практика законотворчества в уголовном праве : монография. — М., 2011.
29. Реформаторский А. А. Введение в языковедение. — М., 1967.
30. Савицкий В. М. Язык процессуального закона (вопросы терминологии). — М., 1987.
31. Ситникова А. И. Законодательная текстология уголовного права : монография. — М., 2011.
32. Тихонова С. С. Юридическая техника в уголовном праве. — Н. Новгород, 2008.
33. Ушаков А. А. Очерки советской законодательной стилистики. — Пермь, 1967.
34. Черданцев А. Ф. Логико-языковые феномены в праве, юридической науке и практике. — Екатеринбург, 1993.
35. Шугрина Е. С. Техника юридического письма. — М., 2001.
36. Язык закона / под ред. А. С. Пиголкина. — М., 1990.

Материал поступил в редакцию 25 декабря 2014 г.

THEORETICAL MODEL OF LINGUISTIC FORMS OF THE NEW CRIMINAL CODE OF THE RUSSIAN FEDERATION*

(Part 1: Theoretical approaches to understanding the ontological status of the language of criminal law)

Kostrova Marina Borisovna — PhD in Law, Associate Professor of Criminal Law Department, Bashkir State University.
[kostrovam@mail.ru]
450076, Russia, Ufa, ZakiValidi Street, 32.

Review.. *The distance round table "The New Criminal Code of Russia: conceptual framework and theoretical model" raises a question of which scientific grounds should be the base for theoretical model of linguistic form of the new Russian Criminal Code.*

There are four main theoretical approaches to the understanding of the ontological status of the language of the law prevailing in the general theory of law and a number of industrial science:

- 1) "legal technology";
- 2) "non-functional";
- 3) "radical";
- 4) "natural language."

In the first approach (the most common one) the language of law is considered a component (options: element, facilities, areas, etc.), of legal (options: legislative, law making) technology, or in the legislative technique there can be distinguished linguistic rules (options: an independent element - legislative linguistics).

In the second approach, either the existence of language of law is explicitly recognized, or there is no distinction carried out between the language of law and the language of the laws.

A third approach to the language of law is represented by the opposing views: from recognition of grammatical determinism of law (i.e. up to exaggerated importance of one of the levels (tiers) of natural language - grammar) to a complete denial of the productivity of the language of law study. It is proved that under these approaches the following aspects are not considered:

- 1) the status of natural (for Russia — Russian) language in which the laws are written, in the general picture of the world;
- 2) the division of Russian language functional styles accepted in linguistics;
- 3) the structure of natural language, including a system of interconnected and interdependent with each other elements forming the three levels (tiers) of the language — lexical, grammatical and phonetic;
- 4) methodological principles of philosophy, logic and linguistics, on the basis of which any text is logical and possesses some linguistic components.

The author concludes that the fourth approach is more productive, justifying the need to adapt to the needs of legal regulation inherent properties of natural-language system and the search of rational ways of using the natural manifestations of the Russian language in the text of the criminal law. That is aimed at giving precision and clarity of criminal regulations. In this connection, it is the fourth approach that is encouraged to use to construct a theoretical model of linguistic form of the new Russian Criminal Code.

Keywords: jurisprudence; criminal law; the language of criminal law; the ontological status of the language of law; "legal technology" approach; "non-functional" approach; "radical" approach; "natural language" approach; accuracy and clarity of criminal law regulations; defects of linguistic form of criminal law.

BIBLIOGRAPHY

1. Aleksandrov A.S. Legal Technology - forensic linguistics - the grammar of law, Problems of legal technics, Baranova V.M. (ed.), Nizhni Novgorod, 2000.
2. Alekseev S.S. Law at the threshold of a new millennium: Some trends in the development of the legal world — the hope and the drama of the modern era, Moscow, 2000.
3. Atarschikova E.N. Hermeneutics in law: history and modernity, St. Petersburg, 1998.
4. Budagov R.A. A man and his language, Moscow, 1976.
5. Vlasenko N.A. Language of law Monograph, Irkutsk, 1997.
6. Gal'perin I.R. Text as an object of linguistic research, Moscow, 1981.
7. Golev N.D. Juridication of a natural language as a juridical linguistic problem, Juridical linguistics-2: The Russian language in its natural and legal existence, Golev N.D. (ed.), Barnaul, 2000.
8. Golik Yu.V., Korobeev A.I. Reformation of the criminal legislation of Russia: to be or not to be?, LexRussica, 2014, № 12.
9. Gubaeva T.V. Literature in law, Kazan, 1995.
10. Gubaeva T.V. Language and law. The art of a word in a professional legal capacity, Moscow, 2003.
11. Gubaeva T.V., Pigolkin A.S. The linguistic rules of legislative technique, Problems of legal technics, Baranova V.M. (ed.), Nizhni Novgorod, 2000.
12. Zhalinsky A.E. Introduction to the specialty "Jurisprudence". Professional activities of a lawyer, Moscow, 2007.
13. Tikhomirov Y.A. (ed.) Legislative systems, Moscow, 2000.
14. Pigolkin A.S. Legislation in the Russian Federation, Moscow, 2000.
15. Vasiliev R.F. (ed.), The legislative process. Concept. Institutes. Stages, Moscow, 2000.
16. Ivakin N.N. Professional speech lawyer: a tutorial, Moscow, 2008.
17. Ivanchin A.V. Legislative technique and its role in the Russian criminal law-making, Moscow, 2011.
18. Kalinin N.A. Linguistic examination of bills: experiences, challenges and prospects, Moscow, 1997.
19. Kashanina T.V. Legal Technology: textbook, Moscow, 2007.
20. Kerimov D.A. Legislative technique. Tutorial, Moscow, 2000.
21. Kibalnik A.G. Criminal Code: the twelfth year of degradation, Library of a criminologist, 2014, №3 (14).
22. Kostrova M.B. Defining concepts and terms used in the Criminal Code of the Russian Federation, Journal of Russian law, 2003, № 12.
23. Kostrova M.B., Ilyina A.I. The action of the Russian criminal law in scope: terminological aspect, State of Law: Theory and Practice, 2010, № 1 (19).
24. Kuznetsova N.F. Efficiency of criminal law and the language of law, Socialist legality, 1973, № 9.
25. Kuznetsova N.F. Problems of qualification of crimes, Moscow, 2007.
26. Gorsky D.P. (ed.) Language and Cognition, Moscow, 1957.
27. Naumov A.V. Problems of codification of Russian criminal legislation: the new Criminal Code and a new edition of the Code?, Criminal law, 2009. № 4.

28. *Naumov A.V.* On liasons and relations of criminal and criminal procedural law in the process of reformation of the Criminal Code of the Russian Federation, Topical issues of the relationship between criminal law and process: Proceedings of All-Russian distance scientific and practical conference with international participation (Ufa, the Bashkir State University, Institute of Law, April 17, 2015), Ufa, 2015.
29. *Panko K.K.* Theory and practice of legislation in criminal law: a monograph, Moscow, 2011.
30. *Reformatorskiy A.A.* Introduction to Linguistics, Moscow, 1967, Vinogradov A.V. (ed.), Moscow, 2005.
31. *Savitskiy V.M.* Language of procedural law (questions of terminology), Moscow, 1987.
32. *Sitnikova A.I.* Legislative textual criminal law: a monograph, Moscow, 2011.
33. *Tikhonova S.S.* Legal technics in criminal law, Nizhni Novgorod, 2008.
34. *Ushakov A.A.* Sketches of the Soviet legislative style, Perm, 1967.
35. *Cherdantsev A.F.* Logical and linguistic phenomena in law, jurisprudence and practice, Yekaterinburg, 1993.
36. *Shugrina E.S.* Legal writing techniques, Moscow, 2001.
37. *Pigolkin A.S.* (ed.) The language of the law, Moscow, 1990.

Н. Г. Скачков*

ПРЕЗУМПЦИЯ ВЗАИМНОГО СТРАХОВАНИЯ В ТРАНСГРАНИЧНОЙ МОРСКОЙ ПЕРЕВОЗКЕ ОПАСНЫХ ГРУЗОВ

Аннотация. Трансграничная морская перевозка партии опасных грузов пред- располагает к появлению многоуровневого страхового покрытия, доста- точно лишь осознать, насколько восполнение потерь увязывается с мас- штабами риска. Востребованы любые решения из области стратегического менеджмента, лишь бы прийти к пуловому характеру страховой функции, складывающемуся из накопления выплат на компенсацию. Аксиоматика клу- ба взаимного страхования притягивает на максимальную надежность.

Клубы вряд ли ограничиваются одним лишь массивом срочных сделок. Распре- деление общей массы убытков элементарно не приходится исключать. Диф- ференциация источников опасности может оказаться ощутимо весомой. Покрытие отягощается вовлечением выплат разной степени финансовой сложности. Взаимное страхование здесь, несомненно, удачная альтернатива. Но клубы P&I опосредуют свое присутствие, лишь если превышение расходов над доходами оборачивается пагубным обесцениванием страховых взносов.

Клубы взаимного страхования пользуются доминантным страховым кон- трактом. Они свободны от отыскания каких-то особенных преимуществ в малоутешительных условиях минимального страхования, когда изменчи- вые размеры премий определяются с известной поправкой на неполное по- крытие. Соотношение между показателями из фактической стоимости по опасным грузам столь тонко, что ни единая методика уведомлений о состо- янии рискованного запаса не отвечает линейке страхового продукта.

Клубы взаимного страхования свидетельствуют в пользу начисленной, а впо- следствии возвращаемой страхователю премии, чем обеспечивают беспри- страстное сокращение расходов. Складывается весьма противоречивая про- цедура, в рамках которой стадия накопления резервов все же претерпевает далеко неоднозначный период формирования покрытия.

Ключевые слова: морское страхование, страховая сумма, покрытие, пул вза- имного страхования, фактический перевозчик, страховая защита, миними- зация риска, генеральный страховой полис.

DOI: 10.17803/1729-5920.2015.109.12.104-115

Страхование при морской перевозке опас- ных грузов указывает на возникновение по-настоящему многоуровневого покры- тия: компенсация ущерба рассматривается как ключевая задача. В этой связи становятся вос- требованными едва ли не любые решения из

области стратегического менеджмента, доста- точно осознать, насколько восполнение потерь увязывается с масштабами риска.

Предпосылки для предстоящего финанси- рования проистекают всё из той же типизации рисков, хотя на этот раз они затрагивают нечто

© Н. Г. Скачков, 2015

* Скачков Никита Геннадьевич, кандидат юридических наук, доцент кафедры международного частного права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА) [skanic@mail.ru]

123995, Россия, Москва, ул. Садовая-Кудринская, д. 9

большее — реконструкцию присущей им конъюнктуры. Опасный груз опосредует, в свою очередь, техногенную составляющую правоотношений, а переадресация рисков в пользу третьих лиц становится едва ли не общепринятой процедурой.

Как представляется, коммерческое страхование здесь качественно преобладает. Иные разновидности страховых институтов заявляют о себе в аспекте вторичного проявления экономического императива убытков при довлеющем воздействии рискообразующих факторов. Однако эти обстоятельства не случайно предлагают воспользоваться *lex specialis*. То же корпоративное нормотворчество репродуцирует их к субсидиарному регулятору отношений, где и генерируется структурно сфера взаимного страхования (*mutual insurance*).

Страховая функция приобретает в этом ключе пуловый характер и осуществляется путем объединения востребованных для этого средств. Предтечей международного механизма страховой или перестраховочной защиты, вне сомнения, становятся ассоциации далеко нетривиальных страховщиков. Последние призваны сыграть одну из ведущих ролей в плане накопления выплат на компенсацию. Само существование клуба P&I подразумевает уверенное обеспечение покрытия. Прежде мы уже опосредованно упоминали о подобных сообществах, пытались рассмотреть, предусматривают ли они финансовую оптимизацию потерь. Первооснова настоящего подхода больше отождествляется с аксиоматикой клуба взаимного страхования. Попробуем показать, насколько критерии титула максимальной надежности, а также возмещений по убытку отвечают притязаниям претерпевшей стороны¹.

Очевидно, что такие клубы вряд ли ограничиваются одним лишь массивом срочных сделок. Пусть данные транзакции и приумножают гарантии страхового обязательства, но преобладание производного инструментария риск-менеджмента по-прежнему высоко. Редко удастся уменьшить бремя последствий, если прогрессирующие издержки начинают оказывать пагубное воздействие на сделки товародвижения в целом. Предстоящая уплата ценовой разницы вряд ли обрадует перевозчика, поскольку другие субъекты правоотношений привлекаются к покрытию ущерба на более поздних стадиях исполнения договора об оказании транспортных услуг. К этому времени потерпевшие успевают заявить о нарушении своих имущественных прав (включая право требования).

¹ P&I. Club Circular 12/11: Review of open policy years & 2012 policy year general increase

Разумеется, правоприменительная инстанция скорее доверится регрессному иску: обстоятельства, предшествующие получению судебной защиты, ни в коем случае опровергать нельзя. Как еще ответчик сумеет реализовать принцип полной реституции владения, прежде возложенный на него истцом? Трудно поэтому исключать, что распределение общей массы убытков элементарно не затронет дифференциацию источников опасности, применительно к тому или иному ассортименту товарной партии. Предвидима тогда утрата логической сущности понятия «благоприятное осуществление перевозки» в контексте хотя бы положений Конвенции о международных правилах предупреждения столкновения судов в море (COLREG)².

Составители последней, от 1 февраля 2013 г., редакции настоящего нормоустанавливающего акта, по-видимому, преследовали иные задачи, чем поиск концептуальной составляющей взаимности в аспекте сохранения баланса страхового портфеля. Небезынтересно другое, а именно упоминание о логике развития деликтного обязательства, своеобразно воспринимаемой как катализация небрежности (*negligence*).

Данная категория не уточняет, придаем ли мы ей обычное смысловое значение либо пытаемся подчеркнуть противоречие между непреднамеренностью ущерба и правовыми обоснованиями формирующих его поступков. В любом случае покрытие зримо отягощается вовлечением выплат разной степени финансовой сложности. На этом фоне наблюдается заметное смещение акцентов. Выплаты страхового возмещения переходят к тем игрокам рынка страховых услуг, которые чуть более охотно возлагают на себя функцию «страховщика последней инстанции».

Безусловно, надежда добиться индексации сумм страхового возмещения подразумевает и классические подходы к прелату эффективности страховой компании. Такой структуре не присуще сомневаться в торжестве юстиниановского принципа *actio legis Aquiliae*, когда страхователь декларирует целесообразность отказа от покрытия ущерба по страховой сумме. Как следствие, принцип *actio poenalis* предугадывает, какие показатели определяют страховую стоимость, чем постепенно сближается с максимальной *actio rei persecutoria*.

В какой-то мере ожидания от причинения вреда всегда несколько опережали любые свидетельства наступления страхового случая. Вместе с тем обязательный характер начис-

² COLREG: «Convention on the intern. Regulations for preventing collisions at sea». London.1972 ; Intern. Maritime organization. L.: IMO. 4 rd consolidated ed. Rev.1 Oct. 2012. Corr.1 Feb 2013. P. 167. International Maritime Organization (IMO). COLREG.

ляемой компенсации последует лишь после признания страховщиком всех без исключения компонентов юридического состава страхового события. Данным фактором, по-видимому, и объясняется сложное впечатление от суброгации, поскольку она равносильна уменьшению размеров страховой выплаты на заданную сумму, где позиции выгодоприобретателя просто не находится места. Поэтому признание системообразующих характеристик существа претензии как исходного призыва к пропорциональности убытков со стороны страхователя принимается безоговорочно³.

Коннотации коммерческого страхования в этом плане очерчивают лишь внешнюю сторону страхуемого риска, когда цикличность распределения потерь еще недостаточно очевидна, но страхователя уже принуждают внести свою долю взносов в консолидированное покрытие. Перспектива полнее распорядиться дополнительными накоплениями здесь скорее призрачна, чем реальна. В этом ключе, как подчеркивается в Оговорках Объединения лондонских страховщиков от 2009 г., взаимное страхование привлекает прежде всего своей индифферентностью. Не столь важно, чем порождаются трагические события при фактическом прекращении морской транспортной операции, принцип нарастающего итога суммы выплат сохраняется как неизменный.

Конечно, преобладание нелимитированного страхового покрытия воспринимается с оттенком некой двойственности. Не стоит сомневаться в прерогативе видимой эффективности, но и с избирательностью страховой премии тоже непросто согласиться. Что если смета общего ресурса окажется тем камнем преткновения не только для страхователя, но и для страховщика? Увеличение затрат по отдельным позициям погашается тогда из специального резерва.

Как уверяет нас С. С. Горбачева, склонность к отсутствию ограничений здесь вполне оправдана. Вероятность наступления убытка на самом деле нефатальна. Перечень эпизодов, когда страховой случай мог бы действительно произойти, прослеживается достаточно хорошо, включая наиболее тяжкие события, при наступлении которых просто бессмысленно экономить⁴.

Настоящее суждение тем не менее дает обильную почву для размышлений. Взаимное страхование, несомненно, удачная альтернатива страховой коммерческой организации, если

грузы чреватые многообразием опасностей. Но перспектива одной единственной выплатой подвергнуть свои активы сокрушительному опустошению безрадостна для ассоциации страховщиков, глубоко интегрированных друг с другом, исходя из размеров гармонизирующего пула. Клубы P&I вовсе не антипод ординарной страховой компании. Они опосредуют свое присутствие, лишь если превышение расходов над доходами приобретает заведомо бесконтрольный характер, оборачивается обесцениванием страховых взносов, неспособностью структурировать организационно-правовую ткань страховой компенсации. Тщетно в этой связи надеяться на разумную оперативность при выявлении размеров действительного ущерба, когда даже ординарная переплата напомнит о серьезности грядущих испытаний. Поэтому вопрос о, скажем так, универсальности сообщества P&I, проникновении в различные экстерьеры и профили риска только внешне представляется сакраментальным.

Возможно, обязательно заметят антагонисты, не следует столь усложнять; основная спецификация взаимного страхового возмещения сложилась достаточно давно. Конечно, трудно удержаться от реплики об узости статута данного страхования, по сравнению с коммерческим. В то же время взаимное страхование признается устойчивым перед перспективой минимизации прибыли в цене страхового продукта. Онтология клуба P&I твердо отождествляется с прерогативой страховой защиты. Для нее, признаться, не редкость болезненные колебания соотношения между выплатами страхового возмещения и страховой суммой. При морской перевозке партии опасных грузов трудно рассчитывать на какой-либо иной исход. Нетто-премия настолько обременяется прагматикой всевозможных надбавок, что вероятность последующего нивелирования ставок страхового тарифа, достаточно незапланированным расходом обрушить оценку степени риска, ощущается очень остро. Отсюда, следуя Дж. Радович, идея отыскания каких-либо особенных компромиссов и соотношений по цене представляется едва ли состоятельной⁵.

Клубы взаимного страхования придерживаются в этом плане любопытного приема — «платежи вдогонку», который приглашает воспользоваться доминантным страховым контрактом. Отыскание активов на покрытие сразу очерчивает, не под эгидой ли неотвратимости убытка суждено им состояться. Моделирование взаимосвязи страхования-возмещение осуществ-

³ Comite Maritime International (CMI). Collision Liability 11 April, 1997.

⁴ Горбачева С. С. Формы осуществления страхования гражданско-правовой ответственности судовладельцев // Законодательство. 2012, август. № 8.

⁵ Jorge M. Radovich Harmonization of the Pollution Schemes of the Countries Related to the waterway Hidrovia Paraguay-Parana // Comite Maritime International. CMI Yearbook 2010 Annual Rep. 547.

вляется исходя из полноты оговорки pay to be paid, основу которой составляет нехитрый принцип избежания прямой или опосредованной оценки страхового случая. По мнению А. А. Архиповой, если страхователь воздержится от свидетельства о наличии у него убытков, то и мысли о страховой компенсации придется оставить⁶.

Тем не менее получается, что чертами той единственной цельной категории, благодаря которой страхователь может еще воспользоваться всей полнотой требований от перестраховщика, является страховое событие. В этой связи вряд ли уместно говорить о преимущественном освобождении перестраховщиков от ответственности в части своей доли, достаточно им претерпеть неудачу в получении платежей. К чему, спрашивается, обременять себя излишними начислениями страховой компенсации, когда ее модификация, по сути, предрешена.

Риски, надо признать, прослеживаются немаломо быстро, хотя их архитектура в свете позиции клуба взаимного страхования и видится некоторым образом расплывчатой. Как предполагает И. Л. Шамраева, можно с уверенностью говорить о типологии возникновения значительного перечня дополнительных расходов, откуда происходят уже многообразные проявления морского предприятия в целом⁷.

Обстоятельства наступления гражданской ответственности проще преподнести как следствие агрегирования отрицательных компонентов затрат. Диалектика страхования приблизится тогда к получению несколько иного, чем требуется, объема страховой защиты. Сервисная его составляющая (исходя из эффективности услуг) конструируется сугубо в русле интересов страхователя.

Международная ассоциация страховых наблюдателей (IAIS) в документе, озаглавленном «Ключевые принципы кодификации страхования: методология и оценка» (датирован 1 октября 2011 г., действует в последней редакции от 19 октября 2013 г.), занимает, на наш взгляд, непоследовательную позицию. Стратегия менеджмента продолжает рассматриваться избирательно, в зависимости от того, комуверяются предоставляемые ресурсы, а кому — право ими распоряжаться⁸.

⁶ Архипова А. Г. Особенности страхового покрытия, предоставляемого английскими клубами взаимного страхования // Юридическая и правовая работа в страховании. 2009. № 2. II квартал.

⁷ Шамраева И. Л. Общества взаимного страхования : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2009. С. 19.

⁸ International Association of Insurance Supervisors (IAIS). Insurance Core Principles, Standards, Guidance and Assessment Methodology (ICP). October 2011 in Seoul (South Korea). P. 67-71, 256-399. // Insurance Core Principles, Standards, Guidance and Assessment Methodology; amended 19 October 2013. P. 68

Данность еще более удивительная, поскольку при притязаниях на всеохватность договора страхования клуб P&I в силах преодолеть ту осторожность, с какой страхователь вынужден задумываться о строении страхового возмещения. Членство в обществе взаимных страховщиков для подобной ситуации видится здесь вполне достаточным.

Впрочем, точность формулировок не помешала бы и такому документу, как Стратегия страхования: минимизации рисков при исполнении контрактных обязательств от 9 октября 2012 г. Международная ассоциация страховых наблюдателей находит в данном акте отголоски стабильности и позиционирует его как пресловутую дорожную карту в первичном значении. Roadmap чаще всего ассоциируется со сценарием развития того или иного события. Однако рекомендации, как добиться последовательности воплощения контрольных функций, подменяются оптимизацией пангенезиса дополнительной выплаты, что называется, на опасность. Предвестники риска безжалостно утрачивают тогда даже видимость обратной связи с теми сообществами P&I, где успели уже приобщиться к прогностике системообразующего правового воздействия на линейку страховых инструментов⁹.

Постараемся извлечь элементы логических построений из настоящего документа. Функции страхователя отнюдь не отторгают приоритеты максимально взвешенного анализа рисковоздающих событий. Трудно в противном случае удостовериться, какие основания лежат в основе появления убытков.

Между тем мало что действительно способно гиперболизировать значение события, когда оно экстраполируется в реальность происшествия, чем буквально перечеркивает любую возможность к сохранению груза и судна. Пострадавшая сторона никогда не преминет настаивать в судебном порядке, что определенный выбор у ответчика все-таки был. Он, будучи наделен соответствующими должностными обязанностями, полностью осознавал последствия своих действий и должен был поступить как-либо иначе. Тем более, если вдруг обнаружатся факты неэффективного использования оборудования, призванного предотвратить наступление страхового случая.

По мысли М. Мудрика, в данном контексте просто прослеживается сосредоточение сразу нескольких факторов. Правовед апеллирует лишь к одному, но трудно опровержимому критерию — обреченности страхового случая,

⁹ International Association of Insurance Supervisors. Roadmap — 2013—2014. Approved 9 October 2012. P. 12.

проистекающей из природы груза: даже «гипотетические повреждения вполне заслуженно удостоиваются эпитета “закритичные”»¹⁰.

Правда, обретение давно ожидаемого баланса между реальными затратами, с одной стороны, и запланированными — с другой, завершается чувствительными расходами на осуществление транспортной операции. Как подчеркивает А. Донтох, вряд ли стоит ожидать хоть малую толику оптимизма. Та компенсация, предпосылки которой содержатся в заведомо меньшей страховой премии, близка к размерам убытка по ставке процентного тарифа, если она согласуется с контрактными условиями страхования по существу¹¹.

Страховая сумма на самом деле удивительно коварна. Вне зависимости от того, превышает ли она убыток либо является несоизмеримо меньшей величиной по сравнению с затратами, страховщик продолжает обеспечивать покрытие некой ее неделимой части. Заключение договора страхования, где оценка ущерба изобилует всевозможными оговорками, а превышение стоимости вполне вероятно, оборачивается изъянами логической самодостаточности.

Юридическая ценность такого контракта тоже уязвима. Даже сроки его исполнения непросто определить в силу многообразия уточняющих обстоятельств. Легко увидеть контуры тех существенных обременений для перевозчика, особенно если опасный характер груза диктует строгое соблюдение заданных параметров перемещения, хотя чаще следует призыв «как можно быстрее». Здесь же данное спасительное условие реализуется, по видимому, частично.

Клубы взаимного страхования свободны, в принципе, от отыскания каких-то особенных преимуществ в малоутешительных условиях минимального страхования. Покрытие убытков производится сразу после установления действительного размера ущерба, а превышение расходов над доходами не особо и настораживает. Размеры премий, разумеется, изменчивы, но определяются в тот весьма специфический период, по истечении которого даже неполное покрытие констатирует конечный итог правоотношений. Открытие балансовой стоимости, резервные фонды, создаваемые за счет колоссальных затрат, тоже вписываются в сценарий развития драматических событий. В то время как концентрации активов присваивается уже

не столь однородная функция качественной оценки рисков. Каждый из них методологически отождествляется с ретроспективными точками совершения платежей, приводя, в свою очередь, к уплате дополнительных возмещений.

Композиция издержек, напротив, складывается как вполне устойчивая конструкция. Она зиждется на водоразделе между риском принятия на страхование и связанным с ним риском неисполнения обязательств. В этом детализирующем обстоятельстве, вероятно, коренится один из наиболее сложных юридических фактов. Обращает на себя внимание, что комментаторские тексты Международной ассоциации страховых наблюдателей (IAIS), озаглавленные как «О координации приемов упрочнения страховой, финансовой стабильности» (от 17 декабря 2012 г.), находят уместным с осторожностью относиться к появлению еще одной разновидности риска, а именно слабой платежеспособности¹².

Собственно, настоящая угроза таится в скоропалительных решениях, посредством которых предполагают удержать цены на страховой полис с фиксированным покрытием — этот извечный спутник внесистемности рискообразующих факторов. Понятно тогда желание клуба взаимного страхования минимизировать расходы настолько, чтобы при возложении на себя любого крупного риска превышение «своих» рисков над «чужими» сохранялось еще как можно более долго. Как представляется, остается лишь освоить искусство выплачивать страховое возмещение сразу в силу одного только наступления страхового риска. Вместе с тем клубы, похоже, не располагают императивом, как распорядиться оговоркой «omnibus clause».

В частности, согласно правилам P&I Club of London, более известным как Стратегия предоставления гарантий при планировании премиальной системы (датированы 23 января 2013 г.), названный принцип считается свидетельством незыблемости покрытия. Оно оплачивается независимо от того, насколько то или иное событие относится к рискообразующим¹³.

Напротив, Консолидированные правила менеджмента для членов сообщества взаимного страхования West of England P&I Club с дополнениями от 1 января 2014 г. поясняют, насколько целесообразно чередование рисков, исходя из классности разноплановых переходов от договорной к деликтной ответственности и vice versa¹⁴.

¹⁰ M. Mudric. The International Liability Funds In the Maritime Field. Max Planck Institute for Comparative and International Private Law, Hamburg. 2009. P. 20.

¹¹ Dontoh A., Rutgers B. S. Financial Statements Insurance. New York, 2010. P. 49.

¹² IAIS Policy Measures Consultation Response 17 December 2012 Geneva. 2013. P. 16

¹³ The London P&I clubs. The London steam-ship owner's mutual insurance association limited. 23 January 2013.

¹⁴ The London P&I clubs. P & I RULES 2013-2014

Формально подразумевается перспектива получения возмещения, которая вряд ли посчитается с попытками внесения изменений в уже согласованную цену базисного контракта. Клубу взаимного страхования изначально непросто заниматься изысканиями из разряда обращаемости субсидированного оборотного капитала. Достаточно хотя бы единожды воспользоваться открытым кредитом либо овердрафтом, как коэффициенты дисконтирования итогового платежа не позволят воспользоваться любыми упрощениями низких ценностных показателей: будь то уплата потерь за утраченный груз или упущенная выгода по стоимости товара.

Категоризация затрат, безусловно, увязывается с многоаспектными обобщениями стоимостных показателей, хотя, как заметил Ч. Мак-Гуайер, в плане морской транспортной операции финансовая устойчивость, пожалуй, редкость¹⁵.

В самом деле, доля сомнений незримо присутствует. Даже столь радикальная мера, как избавление от опасного груза на дистанции, избилует оттенками диспозитивности. Искомое компенсирующее покрытие слагается небеспристрастно и имплементирует многообразные оговорки, прежде значимые разве что для отдельных титульных собственников, исходя из их обоснованного страхового интереса¹⁶.

Непредсказуемостью перевозки тоже можно многое объяснить. Неважно, что предвидимость ущерба без установления точной суммы потерь напоминает отчасти фикцию. Однако начисление выплат сразу становится сродни беспроигрышному варианту: оценка состояния ущерба вряд ли преодолет децентрализацию управленческих подходов.

Безусловно, иной раз трудно удостовериться, какие страховые события сопровождают исчисление убытков. Основные либо дополнительные признаки страхового случая предстоит еще отыскать. Наличие его тем не менее несомненно. Так, в Принципах классификации страхового капитала IAS от 12 сентября 2014 г. экстраполируется выгода в риске, а детализация капитальных требований разобщается с пагубной чувствительностью к сопоставимости страховых и материальных рисков. Последняя довлеет над стремлением к оптимизации актива погашаемых взаимозачетом средств¹⁷.

Прерогатива собственника видится здесь в аспекте предметной квалификации застрахованного имущества. Однако прежде всего она указывает, какой результат корреспондируется, когда ни авансовый, ни дополнительный платежи не позволяют исчерпывающе установить, что же вытекает из соотношения ставки страховой премии и брутто-регистрационного тоннажа.

Искомые взносы уплачиваются, скорее всего, страхователем, но не позднее того ключевого момента, когда прослеживаются пропорции распределения потерь. Здесь страховая функция всецело сосредотачивается на сущности объекта страхования, но вероятность наступления страхового события прямо увязывается с резервированием рисков.

Клубы взаимного страхования закономерно прикасаются к тонкому соотношению между показателями из фактической стоимости, как бы условно к опасным грузам подобное ни прозвучало. Размеры страховых ставок постоянно напоминают о гранях несбыточности при определении потенциала покрытия, в то время как линейка страховых продуктов столь же часто апеллирует и к различным методикам уведомлений о состоянии рискованного запаса.

Увеличение риска повлечет за собой в этой связи соразмерные изменения условий договора страхования таким образом, чтобы уплата страховой премии все же произошла. Однако обоснованная, казалось бы, привилегия воздержаться также и от совершения платежа слабо солидаризируется со статьей 959 ГК РФ, где расторжение договора страхования инициируется полновластно страховщиком. Следовательно, продолжает сохраняться возможность воспользоваться фактически открытым в силу статьи 944 ГК РФ перечнем обстоятельств, каждое из которых допускает потери даже при обретаемой реальности страхового случая и указывает, сколь затруднительно от нее освободиться¹⁸.

Констатации позиции российского законодателя покажутся, вероятно, излишними. Ни единый правопорядок не может признаваться здесь безоговорочно компетентным, тем более если допустить, что правоприменительная инстанция данной страны определяет степень «правомерности» по отношению к любому из вариантов развития кризисной транспортной операции, включая даже гипотетические.

¹⁵ Chad McGuire. The Nonexistence of Sustainability in International Maritime Shipping: Issues for Consideration // Journal of Sustainable Development; February 2011. Vol. 4, No. 1

¹⁶ Guidelines on places of refuge for ships in need of assistance // Intern. Maritime organization—(IMO).2007.P.203

¹⁷ Insurance Capital Standard (ICS) Principles, 12 September 2014.

¹⁸ Подробнее см.: *Абрамова Е. Н., Аверченко Н. Н., Арсланов К. М.* Комментарии к Гражданскому кодексу Российской Федерации. Часть вторая : учеб.-практ. комментарий / под ред. А. П. Сергеева). М., 2010. (Статьи 959 и 944 ГК РФ применяются с учетом изменений, а также дополнений к ГК РФ, вступивших в силу с 22 августа 2014 г.)

Исчисление всей совокупности выплат не-посредственного ущерба проще действительно предоставить унилатеральной позиции клуба взаимного страхования, возвести их в ранг классического бордеро. По сути, наблюдается одно из воплощений страхового интереса. Правда, первоэлементы покрытия опосредуются там крайне низким уровнем удержания для перестраховщика. Собственно, провозвестником-то становится страховщик, когда он воспринимает состояние опасности, чем предвосхищает завершение перевозки, даже если она едва успела начаться.

Между тем сущностное разобщение страховых случаев трудно уже предотвратить. Каждое новое проявление риска отзывается между тем достаточно глубоко. Постановление Правительства РФ от 12 августа 2010 г. № 620 «Об утверждении Технического регламента о безопасности объектов морского транспорта» (в редакции от 26 марта 2014 г.) в этом плане безотрадно. К тому же, предположим, запорному устройству люкового помещения, где и размещается взрывоопасный груз, еще только предстоит снискать свою категорию прочности.

Периоды, когда выгодоприобретатель поневоле удостоверится в наличии юридической связи объекта страхования как страховой сделки, становятся тогда настолько продолжительными, что перестрахователь научится больше доверять любому из правонаделяющих контрактов. Так скорее удастся проанализировать те компоненты, которые могут либо приблизить к установлению истинной причины случившейся трагедии, либо обернуться роковым обстоятельством для всего фундамента дознания в целом. Страхователь же, напротив, не чужд догматам откровенного практицизма. Из изобилия вариантов он склонен выбрать тот единственный, что предвосхищает *ex ante* (лат. — предполагаемое) наступление неблагоприятного события.

Заинтересован ли перестраховщик в сохранности имущества, чей незавидный жребий уже, возможно, предрешен? Признаться, неизвестно. Вместе с тем сведения о неразрывности убытков, направляемые постфактум, как находит А. П. Артамонов, приближают появление перестраховочной защиты. Они символизируют собой перечень принятых к страхованию и, одновременно, подлежащих перестрахованию страховых рисков, или, собственно, бордеро¹⁹.

Клубы взаимного страхования, бесспорно, вовлекаются в минимизацию инкорпорированного объема рисков. Перестраховочные выплаты между тем куда эффективнее свидетельствуют в пользу начисленной, а впоследствии возвраща-

емой страхователю премии, достаточно договору потерпеть фиаско. Какой-либо иной исход видится слабым утешением тому, кто уповает на беспристрастное сокращение расходов. Складывается между тем весьма противоречивая процедура, в рамках которой стадии накопления резервов все же суждено благополучно избежать коллизии далеко неоднозначного периода формирования покрытия. Некая отправная сумма изначально успевает сложиться. Однако маловероятно, весьма категорично заявляет Р. Томас, чтобы при исчислении среднего арифметического числа потерь признавались привлекательными сопоставимые усреднения, в том числе и применительно к страховому интересу²⁰.

Признание убытков, как иллюстрирует Международная конвенция о гражданской ответственности за ущерб от загрязнения бункерным топливом от 23 марта 2001 г. (вступила в силу 21 ноября 2008 г.), предоставляется тому, кто вычленил, наконец, страховой риск из сферы общих рисков предпринимательского спектра²¹.

В фундаментальной Конвенции ООН о морской перевозке грузов от 31 марта 1978 г. завуалированно, правда, советовали сконцентрироваться на модификациях из риска неплатежа. Как предполагал М. Мастилл, отправной точкой становится потребность привнесения по умолчанию авансовых платежей в период преимущественно отгрузки партии опасных грузов. Риски в этом случае остаются на собственном удержании у ассоциации P&I при разрушительном характере понесенных потерь²².

Риски утраты экспортных кредитов обособляются окончательным итогом от того же риска неплатежа, но полностью касаются лишь отгруженной продукции. Кредитные риски при этом особо не пугают, хотя очевидна и узость исходного момента — вряд ли они выйдут за пределы портфеля оборотных средств.

Напротив, видимо поэтому, убеждена Д. А. Ждан-Пушкина, первопричиной всему является так называемая «падающая доля». Она подлежит незамедлительному покрытию, но не по каждому страховому случаю, а в силу лишь явного превышения суммы убытка. Именно так катализируются малоочевидные периоды выплаты, включая, разумеется, льготные сроки²³.

²⁰ Thomas R. The modern law of maritime insurance, vol.3. London: Informa Law, 2009. P.78

²¹ International Maritime Organization (IMO). International Convention on Civil Liability for Bunker Oil Pollution Damage (BUNKER), 1969. Entry into force: 21 November 2008. London.

²² M. J. Mustill (Lord Mustill). Introduction in the modern law of marine insurance. London, 2002. P.18

²³ Ждан-Пушкина Д. А. Оговорка о «кассовом убытке» в договоре перестрахования // Законы России: опыт, анализ, практика. 2013. № 7.

¹⁹ Артамонов А. П., Дедиков С. В. Проблема страхового интереса в договорах перестрахования // Законы России: опыт, анализ, практика. 2011. № 11.

Действительно, простое сопоставление рисков трудноуловимо, когда каждый из них приходится рассматривать в аспекте первичных или вторичных из поименованных в договоре страхования убытков.

С уверенностью можно выделить разве что потери, составляющие основу для так называемого «слоя уменьшения», и то поскольку вероятность разделения их клубом взаимного страхования с другими страховыми ассоциациями достаточно велика, а трагичность страхового случая бесповоротна.

Так, незаметно, мы приблизились к диспропорциональности страхового портфеля, лейтмотивы которого предстоит еще предвидеть. Вполне вероятно, что откровенные случайности, в целом имманентные страхованию, возобладают. Ограничения рисков элементарно не преодолеют довлеющего воздействия отголосков той правовой фрагментарности, что были заложены еще Международной конвенцией об унификации некоторых правил о коносаменте применительно к последовательностям преодоления изъятий при уплате страховых платежей. Правила страхования с равной долей уверенности затрагивают и совокупную страховую сумму, что обуславливает предпосылки для формирования потенциальной ответственности страховщика.

В этом плане клубы P&I, не прекословя, возлагают на себя стоимостные лимиты возмещения расходов по структуре пула, но в плоскости прямого избежания рисков они скорее оказываются бессильны. Объекты страхования, разумеется, разноаспектны, однако вовсе не разобщены. Насколько тот или другой из них составляют долю общей суммы ответственности исходя из системности обременений, возникающих при перевозке, трудно достойно оценить. Безусловно, ассоциации взаимных страховщиков предотвращают, в своей ипостаси, страховые случаи с уже застрахованными судами, стремятся всемерно упорядочить процедуру предъявления претензий к судовладельцам так, чтобы определение стоимости страховой защиты вовлекалось беспрепятственно в риск-менеджменте.

Между тем достаточно иной раз проявиться незапланированному расходу, и предварительная подготовка к исчислению выплат по компенсации сразу превращается в ощутимо болезненную процедуру. Как следствие, оценка степени риска становится объектом резкой критики, первопричиной упреков во всеподающем преобладании затрат выше высшего предела, на фоне которых устойчивость ставки премии едва ли заметна.

Остается немного — решиться на вторичное распределение риска, пусть подобным способом, но обеспечить по возможности

и финансовую устойчивость, и рентабельность страховых операций. Страховой портфель, по сути, выводится из-под влияния тяжких страховых случаев, конструируются условия для той подлинной комплексности, исходом которой становится должная оплата сумм страхового возмещения. В Бюллетене корреспондирующих правил страховой защиты The Standart Steamship Owners P&I Club (Bermuda) от 1 января 2014 г. перестрахование части риска преподносится в единственно возможном логическом ключе для восстановления издержек по страховой выплате. Хотя предварительно следует все же удостовериться, подпадают ли основные договоры страхования под неумолимость данной разновидности страховой защиты²⁴.

Но — не откажем себе и в оттенках скепсиса — признаки грядущей угрозы, признание достаточного ей повода менее всего заслуживают сколь-нибудь созерцательной риторики. Осмысление риска, пресловутые количественная и качественные его составляющие, как следует из того же Федерального закона от 2 ноября 2013 г. № 293-ФЗ «Об актуарной деятельности в Российской Федерации», приобретают весьма причудливые очертания.

Предвидим реплики антагонистов — какая-либо сопричастность здесь иллюзорна. Следуя логике статьи 968 ГК РФ, взаимность объединения имущества еще не подразумевает упрочение статута страховщика до пределов indemnity and protection, а надежды на сличение функций приближают разве что к механическому распределению активов. Тем не менее предпосылки восполнения убытков, безусловно, закладываются в том числе и при применении того законодательства, что априори считается востребованным исходя из обстоятельств наступления ущерба. Оно ни в коей степени не противопоставляется компетентному правопорядку государства, где могло бы состояться открытие судебных или арбитражных слушаний, предтеча которых апеллирует к неясности перспективы исполнения обязательств при формировании данной компенсации.

Задумаемся: возможно ли увидеть тогда начала эволюции, применительно к протекающим правовым перипетиям института ответственности перевозчика, а также показать, какое место могли бы занять в них клубы? Казалось бы, эффективность действующих нормотворческих актов неоспорима, тогда как интерпретации страховой защиты, напротив, заслуживают одних лишь отрицательных сентенций.

²⁴ Baere K. de, Verstraelen H. P&I Clubs. Organization / Administration / Ship control. Norwegian Centre for Maritime Insurance. 2014.

Надо подчеркнуть, в данной позиции клубов взаимного страхования ощущается присутствие некой двойственности. С одной стороны, они наиболее остро претерпевают все изъяны конвенционального подхода, особенно те, что невольно приводят к обреченности ожиданий на прекращение сделки коммерческой перевозки сразу по прекращении отгрузки в порту прибытия судна.

В то же время сообщества страховщиков P&I вряд ли в состоянии отказаться и от своей собственной бизнес-стратегии, элементы которой заключаются в грамотной оплате убытков, потерь, включая незаработанные премии. Страховое покрытие создается вне зависимости от первопричины понесенных затрат, а если притязания на разобшение ответственности тому порукой, то клубы, несомненно, вовлекаются в многотрудную миссию расследования случившегося. Важно установить, почему функции перевозчика неожиданно становятся столь противоречивы, что любой из товарораспорядительных документов элементарно потеряется в многообразии модификаций экспортного договора, каждая из которых сопровождается различным описанием пагубных свойств груза в инвойсе продавца.

Полноту картины завершает аргументация Е. Вильгельмсон, призванная поддержать существо понятия фактического перевозчика. По мысли исследователя, ординарный перевозчик никогда не откажется от привилегии обладания коносаментом, поскольку в противном случае процедура удостоверения принятия товарной партии в порту до отправления судна моментально прирастает многообразием презумпций перевозки в движении, отличных от состояний, презюмируемых, соответственно, при выгрузке. Функции фактического перевозчика чаще всего ограничиваются доставкой к терминалу с последующим вовлечением в перевозку агента-экспедитора²⁵.

Настоящее суждение основывается на скрупулезном анализе целого ряда положений Конвенции ООН о международных договорах полностью или частично морской перевозки грузов от 11 декабря 2008 г. В рассматриваемом контексте фактическому перевозчику только и остается, что переключать на распорядителя коносаменту основную долю ответственности, оставляя меньшую ее часть экспедитору.

Как мыслит В. А. Вайпан, подобному исходу не присущи даже опосредованные предпосылки к какой-либо предосудительности. Подразумевается концентрация усилий, призванная защитить интересы грузополучателя,

обеспечить преобладание реального договора перевозки, сконструированного таким образом, чтобы доставка в порт назначения партии конкретного груза все же беспрепятственно произошла²⁶.

С точки зрения А. С. Кокина, категоризация фактического перевозчика больше преисполнена прагматического значения. Он возлагает на себя комплектацию товаров сразу нескольких отправителей в полную, преимущественно контейнерную партию. Ставки таких перевозчиков, в общем, пропорционально ниже, чем позволено получить, оплачивая поконтейнерную отправку. В то время как последняя обходится даже дешевле, чем иная сумма ставок, и служит уверенному покрытию прямых, а также косвенных расходов²⁷.

Между тем получается, что фактический перевозчик работает сродни оператору судоходной дистанции чаще всего на стадии, предшествующей прекращению полномочий. Роттердамские правила здесь неумолимы. Что если чартерному коносаменту будет принадлежать тогда функция ординарной регистрации зафрахтованных объемов и полезных площадей на судне? Сомнительно, что ассоциации взаимного страхования отвергнут предостережение, сформулированное в Резолюции Комитета ИМО по безопасности на море MSC 89/25 от 20 мая 2011 г. «О принятии поправок к Международному кодексу перевозки твердых, насыпных грузов (IMSB Code)», где идентификация угроз притязает на удорожание всей общности сопутствующих перевозке услуг²⁸.

Однако сколь-либо внесистемное перераспределение авансовых поступлений, достаточно ему начаться, клубам P&I явно претит. Статус выгодоприобретателя в сделке, как выясняется с каждым новым нарушением агентского договора, недостаточно определен. В итоге клуб лишается точных сведений о карте своих расходов.

Опасность продолжает оставаться отчасти расплывчатой категорией, сколь ни уповай при этом на максимально взвешенный, предельно точный анализ событий, предшествующих страховому случаю. Какая несчастливая судьба уготована перевозчику, если разница между на-

²⁵ Dr. Ellen Eftest Öil-Wilhelmsson. The Rotterdam Rules in a European multi modal context. Oslo. 2010

²⁶ Вайпан В. А. Правовое регулирование транспортной деятельности // Право и экономика. 2012. № 6. С. 18–42.

²⁷ Кокин А. С., Левиков Г. А. Транспортно-экспедиторские услуги при международной перевозке грузов. М., 2011. С. 8.

²⁸ International Maritime Organization (IMO). MSC 89/25/Add.1 Annex 2. Resolution MSC, 318(89). Adoption of amendments to the international maritime solid bulk cargoes (IMSB) CODE. 20 May 2011. P.25. // International Maritime Organization (IMO). Maritime Safety Committee (MSC), 89th session: 11 to 20 May 2011

рушением правил маневрирования в пределах терминала и небрежным отношением к свойствам груза оказывается ничтожно мала? Перевозчик, разумеется, становится объектом обвинений, между тем сюрвейеру тоже предстоит разделить бремя участи — ему следовало бы полнее заняться освидетельствованием судна перед отбытием.

Клубы взаимного страхования резервируют в этом плане возможные исключения из страхового покрытия, если утрата даже малой части груза оказывается неразрывна с полной потерей судна. Страховая премия вряд ли обременяется более бесконечностью встречного удовлетворения, когда приходится едва ли не перманентно выбирать в пользу обобщения тех сумм, что изначально уплачиваются по договору, и таковых, призванных только преодолевать водораздел между большими, а также малыми ставками страховых платежей.

Обособление родового понятия «ошибка» вместе с тем получает и некий очередной импульс, трудноосязаемый, правда, в деталях. Клубу взаимного страхования, разумеется, созвучны предостережения о недопустимости произвольной, спонтанной квалификации обстоятельств наступления страхового случая. Комиссия ООН по праву международной торговли в материалах 46-й сессии от 26 июля 2013 г. опосредованно, конечно, но призывает никоим образом не отказываться от всестороннего осмысления любого рационального зерна в разноплановой донельзя палитре трагических эпизодов²⁹.

Так закладывается почва для размышлений. Вряд ли приходится сомневаться, сколь серьезна утрата физического контроля над консистенцией партии опасного груза, когда предотвращение образования горючих смесей в непосредственной близости от резервуаров приводит к диаметрально противоположному результату. Но не означает ли столь трагический эпизод, что именно пожары абсолютизируют во многом опасность? Международный кодекс по системам пожарной безопасности (FSS Code), с поправками от 1 июля 2012 г., не случайно рассматривает целостность воздействия взаимосвязанных компонентов. Здесь и задымление, и изменения температурного режима внутрисудовых помещений, и открытое пламя, наконец. Каждый из этих признаков обладает безусловным вредоносным эффектом³⁰.

Клубы взаимного страхования всецело на стороне перевозчика, они делегируют все мыслимые ограничения ответственности, в противном случае вероятность утраты фрахта только возрастет. Морские происшествия, вне зависимости от фабулы инцидента и проблем грузовой партии, апеллируют к частным нормам титульного, обязательственного права, которые не довлеют над правопорядком *erga omnes* (без исключений, против всех). Следовательно, исчезает необходимость ссылаться на положения договора, как на едва ли не подменяющие собой нормы закона.

Перенесение ответственности на любого участника транспортной операции, стоит тому пусть отчасти, но умалить интересы приобретателя партии опасных грузов, скажем, подвигнуть к преобразованию того же коносамента в необоротную накладную, несомненно, преподносится как отображение многообразия труднопредсказуемости. Позиция клубов взаимного страхования явно дисгармонизирует с ожиданиями держателя ордера документа, более того, отчетливо видится пассивной. Она состоит в поддержании гарантий непреложности покрытия убытка. Однако особенные свойства груза вполне могут подтолкнуть клубы к последующему, но уже менее популярному решению: искусственному снижению стоимости страхования вплоть до обретения уверенного лимита и в этой сфере.

Конечно, склонность сообщества страховщиков манипулировать удержаниями собственных средств означает для него закономерное приближение утраты рыночных позиций. Вместе с тем ощутить присутствие логики в событиях, когда субъекты правоотношений слишком произвольно квалифицируют степень участия каждого из них в осуществляемой транспортной операции, тоже бывает непросто. Чем, спрашивается, руководствуется судовладелец, когда внезапно заявляет о своих притязаниях на право именоваться также и в статуте перевозчика? Вероятно, им движет желание приобщиться к наиболее оптимальным для себя условиям фрахтования по стоимости (*ad valorem*). Между тем экономии клуба на страховании подобное намерение явно не способствует. Становится уязвимой, как предвидела еще Девятнадцатая сессия Рабочей группы по вопросам унификации транспортного права под эгидой Комиссии ООН по праву международной торговли

²⁹ The Report of the United Nations Commission on International Trade Law. Forty-sixth sessions (8–26 July 2013). United Nations. New York, 2013. P. 78.

³⁰ International Code for Safety Systems. International maritime organization. (IMO). 2007. Fire: Vol. 4, No. 1. P. 111 ; International maritime organization — IMO. Maritime Safety Committee (MSC), 88th session: 24 November — 3 December 2010 ; Mandatory fire test

procedures Code adopted by IMO Maritime Safety meeting. The 2010 FTP Code, along with relevant SOLAS amendments to make it mandatory, was adopted, with an expected entry into force date of 1 July 2012 ; Sub-Committee on Fire Protection (FP), 55th session: 25 to 29 July 2011.

(от 20 апреля 2007 г.), и позиция чартера Су/Ор 7, по крайней мере в той ее части, где предполагаются долевые выплаты фрахтовых платежей³¹.

Резюмируя, заметим, что при наступлении инцидента проще всего увидеть, насколько воплощение сопутствующих обязательств прослеживается в фабуле последовавшего деликта. Определение юридической ответственности как первопричины страхования в трансграничной морской перевозке опасных грузов все же пока представляется фрагментарным. Можно выделить лишь несколько сложных юридических составов; право, подлежащее применению, занимает здесь глубоко неординарную позицию, поскольку принятие к оценке рисков зримо препятствует осмыслению обстоятельств их наступления. Неочевидный зачастую характер документооборота тоже вносит свои разночтения в процедуру наделения ответственности. Правовая констатация несовпадений расчетных отгрузочных единиц за товарную позицию в грузовом манифесте опосредует те объективные предпосылки страхового события, которые должны быть досконально и заблаговременно известны. Но что если ведущие функции тех или иных лиц в утрате груза или фрахта недвусмысленно тогда укажут на ведущую роль в страховом событии того перевозчика, который и не распорядился коносаментом вовсе, а всего лишь возложил на себя исполнение фидуциарных, доверительных обязанностей применительно к выплатам, доходам и долгам?

Эпизоды классического расщепления права собственности, появления внешне обоим титулов общего права и, соответственно, права справедливости тоже весьма многочисленны. Равное право собственности (title equitable) предполагает наличие лица, поименованного в коносаменте в качестве непосредственного исполнителя договора об оказании услуг. Грузополучателю остается лишь представить перевозчику некий документ, подтверждающий сдачу груза строго по месту его назначения. Но утверждается литаким образом правовой статус получателя, приобретает ли перевозчик возможность требовать что-либо с обозначенного лица, если перевозка закончится неудачей, — эти вопросы пока остаются без ответа.

Трудно в этой связи исключить своеобразие защитной реакции, когда участие в сделке подталкивает к признанию несбыточности ограничений по ответственности. Опасения из преобладания высоких ставок страховых платежей, в свою очередь, предопределяют модификации в духе пленительной толерантности, ценовой составляющей страхового или транспортного контрактов настолько, чтобы прийти, наконец, к полномасштабной ревизии ущерба. Небезынтересна и перспектива погашения ценовой разницы полностью перевозчиком. К этому времени потерпевшие успеют уже заявить в порядке регресса о нарушениях своих объективных прав. Страховщикам тогда, чтобы обеспечить переуступку кредита по обязательству, предстоит довольствоваться суброгацией, хотя и регрессные требования тоже останутся неотчуждаемыми.

³¹ United National (UN). DOC. A/CN.9/WG.III/WP.85. 20.04.2007.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. *Абрамова Е. Н., Аверченко Н. Н., Арсланов К. М.* Комментарии к Гражданскому Кодексу Российской Федерации. Часть вторая : учебно-практический комментарий / под ред. А. П. Сергеева. — М., 2010.
2. *Архипова А. Г.* Особенности страхового покрытия, предоставляемого английскими клубами взаимного страхования // Юридическая и правовая работа в страховании. — 2009. — № 2.
3. *Артамонов А. П., Дедиков С. В.* Проблема страхового интереса в договорах перестрахования // Законы России: опыт, анализ, практика. — 2011. — № 11.
4. *Горбачева С. С.* Формы осуществления страхования гражданско-правовой ответственности судовладельцев // Законодательство. — 2012. — № 8.
5. *Ждан-Пушкина Д. А.* Оговорка о «кассовом убытке» в договоре перестрахования // Законы России: опыт, анализ, практика. — 2013. — № 7.
6. *Кокин А. С., Левиков Г. А.* Транспортно-экспедиторские услуги при международной перевозке грузов. — М., 2011.
7. *Baere K. de, Verstraelen H.* P&I Clubs. Organization / Administration / Ship control. Norwegian Centre for Maritime Insurance. 2014.
8. *McGuire Ch.* The Nonexistence of Sustainability in International Maritime Shipping: Issues for Consideration // Journal of Sustainable Development. — February 2011. — Vol. 4. — No. 1
9. *Dontoh A. Rutgers B. S.* Financial Statements Insurance. — New York, 2010.
10. *Mudric M.* The International Liability Funds In the Maritime Field / Max Planck Institute for Comparative and International Private Law. — Hamburg. 2009.
11. *Radovich J. M.* Harmonization of the Pollution Schemes of the Countries Related to the waterway Hidrovia Paraguay-Parana // Comite Maritime International. CMI Yearbook 2010 Annuai Rep. 547.

12. *Thomas R.* The modern law of maritime insurance, vol. 3. — London: Informa Law, 2009.
 13. *Dr. Ellen Eftest Öl-Wilhelmsson.* The Rotterdam Rules in a European multi modal context. — Oslo, 2010.

Материал поступил в редакцию 15 ноября 2014 г.

PRESUMPTION OF MUTUAL INSURANCE FOR TRANSBOUNDARY CARRIAGE OF DANGEROUS GOODS BY SEA

Skachkov Nikita Gennadievich — PhD in Law, Associate Professor of the Department of Private International Law, Kutafin Moscow State Law University (MSAL)
 [skanic@mail.ru]
 123995, Russia, Moscow, ul. Sadovaya-Kudrinskaya, d. 9.

Review. *Transboundary carriage of dangerous goods by sea predisposes to the appearance of a multi-level insurance coverage; it is enough to realize how the replenishment of losses is linked to the scale of the risk. Any decisions of strategic management are in demand in order to come to the pool nature of the insurance function formed from a sum of the accumulation of payments for compensation. Axiomatics of the Protection and Indemnity Club claims for maximum reliability.*

Clubs are hardly limited to only one array of forward transactions. The distribution of the total mass loss simply does not have to be excluded. Differentiation of hazards may be tangibly significant. Coverage is burdened by payments involving various degrees of financial sophistication. Mutual insurance is undoubtedly a good alternative in this case. Still, P&I Clubs are present only if the excess of expenditure over income turns into disastrous devaluation of premiums.

Protection and indemnity clubs use dominant insurance contracts. They are free from finding any special advantage in terms of the minimum security when the premiums are determined with a certain adjustment for incomplete coverage. The ratio between the actual costs of dangerous goods is so subtle that no single method of notification of the state of risk reserve does not meet the insurance product line.

Protection and indemnity clubs favor the accrued and subsequently returned premiums to the insured than providing impartial spending cuts. One gets a very controversial procedure, in which the stage of accumulation of reserves is still undergoing far-controversial period of the formation of the coverage.

Keywords: *maritime insurance, the insured amount, coverage, mutual insurance pool, the actual carrier, the insurance protection, to mitigate risks, general insurance policy*

BIBLIOGRAPHY

1. *Abramov E.N., Averchenko N.N. Arslanov K.M.* Comments to the Civil Code of the Russian Federation. Part Two: tutorial and practical comment, Sergeev A.P. (ed.), Moscow, 2010.
2. *Arhipova A.G.* Peculiarities of insurance coverage provided by English clubs of mutual insurance, The legal work in insurance, 2009. № 2.
3. *Artamonov A.P., Dedikov S.V.* The problem of insurable interest in the contracts of reinsurance, Laws of Russia: experience, analysis, and practice, № 11. 2011.
4. *Gorbachev S.S.* Forms of insurance of civil liability of shipowners, Legislation, 2012. № 8.
5. *Zhdan-Pushkina D.A.* "Cash losses" clause in a reinsurance agreement, Laws of Russia: experience, analysis, and practice, 2013. № 7.
6. *Kokin A.S., Levikov G.A.* Freight forwarding services for international transport of goods M., 2011.
7. *K. de Baere, H. Verstraelen.* P&I Clubs. Organization / Administration / Ship control. Norwegian Centre for Maritime Insurance. 2014.
8. *Chad McGuire.* The Nonexistence of Sustainability in International Maritime Shipping: Issues for Consideration. Journal of Sustainable Development; February 2011. Vol. 4, No. 1
9. *A. Dontoh, B.S. Rutgers.* Financial Statements Insurance. New York, 2010.
10. *M. Mudric.* Animals in International Liability Funds In the Maritime Field. Max Planck Institute for Comparative and International Private Law, Hamburg. 2009.
11. *Jorge M. Radovich.* Harmonization of the Pollution Schemes of the Countries Related to the waterway Hidrovia Paraguay-Parana. Comite Maritime International. CMI YEARBOOK 2010 ANNUAL REP. 547
12. *Thomas R.* The modern law of maritime insurance, vol.3. London: Informa Law, 2009.
13. *Dr. Ellen Eftest Öl-Wilhelmsson.* The Rotterdam Rules in a European multi modal context. Oslo. 2010

Ю. К. Цареградская*

ИНСТИТУТ ГОСУДАРСТВЕННОГО ДОЛГА В ВЕЛИКОБРИТАНИИ: СТАНОВЛЕНИЕ И РАЗВИТИЕ ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ

Аннотация. Рассматривается эволюция развития института государственного долга Великобритании и его правового регулирования, начиная с правления Вильгельма III и до наших дней. Указывается, что многие инструменты современной долговой политики государства, в частности виды государственного долга (внутренний и внешний), формы и виды государственного кредита (государственные займы, государственные облигации, срочные и др.), органы управления государственным долгом, юридически были оформлены в разные периоды развития государства. Интересным фактом в исследовании эволюции развития института государственного долга в Великобритании является то, что в основу официальной государственной бюджетной и долговой политики были положены теории Дж. Кейнса и Р. Барро, создавшие механизм эффективного управления государственным долгом. В статье раскрываются модели управления государственным долгом, среди которых в настоящее время в мировой практике используются три основные: традиционная, альтернативная и промежуточная. Традиционная модель построения системы органов государственной власти предполагает ведущую роль Министерства финансов или Казначейства. Альтернативная модель функционирует на основе делегирования полномочий по заимствованию денежных средств относительно независимым органам — агентствам по управлению государственным долгом. Комплексная модель характеризуется разделением функций по управлению государственным долгом между Министерством финансов и центральным банком. Опыт функционирования и управления государственным долгом Великобритании позволяет автору сделать выводы о том, что его эволюция аналогична эволюции данного института в России, следовательно, необходимо заимствовать и альтернативную модель управления государственным долгом, характеризующуюся наличием специально созданного органа управления государственным долгом, который функционирует в Великобритании при Министерстве финансов — Офис управления государственным долгом (*Debt Management Office*).

Ключевые слова: Великобритания, государственный долг, внешний долг, внутренний долг, государственный кредит, финансовое право, долговая политика, бюджет, финансы, управление государственным долгом.

DOI: 10.17803/1729-5920.2015.109.12.116-124

© Ю. К. Цареградская, 2015

* Цареградская Юлия Константиновна, кандидат юридических наук, доцент кафедры финансового права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА)
[uliacar2008@rambler.ru]

123995, Россия, Москва, ул. Садовая-Кудринская, д. 9

Становление и развитие государственного долга в зарубежных странах целесообразнее рассмотреть на примере Великобритании как страны, имеющей длительную практику функционирования государственного долга и управления им. Данный правовой анализ института государственного долга Великобритании позволит выявить общие тенденции развития государственного долга во многих странах мира, в том числе и в Российской Федерации, а также будет способствовать совершенствованию правового регулирования данного института в российской практике долговой политики.

Рассматривая становление и развитие государственного долга Великобритании, следует отметить, что факт его появления привел к созданию центрального банка и банковской системы Англии. В конце XVII века в стране появляется учреждение, предназначенное для кредитования правительства, так как Вильгельму III необходимы были средства для финансирования войны против Франции¹. Он привлекает синдикат городских трейдеров и продавцов, предлагая им вложить деньги в финансирование государственных нужд, что и послужило причиной образования государственного долга. Позже данный синдикат превратился в Банк Англии, который финансировал войны и имперские завоевания Великобритании. Билль об Учреждении банка был разработан Чарльзом Монтегю в 1694 году, он предусматривал кредит правительству в 1,2 млн фунтов в обмен на объединение подписчиков в Банк Англии с долгосрочными банковскими привилегиями, включая выпуск банкнот². Основание Банка Англии положило конец дефолтам, таким как, например, Великая остановка Казначейства 1672 года, когда Карл II приостановил выплаты по своим счетам. С момента его создания британское правительство стало состоятельным в вопросах погашения требований кредиторов. В последующем другие страны Европы организовали аналогичные финансово-кредитные учреждения для управления государственным долгом.

Следующим этапом в развитии управления долговой политикой в Великобритании является идея отложенного фонда в бюджетных отношениях. В 1716 году Роберт Уолпол впервые ввел отложенный фонд (ставший основой для многих современных фондов, в том числе российского Резервного фонда), представлявший

собой запас денежных средств, используемый, в частности, для финансирования государственного долга. Однако он не всегда использовался по назначению и вскоре был растрочен, но его создание послужило основой системы, которая в дальнейшем и в разных формах считалась самой эффективной системой снижения долга³.

В начале 1770-х годов Ричард Прайс восстановил отложенный фонд в качестве средства для погашения государственного долга. В 1786 году, по настоянию премьер-министра Уильяма Питта, парламент принял Закон о сокращении национального долга, утвердивший отложенный фонд в размере 1 млн фунтов стерлингов ежегодно, и передал его под контроль Комиссии по сокращению национального долга⁴. Британский отложенный фонд просуществовал как независимый институт до 1829 года. Несмотря на длительную дискуссию о его необходимости, в которой с критикой фонда участвовал и Д. Риккардо, данный фонд был ликвидирован⁵. Тем не менее отмена отложенного фонда сохранила правило использовать излишки, оставшиеся к концу финансового года в Казначействе, для погашения долга⁶. Со временем была ликвидирована и Комиссия по сокращению национального долга, а Закон 1968 года о национальных займах устранил и все последствия классической концепции отложенного фонда.

История Великобритании свидетельствует о том, что увеличение государственного долга с момента его становления происходило в связи с тем, что Англия увеличивала военные расходы и расходы на расширение своих территорий за счет освоения колоний. Подтверждение тому — данные о размере государственного долга в XIX–XX вв.⁷ (см. табл. 1).

Из приведенных данных видно, что в 1815 году, в конце наполеоновских войн, государственный долг Великобритании достиг само-

¹ См.: UK total government debt since 1692 // URL: http://www.ukpublicspending.co.uk/uk_national_debt (дата обращения: 22 января 2015 г.).

² Bank of England Act 1694 // URL: <http://www.legislation.gov.uk/aep/WillandMar/5-6/20/contents> (дата обращения: 22 января 2015 г.).

³ См.: *Bastable Ch.* Public Finance. Macmillan and Co., Limited. 1917. Library of Economics and Liberty, Paragraph V.III.4 // URL: <http://www.econlib.org/library/bastable/bastbPF0.html> (дата обращения: 23 марта 2015 г.).

⁴ *Swanson D., Trout A.* Alexander Hamilton's Hidden Sinking Fund. The William and Mary Quarterly. January 1992. Pp. 108–110.

⁵ Д. Риккардо утверждал, что при сбалансированном бюджете отложенный фонд становится обузой для государства, поскольку в нем нет необходимости, однако как независимый институт, обладающий активами, он становится интересен и его начинают использовать в качестве обеспечения новых займов.

⁶ *Bastable Ch.* Public Finance. Macmillan and Co., Limited. 1917. Library of Economics and Liberty, Paragraph V.III.17 // URL: <http://www.econlib.org/library/bastable/bastbPF0.html> (дата обращения: 23 марта 2015 г.).

⁷ См.: *Mitchell B. R.* British Historical Statistics, Cambridge, 1988. Pp. 600–3, 822, 832–4; Monthly Statistics of Public Sector Finances, Government Statistical Services, Methodology Series, No 12, Table D4.

Таблица 1

Государственный долг Великобритании в XIX–XX вв.

Год	Размер государственного долга (млн фунтов стерлингов)	Соотношение государственного долга к ВВП (%)
1816	0,780	260
1914	0,620	24
1919	7,410	127
1923	7,730	176
1929	7,490	158
1933	7,630	179
1939	8,150	137
1945	21,400	225
1970	33,100	67
1980	95,300	43
1990	193,000	35
2000	426,000	45
2010	1,071	75

говысокозначения — 260% от ВВП. Последующие годы Великобритания не участвовала в войнах, следовательно, размер долга сократился и стал равен 24 % ВВП. В 1914–1918 годах начинается финансирование войны и долг увеличивается в 12 раз, но так как уровень цен удвоился, долговое отношение повысилось только до 127 %. В послевоенные годы принимаются меры по сбалансированию бюджета, но из-за сокращения размера ВВП долговое отношение повысилось. Учитывая большой размер долга, в 1928 году несколько анонимных благотворителей внесли в государственную казну 500 000 фунтов стерлингов (26 млн современных фунтов стерлингов) для погашения национального долга. Данный поступок был отмечен как признак современного британского менталитета⁸.

Радикальные изменения в экономической и долговой политике происходят в 1939–1945 гг., что было обусловлено финансированием войны и разработкой теории Дж. Кейнса, предусматривающей эффективное ее финансирование⁹.

В «Общей теории» (1936) и «Как заплатить за войну» (1940) Дж. Кейнс рассматривает новые подходы в экономике¹⁰. Кейнсианская теория государственных финансов отвергала идею сбалансированного бюджета, легализуя бюджетные дефициты для стимулирования экономики. По его мнению, в условиях кризиса госу-

дарство должно сокращать налоги и увеличить расходы государственного бюджета, допуская бюджетный дефицит и увеличивая государственный долг, тем самым усиливая дополнительный спрос в экономике. Дж. Кейнс считал, что увеличение государственных расходов предпочтительнее осуществлять за счет кредитного финансирования, а не за счет увеличения налогов. Подобная форма государственного вмешательства предполагает рост задолженности, таким образом, государственный долг становится неотъемлемой частью государственной экономической политики. Кейнсианская теория, безусловно, оказала огромное влияние на развитие теории и практики функционирования государственного долга и обусловила возникновение различных бюджетных концепций. В Великобритании при принятии государственного бюджета на 1941 год кейнсианская доктрина была принята как официальная, и государственный долг становится неотъемлемой частью государственной экономической политики Великобритании.

С 1945 до 1970 год подобная политика привела к сокращению отношения долга к ВВП от 225 % до 67 %¹¹. Между 1970 и 2010 годами наметилась тенденция к увеличению и государственного долга, и ВВП — в 32 и 28 раз соответственно¹².

В 1970–1980-е годы в Великобритании актуализируются проблемы бюджетного дефицита, увеличиваются темпы прироста государственной задолженности, и в основе политики по

⁸ См.: UK total government debt in the 20th century // URL: http://www.ukpublicspending.co.uk/uk_national_debt (дата обращения: 22 января 2015 г.).

⁹ См.: *Mitchell B. R.* British Historical Statistics. Cambridge University Press, 1988. P. 600.

¹⁰ См.: *Keynes J. M.* The General Theory of Employment Interest and Money. London, 1936; *Keynes J. M.* How to pay for the War: a Radical Plan for the Chancellor of the Exchequer. London, 1940.

¹¹ См.: *Dow.* The Management of the British Economy, 1945–60. Cambridge, 1964. P. 7.

¹² *Seater J. J.* The Market Value of Outstanding Government Debt, 1919–1975 // Journal of Monetary Economics. July 1981. № 8. Pp. 90–91, 98–99.

управлению государственным долгом начинают преобладать взгляды Д. Рикардо и Р. Барро, характеризующиеся анализом долгосрочных последствий государственной задолженности в рамках теоремы эквивалентности Рикардо — Барро.

По мнению Р. Барро, государственный долг и бюджетный дефицит не оказывают влияния на экономику как в краткосрочный, так и долгосрочный периоды, что и отличает его теорию от кейнсианства¹³. Р. Барро считает, что снижение налогов при неизменных государственных расходах увеличивает государственный долг. Следовательно, если снизятся налоги, то население необязательно увеличит потребление и снизит сбережения, поскольку граждане понимают — снижение налогов в настоящее время обернется их повышением в будущем. Поэтому, прогнозируя свое будущее, население не уменьшит сбережения при снижении налогов, а будет копить деньги, оставляя их потомству. Таким образом граждане, по мнению Р. Барро, воспринимают финансирование государственных расходов за счет роста государственной задолженности (размещения облигаций). А это рассматривается как налоги, которые мы платим сегодня или будем платить завтра, поскольку долг необходимо обслуживать и погашать¹⁴. Вышеизложенная теория Р. Барро закладывается в практику функционирования государственного долга в Великобритании в последующие годы, сменяя официальную доктрину кейнсианства¹⁵.

Исторически, как уже было сказано выше, управление государственным долгом Великобритании изначально осуществлял Банк Англии. Позже с созданием Министерства финансов Великобритании и в результате финансовой реформы в 1997 году функции Банка Англии как агента правительства по управлению государственным долгом, продаже государственных сертификатов, надзору за рынком сертификатов и управлению наличностью были переданы данному Министерству. С 1 апреля 1998 года в Министерстве финансов Великобритании был организован Офис управления государственным долгом (Debt Management Office, DMO).

В настоящее время специальные государственные органы по управлению государственным

долгом существуют во многих странах мира, как свидетельствует международный опыт в сфере управления государственным долгом, сформировались разные модели организационной структуры данного управления, включающие в себя органы государственной власти общей компетенции и специальные государственные органы по управлению государственным долгом. Анализ данных органов управления позволяет выделить три модели организационной структуры управления государственным долгом: традиционную, альтернативную и промежуточную.

Традиционная модель построения системы органов государственной власти, связанная с управлением государственным долгом, предполагает ведущую роль Министерства финансов или Казначейства. В ряде стран (США, Франция, Канада, Германия и др.) при данных органах образуют отдельные подразделения (офисы), основные функции которых сводятся к управлению государственным долгом. Офис управления государственным долгом (Debt Management office) — это юридическое лицо, бюджетная организация с отдельными признаками коммерческой структуры. Например, в США — Бюро государственного долга в структуре Федерального казначейства, во Франции — специальное подразделение Министерства экономики и финансов.

Альтернативная модель организации системы управления государственным долгом предполагает делегирование полномочий по заимствованию денежных средств относительно независимым органам — агентствам по управлению государственным долгом. Подобные агентства существуют в Азербайджане, Швеции, Ирландии, Новой Зеландии и других странах. Данные долговые агентства подотчетны министру финансов, осуществляющему общий мониторинг деятельности агентства и устанавливающему стратегические рамки долгового управления в стране на текущую перспективу. Непосредственное управление деятельностью агентства возложено на главу данного органа. Например, в Швеции управление государственным долгом возложено на Национальное долговое управление, являющееся полунезависимой структурой в рамках Казначейства¹⁶.

Третья модель — комплексная, предполагает разделение функций по управлению государственным долгом между Министерством финансов и центральным банком. Данный под-

¹³ Мартыанов А. В. Воззрения классических экономистов на государственный долг // Финансы и кредит. 2008. № 21 (309). С. 46—47; Seater J. J. Ricardian Equivalence // Journal of Economic Literature. March 1993. № 31. Pp. 142—190.

¹⁴ The Impact of Social Security on Private Savings — Evidence from the U.S. Time Series, American Enterprise Institute, Washington, D.C., 1978.

¹⁵ См.: Barro R. J. The Ricardian Approach to Budget Deficits // Journal of Economic Perspectives. Spring 1989. № 3. Pp. 37—54.

¹⁶ См.: Шохин С. О., Махмутова Э. Х. Управление государственным долгом // Финансы. 2002. № 12. С. 27; Цареградская Ю. К. Управление государственным внешним долгом в современной России: подходы и тенденции развития // Актуальные проблемы российского права. 2013. № 3. С. 279.

ход нашел практическое воплощение в Италии, Голландии, Великобритании. В Италии управление государственным долгом осуществляет специально созданный Экспертный совет по внешнему долгу, в Голландии — Агентство по управлению государственным долгом Министерства финансов, в Великобритании — вышеупомянутый Офис управления государственным долгом.

Создание и переданные полномочия данного Офиса закреплены Меморандумом между Министерством финансов Великобритании и Офисом управления государственным долгом (Memorandum of HM Treasury, UK Debt Management Office, national savings and national investments and credits of Office). Данный документ закрепляет, что вновь созданное агентство будет регулировать денежные операции и управлять государственным долгом с момента его создания и входить в структуру Министерства финансов. Банк Англии при этом сохраняет полномочия по эмиссии денег и является агентом DMO по валютному регулированию¹⁷. Первоначально DMO объявило, что будет использовать государственные облигации для регулирования денежных операций, это повлекло увеличение запланированного выпуска данных облигаций. Однако в 1998—2001 годах бюджет Великобритании был профицитным, что привело к снижению объемов выпуска государственных облигаций, поскольку в этот период объем погашаемых облигаций превышал объем выпускаемых.

В своей деятельности DMO учитывает рекомендации, разработанные Международной организацией высших органов финансового контроля (ИНТОСАИ). Данные рекомендации касаются нормативно-правовой базы, регулирующей долговые отношения при выборе методов управления государственным долгом.

Как указывает Комитет по государственному долгу стран — участниц ИНТОСАИ, национальная законодательная база должна определять следующие векторы:

- политику и стратегию государственного долга;
- определение целей и направлений использования долга;
- наличие специальной организации или федерального агентства, уполномоченного на получение кредитов от имени государства и организации выплат по долгу;
- субъектов, ответственных за одобрение получаемых долговых контрактов и уполномоченных на их подписание;

- субъектов, ответственных за учет и управление государственным долгом;
- условия, при которых федеральный орган исполнительной власти может выступать в качестве гаранта;
- публичность и прозрачность в отношении информации о государственном долге, в частности публикация отчетов по управлению государственным долгом.

При определении наиболее эффективных методов управления государственным долгом ИНТОСАИ рекомендует учитывать следующие аспекты:

- долговая стратегия должна составляться федеральным органом исполнительной власти до возникновения долгового обязательства;
- сформировавшаяся структура и состав долга должны соответствовать выработанной долговой стратегии;
- управление государственным долгом должно включать в себя оценку риска, направленную на поддержание долговой стратегии;
- должны выбираться благоразумные методы управления государственным долгом;
- должны быть организованы надлежащий учет, мониторинг и контроль за управлением государственным долгом¹⁸.

Таким образом, Рекомендации ИНТОСАИ при организации процесса управления государственным долгом предлагают всем органам власти, в том числе и DMO, ориентироваться в своей деятельности на принципы плановости, гласности, единства учета и долговой политики, снижения рисков и оптимальности.

По мнению некоторых английских экономистов, на сегодняшний день долговая политика Великобритании является удовлетворительной, а меры по уменьшению расходов бюджета считаются необоснованными, в частности из-за того, что они могут привести к сокращению финансирования социальных статей расходов. Несмотря на подобную оценку экономической ситуации в стране, с 2010 года Правительство Великобритании начало осуществлять политику по сокращению бюджетного дефицита. 22 июня 2010 года премьер-министр Д. Кэмерон на заседании Парламента официально заявил: «В настоящее время мы имеем чрезвычайный бюджет, таким образом, позвольте мне говорить явно о чрез-

¹⁷ См.: Memorandum of HM Treasury, UK Debt Management Office, national savings and national investments and credits of Office // URL: <http://www.parliament.uk> (дата обращения: 25 декабря 2014 г.).

¹⁸ См.: Руководство по определению и раскрытию государственного долга: материалы заседания Комитета высших органов финансового контроля (ВФОК) по государственному долгу. 2003. Февраль; Брагинская Л. С. Государственный долг: анализ системы управления и оценка ее эффективности // URL: <http://www.universalinternetlibrary.ru/book/49925/ogl.shtml> (дата обращения: 7 сентября 2015 г.).

Таблица 2

Размер долга и соотношение его к ВВП в некоторых странах Европы в 2010 году (%)

№ п/п.	Страна	Размер долга по отношению к ВВП	Дефицит (–) или профицит (+) по отношению к ВВП	Отношение налогообложения к ВВП
1	Дания	44	–2,6	56
2	Швеция	40	+0,2	53
3	Германия	83	–4,3	44
4	Великобритания	80	–10,3	40
5	Франция	82	–7,1	50
6	Испания	61	–9,3	36
7	Португалия	93	–9,8	42
8	Италия	118	–4,6	46
9	Греция	145	–10,6	40
10	Евросоюз	80	–6,6	44

вычайной ситуации, с которой мы сталкиваемся. Коалиционное правительство унаследовало от предшественников самый большой бюджетный дефицит экономики в Европе, за исключением Ирландии. Один фунт из четырех, которые мы тратим, одалживается. Следовательно, наш план — уменьшить рекордный дефицит в тот момент, когда страх об устойчивости большого размера государственного долга оправдан, поскольку присутствует риск невозможности европейских экономических систем. Проблемы ликвидности и платежеспособности банковских систем повлекли вопросы о ликвидности и платежеспособности некоторых правительств, которые поддерживают те банки. Я не хочу, чтобы подобные вопросы когда-либо возникали в отношении нашей страны. Именно поэтому мы и установили такой курс бюджетной политики»¹⁹.

Данная позиция Правительства Великобритании была воспринята неоднозначно, в частности Р. Нейлд утверждает, что намеченное сокращение бюджетного дефицита оправдано лишь частично, а осуществление доктрины сбалансированного бюджета Великобритании обусловлено паническим предположением о том, что данная политика поможет предотвратить потерю уверенности в погашении государственного долга²⁰. По его мнению, для принятия подобных мер необходимо учитывать статистику по другим европейским странам в отношении долговой политики (см. табл. 2)²¹.

¹⁹ См.: Hansard col. 166 // URL: <http://www.parliament.uk/documents> (дата обращения: 19 января 2015 г.).

²⁰ См.: Neild R., The National Debt in Perspective // URL: http://www.res.org.uk/view/article5jan_12Correspondence.html (дата обращения: 24 декабря 2014 г.).

²¹ См.: Eurostats and Transparency International's Corruption Index // URL: http://www.res.org.uk/view/article5jan_12Correspondence.html (дата обращения: 25 декабря 2014 г.).

Из данной таблицы видно, что лучшие показатели у двух стран — Дании и Швеции, в которых государственный долг относительно ВВП низкий, приближен к 40 %, а бюджет близок к балансу.

Следующие по показателям страны — Великобритания, Франция и Германия. Уровень государственного долга к ВВП около 80 %, присутствуют бюджетные дефициты, в частности британский дефицит является самым большим — в 10,3 %, а налогообложение является самым низким в процентах к ВВП среди двух других стран.

Далее следуют Испания и Португалия, с довольно высокими бюджетными дефицитами около 10 % ВВП; долг составляет 61 % ВВП в Испании, 93 % — в Португалии.

Последними в таблице представлены Италия и Греция. Самая сложная экономическая ситуация в Греции: долг 145 % ВВП, дефицит 10,6 % и низкие налоговые поступления. Показатели Италии немного лучше: долг в 118 % ВВП, дефицит менее чем 5 % и налоговые поступления в 45 % ВВП.

Таким образом, видим, что политика Правительства Великобритании по сокращению бюджетного дефицита оправданна, поскольку по его уровню страна близка к Испании, Португалии и Греции — к странам, находящимся в экономическом кризисе и не способным к погашению государственного долга.

Увеличение размера государственного долга происходит, как правило, за счет превышения объемов размещаемых долговых ценных бумаг над объемами погашаемых долговых ценных бумаг в течение текущего года. Как свидетельствует статистика, объемы погашения долговых ценных бумаг в последние годы недостаточно высокие, что подтверждают и данные о низких процентных платежах по ним. В 1980–1990 гг.

подобные платежи составляли около 4,5% от ВВП, к 2010 году они понизились до 2% ВВП, к 2015—2016 годам прогнозируется незначительное повышение до 3,5% ВВП²². Основной причиной увеличения размера государственного долга является необходимость покрытия растущего бюджетного дефицита Великобритании. По данным отчета Управления бюджетной ответственности Великобритании (The Office for Budget Responsibility, OBR), в 2014 году размер британского государственного долга составил 1,273 трлн фунтов стерлингов, что составляет 76,1% ВВП, в 2015 году объем государственного долга планируется увеличить до 1,36 млрд фунтов стерлингов, что составит 77,3 % от ВВП²³. Исходя из этого, в 2014 году стоимость обслуживания долгов страны составила 52,1 млрд фунтов стерлингов, или около 1 млрд фунтов стерлингов в неделю, в последующие годы сумму по выплате процентов прогнозируют увеличить до 70 млрд фунтов стерлингов²⁴. Учитывая данную статистику, в отчете Управления бюджетной ответственности Великобритании указывается, что правительство не имеет долгосрочной политики по уменьшению соотношения размера государственного долга по отношению к ВВП. В будущие периоды, 2019–2020 гг., планируется дополнительное ужесточение бюджетно-налоговой политики с целью снижения соотношения государственного долга до 60 % ВВП, а к 2063–2064 гг. — до 40%²⁵.

На сегодняшний день в структуре государственного долга Великобритании, как и во многих других странах, выделяют два вида долга: внешний долг (external debt) и внутренний долг (internal debt), причем размер внешнего долга превышает размер внутреннего долга в 2 раза, однако следует отметить, что наметилась тенденция к сокращению данного соотношения²⁶.

Государственные обязательства по этим видам долга существуют в следующих формах: — векселя, которые подразделяются на казначейские векселя (treasury bills) и коммерческие векселя (commercial bills);

- государственные облигации (government bond), которые могут быть краткосрочными, среднесрочными и долгосрочными;
- правительственные ценные бумаги (govt securities).

Все ценные бумаги, функционирующие в рамках государственного долга, делятся по срокам:

- а) менее 5 лет,
- б) 5–15 лет,
- в) 15–25 лет,
- г) более 25 лет²⁷.

Доля иностранных инвесторов–держателей ценных бумаг составляет около 30 % в общем объеме государственного долга.

Таким образом, более чем 250 лет национальный долг Великобритании формировался исключительно за счет увеличения расходов на финансирование военных действий. Впервые в истории Англии национальный долг начал расти в мирное время в начале 1980-х годов (исключение — относительно недорогая Фолклендская война) и продолжает увеличиваться в настоящее время из-за увеличения финансирования социальных расходов государства.

Исходя из вышесказанного, приходим к следующим выводам:

История становления и развития государственного долга в зарубежных странах, как показывает пример Великобритании, начинается с привлечения дополнительных денежных средств в бюджет государства для финансирования военных действий, что достаточно схоже и с появлением данного института в Российской империи²⁸. Государства для этих целей прибегают к использованию следующих форм: внешнему займу или выпуску государственных облигаций.

Великобритания является лидером в управлении государственными финансами благодаря применению на практике экономических подходов Дж. Кейнса, Р. Барро и др., которые способствовали существованию британского государственного долга без погашения больше трех столетий. В 1998 году в Великобритании в целях совершенствования системы управления государственным долгом был организован Офис управления государственным долгом, полномочия которого связаны с регулированием денежных операций государства и управлением государственным долгом. Для Российской Федерации опыт функционирования подобного органа управления государственным долгом является актуальным, так как в российской теории

²² См.: Treasury // URL: <https://www.gov.uk/government/organisations/hm-treasury> (дата обращения: 25 декабря 2014 г.).

²³ Fiscal sustainability report — July 2014 // URL: <http://cdn.budgetresponsibility.org.uk/41298-OBR-accessible.pdf> (дата обращения: 19 января 2015 г.); Public Sector Finances, June 2014 // Statistical Bulletin Office for National Statistics, 2014. P. 17.

²⁴ См.: Supply and Appropriation (Main Estimates) Act 2014 // URL: <http://www.legislation.gov.uk> (дата обращения: 25 декабря 2014 г.).

²⁵ Fiscal sustainability report — July 2014 // URL: <http://cdn.budgetresponsibility.org.uk/41298-OBR-accessible.pdf> (дата обращения: 19 января 2015 г.).

²⁶ Allen W. A. Government debt management and monetary policy in Britain since 1919 // BIS working paper No 65. P. 26.

²⁷ См.: Allen W. A. Op. cit. P. 18, 27.

²⁸ См.: Цареградская Ю. К. Государственный долг в до-революционной России: историко-правовые аспекты становления и развития // Актуальные проблемы российского права. 2015. № 7.

и практике бюджетных отношений высказываются точки зрения о создании подобного органа в России.

По данным Международного валютного фонда на апрель 2014 года, государственный долг развитых стран относительно ВВП увеличился с 80 % в 2008 году до 107,1 % в 2013 году, данная ситуация объясняется, в первую очередь, ростом объемов долга после кризиса и одновременном сокращении объемов ВВП в 2009 году. Анализ данного соотношения является достаточно важным показателем мировой экономической стабильности, поскольку соотношение государственного долга с ВВП — это один из

критериев оценки состояния национальной безопасности государства. Если исходить из пороговых значений данного показателя, предлагаемых МВФ, то увидим, что они составляют: для низкой степени риска — 30 %, для средней — 40 %, для высокой — 50 %. В настоящее время, как было указано, и в развитых странах, и в Великобритании этот показатель значительно выше, более 100 %, что свидетельствует о нестабильной мировой экономической ситуации. Несмотря на то что с 2010 года по мере проведения бюджетных реформ ситуация стала стабилизироваться, в настоящее время рост государственного долга в развитых странах превышает рост ВВП.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. *Мартьянов А. В.* Воззрения классических экономистов на государственный долг // *Финансы и кредит.* — 2008. — № 21 (309).
2. *Barro R. J.* The Ricardian Approach to Budget Deficits // *Journal of Economic Perspectives.* — Spring 1989. — № 3. — Pp. 37—54.
3. *Dow.* The Management of the British Economy, 1945—60. — Cambridge, 1964.
4. *Keynes J. M.* The General Theory of Employment Interest and Money. — London, 1936.
5. *Keynes J. M.* How to pay for the War: a Radical Plan for the Chancellor of the Exchequer. — London, 1940.
6. *Mitchell B. R.* British Historical Statistics. — Cambridge University Press, 1988.
7. *Seater J. J.* The Market Value of Outstanding Government Debt, 1919—1975 // *Journal of Monetary Economics.* — July 1981. — № 8. — Pp. 90—91, 98—99.
8. *Seater J. J.* Ricardian Equivalence // *Journal of Economic Literature.* — March 1993. — № 31. — Pp. 142—190.
9. *The Impact of Social Security on Private Savings—Evidence from the U.S. Time Series,* American Enterprise Institute, Washington, D.C., 1978.

Материал поступил в редакцию 25 января 2015 г.

INSTITUTE OF PUBLIC DEBT IN THE UK:

FORMATION AND DEVELOPMENT OF LEGAL REGULATION

Tsaregradskaya Julia Konstantinovna — PhD in Law, Associate Professor of the Department of Financial Law, Kutafin Moscow State Law University (MSAL)
[uliacar2008@rambler.ru]
123995, Russia, Moscow, ul. Sadovaya-Kudrinskaya, 9.

Review. *The article considers the evolution of the institute of public debt of Great Britain and its legal regulation since the reign of William III to the present day. It is stated that many of the tools of modern debt policy, and in particular the types of public debt (internal and external), forms and types of state loan (government loans, government bonds, futures, etc.), public debt regulatory bodies have legally been established in different periods of development of the state. An interesting fact in the study of the evolution of the institute of public debt in the UK is that the grounds for the official state budget and debt policy were based on the theories of mechanisms of effective public debt management created by J. Keynes and R. Barro. The article describes a model of public debt management, among which are the three commonly used all over the world: traditional, alternative and intermediate. The traditional model of building a system of public authorities assumes the leading role of the Ministry of Finance or Treasury. An alternative model operating on the basis of the delegation of authority to borrow funds to relatively independent bodies - Agency for Public Debt Management. Integrated model is characterized by the division of public debt management between the Ministry of Finance and the Central Bank. The experience in operation and management of the public debt of Great Britain allows the authors to conclude that the evolution of its development is similar to the evolution of this institution in Russia. Thus, it is necessary also to borrow an alternative model of public debt management, which is characterized by the presence of a specially created body of public debt management, which operates in the UK under Ministry of Finance - Public Debt Management Office (UK Debt Management Office).*

Keywords: *Great Britain, public debt, external debt, domestic debt, state credit, financial law, debt policy, budget, finance, public debt management.*

BIBLIOGRAPHY

1. *Mart'yanov A.V.* The views of the classical economists on the government debt, *Finances and Credit*, 2008. № 21 (309).
2. *Barro, Robert J.* The Ricardian Approach to Budget Deficits. *Journal of Economic Perspectives* 3 (Spring 1989): 37–54.
3. *Dow*, *The Management of the British Economy, 1945-60*, Cambridge, 1964.
4. *Keynes J.M.* *The General Theory of Employment Interest and Money*, London 1936.
5. *Keynes J.M.* *How to pay for the War: a Radical Plan for the Chancellor of the Exchequer*, London, 1940.
6. *Mitchell B.R.* *British Historical Statistics*. Cambridge University Press, 1988.
7. *Seater, John J.* The Market Value of Outstanding Government Debt, 1919-1975. *Journal of Monetary Economics* 8 (July 1981): 90-91; 98-99.
8. *Seater, John J.* Ricardian Equivalence. *Journal of Economic Literature* 31 (March 1993): 142-190.
9. *The Impact of Social Security on Private Savings-Evidence from the US Time Series*, American Enterprise Institute, Washington, DC, in 1978.

РЕФОРМА НЕМЕЦКОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА О ЗАЩИТЕ КОНКУРЕНЦИИ

Аннотация. В статье раскрываются проблемы регулирования конкуренции в ФРГ, в частности раскрыто содержание так называемой немецкой экономической конституции, основанной на идее, что конкуренция способствует созданию более благоприятных условий для потребителя; показаны методы обеспечения конкуренции, в том числе путем применения Закона о защите конкуренции (*Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, GWB*) и Закона против недобросовестной конкуренции (*Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, UWG*). Кроме того, сделан исторический экскурс развития законодательства о конкуренции, начиная с конца XIX в., дан комментарий основных положений указанных выше законов.

Ключевые слова: Германия, конкуренция, недобросовестная конкуренция, право, защита конкуренции, история развития законодательства, Закон о защите конкуренции, Закон против недобросовестной конкуренции.

DOI: 10.17803/1729-5920.2015.109.12.125-134

Совместная примирительная комиссия представителей Национального собрания Германии (Bundestag) и Федерального совета Германии (Bundesrat) смогла согласовать 5 июня 2013 года текст 8-й реформы Закона о защите конкуренции (*Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, GWB*)¹. Данный компромисс, принятый 6 июня 2013 года Национальным собранием Германии и утвержденный 7 июня 2013 года Федеральным советом Германии, вступил в силу 30 июня 2013 года².

Новый текст придерживается в основном той же линии, что и предыдущая реформа 2005 года относительно приведения определенных норм Германии в соответствие с законодательными нормами Европейского Союза. Основная цель состоит в достижении

более равномерной оценки указанных практик в рамках этих двух правовых порядков, в частности в том, что касается контроля за слияниями.

I. GWB: НЕМЕЦКАЯ ЭКОНОМИЧЕСКАЯ «КОНСТИТУЦИЯ»

Основанное на идее, что конкуренция способствует созданию более благоприятных условий для потребителя³, право конкуренции имеет своей целью поддерживать соперничество предприятий на рынке. Под воздействием конкуренции участникам рынка приходится привлекать потенциальных покупателей своими предложениями. Потребитель выбирает между разными предложениями: от некоторых товаров или услуг он отказывается, покупая те, которые ему кажутся более подходящими. Причин того или иного выбора может быть множество: более выгодная цена, техническая новинка или требуемая покупателем функциональность,

¹ Beschlussempfehlung zu dem Achten Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (8. GWB-ÄndG) // BT-Drucksache. № 17/13720. 05.06.2013.

² Achstes Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen // Bundesgesetzblatt I № 32. 29.06.2013. S. 1738.

³ Böge U. Effizienz und Wettbewerb aus Sicht des Bundeskartellamts // Peter Oberender (éd.). Effizienz und Wettbewerb. Berlin, 2005.

лучшая консультация продавца, более длительный срок гарантии... Таким образом, предприятиям приходится постоянно адаптировать свою деятельность к спросу целевых потребителей, боясь быть вытесненными конкурентом, который заранее усвоил или даже предугадал пожелания клиентов. Таким образом, распределение ресурсов, ограниченных по определению, как можно лучше соответствует потребностям и пожеланиям потребителей.

Данная система, разумеется, функциональна только при условии, что предприятия действительно находятся в условиях конкуренции. Различные предприятия должны самостоятельно управлять своей деятельностью, борясь таким образом за расположение потребителей. Между тем участникам рынка выгодно понизить это конкурентное давление. Именно здесь право конкуренции играет значительную роль. С целью сохранения более высокой экономической независимости предприятий механизм вступает в действие для ограничения их инициативы лишь там, где их поведение могло бы привести к подавлению положительного воздействия свободной конкуренции.

В Германии существуют два свода правил, направленных на защиту конкуренции (А). Закон о защите конкуренции (В) включает три сферы (С) и сегодня находится под сильным влиянием права Европейского Союза (D).

А. Защита конкуренции в Германии достигается двумя разными методами

Итак, если цель состоит в защите конкуренции, достижение этой цели происходит двумя разными путями. В широком смысле право конкуренции включает в Германии Закон о защите конкуренции и Закон против недобросовестной конкуренции. Закон против недобросовестной конкуренции устанавливает основные принципы правильного функционирования конкуренции: правила *честной игры*, которые основываются на принципе лояльности, и тем самым закладывает фундамент бизнес-этики. В свою очередь, Закон о защите конкуренции стремится гарантировать свободную конкуренцию на рынке, ограничивая злоупотребления или возможные нарушения. Например, дискредитирование конкурирующего продукта на основе сравнения в ходе рекламы моющего средства должно быть рассмотрено на основании положений Закона против недобросовестной конкуренции, в то время как договоренность различных авиакомпаний между собой о стоимости перелетов между Берлином и Москвой будет рассматриваться нормами Закона о защи-

те конкуренции⁴. Федеральное ведомство государственного надзора за деятельностью картелей (Bundeskartellamt), находящееся в Бонне, следит за соблюдением этих правил.

В. Краткий исторический очерк о Законе о защите конкуренции

То, что предприятия договаривались между собой и тем самым ограничивали конкуренцию, в Германии не всегда было наказуемым. В одном судебном постановлении 1897 года⁵ Верховного суда Германской империи говорилось о картели, состоящей из нескольких производителей белой бумажной массы в Королевстве Саксония, как о совместимой с действующим законодательством того времени⁶. Под эгидой такой судебной практики в Германской империи появилось большое количество картелей, разрешенных практически без ограничения на основании частного самоуправления.

Немецкий регламент картелей (Kartellverordnung) от 2 ноября 1923 года пытался в то время бороться с отрицательным воздействием картелей, тем не менее не запрещая такие организации. В период национал-социализма вышел в свет Закон об учреждении принудительных картелей (Zwangskartellgesetz), который был использован государством в качестве инструмента для руководства экономикой в соответствии со своими нуждами. После Второй мировой войны союзники подписали Законы о роспуске картелей (Dekartellisierungsgesetze), которые запрещали соглашения, ограничивающие конкуренцию.

Руководствуясь вначале американским антitrustовским правом и теориями ордолиберализма⁷, согласно которым государство должно предоставить экономике правовую основу, чтобы гарантировать неискаженную и свободную конкуренцию, Закон о защите конкуренции вступил в силу 1 января 1958 года. Он охватывает в основном три сферы, так называемые опоры права конкуренции: запрет антиконкурентных соглашений (Verbot wettbe-

⁴ Более подробно о связях и взаимодействиях UWG и GWB см.: Boesche K. V. Wettbewerbsrecht (Законодательство о конкуренции). Гейдельберг : D. F. Мюллер, 2009. С. 21 и послед.

⁵ Sächsisches Holzstoffkartell, RGZ 38. S. 155.

⁶ Свобода торговли и промышленности не сыграла в пользу запрета картеля, так как, согласно мнению судей того времени, эта свобода защищала предприятия только от некоторых действий органов государственной власти, но не от махинаций между предприятиями, ср.: Holz C., 1897 : Privatautonomie vs. Kartell — Das sächsische Holzstoffkartell (RGZ 38, 155). Мюнхен : Грин, 2008.

⁷ В частности, Школа национальной экономики в г. Фрибург (Freiburger Schule der Nationalökonomie).

werbsbeschränkender Vereinbarungen), контроль за злоупотреблением доминантным положением (Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung) и контроль за процессом слияния (Zusammenschlusskontrolle).

С. Три опоры Закона о защите конкуренции

Закон о защите конкуренции (§ 1) запрещает заключение между предприятиями соглашений, которые наносят ущерб конкуренции⁸. В эту категорию входит, например, соглашение, посредством которого дистрибьютор берет на себя обязательство перед поставщиком приобретать исключительно у него определенные продукты с целью их перепродажи (условие о недопустимости конкуренции). С другой стороны, некоторые соглашения, которые подпадают под действие этого общего запрета, могут в конечном счете быть источником увеличения эффективности. Так, условие о недопустимости конкуренции может сократить расходы по торговой операции, гарантировать регулярное и надежное снабжение, стимулировать динамичное сотрудничество дистрибьютора, улучшить предлагаемые условия, увеличить шансы нового производителя обосноваться на рынке.

С целью учета всех последствий таких договоренностей, не только анти-, но и проконкурентных, § 2 Закона о защите конкуренции предусматривает возможность освобождения: если соглашение приводит к увеличению экономической выгоды, справедливая часть которой передается потребителям, если оно необходимо для увеличения экономической эффективности и не устраняет конкуренцию для существенной части вышеуказанных продуктов, то запрет о заключении соглашений на такое соглашение не распространяется.

Параграф 19 и последующие Закона о защите конкуренции рассматривают злоупотребление доминантным положением⁹. Само по себе доминантное положение не запрещено, аккумуляция большой доли рынка часто является признаком эффективной деятельности предприятия. Законом санкционируется именно злоупотребление этой позицией. Это случается, например, когда предприятие, занимающее доминантное положение, навязывает цены или несправедливые условия, которые такое предприятие не могло бы требовать, если бы не находилось в доминантном положении на рынке.

Контроль за слияниями предусмотрен в § 35 и последующих параграфах Закона о защите конкуренции¹⁰. В принципе объединение предприятий законно и даже желательно, когда это ведет к экономической эффективности и выгоде, например к уменьшению производственных расходов, к экономии за счет масштаба или разработке новых продуктов. Сближение между участниками рынка может привести тем не менее к антиконкурентным последствиям. При перегруппировке двух предприятий, которые до этого действовали самостоятельно на рынке, они перестают осуществлять конкурентное давление друг на друга.

С целью предотвращения снижения конкуренции, вызванной перегруппировкой предприятий, немецкий законодательный орган установил априорный контроль операций слияния. Разумеется, не каждая операция подвергается такому контролю. Его предметом могут стать только предприятия, товароборот которых превышает предусмотренные пределы. Согласно абз. 1 § 35 Закона о защите конкуренции контроль применяется, если совокупный общий оборот, осуществленный на мировом уровне всеми рассматриваемыми предприятиями (группой), составляет свыше 500 млн евро и если оборот, осуществленный на национальном уровне одним из рассматриваемых предприятий, составляет свыше 25 млн евро, а оборот другого рассматриваемого предприятия группы составляет свыше 5 млн евро¹¹. Если операция требует контроля, Федеральное ведомство по картелям рассматривает ее согласно измененным критериям абз. 1 § 36 Закона о защите конкуренции.

Далее мы рассмотрим это более подробно.

Д. Точки соприкосновения между правом Европейского Союза и немецким правом

В настоящее время Закон о защите конкуренции находится под большим влиянием права Европейского Союза. Право конкуренции приобретает особую значимость на европейском уровне, так как оно является одной из опор строительства внутреннего рынка. Отменив организационные ограничения в торговле, европейские власти поставили перед собой задачу следить за тем, чтобы частные участники не могли по договоренности между собой сегментировать рынок.

⁸ Более подробно см., например: *Schulte L., Just C. Kartellrecht* (Картельное право). Кельн : Гейманс, 2012. С. 21 и послед.

⁹ *Schulte L., Just C. Op. cit.* С. 61 и послед.

¹⁰ *Schulte L., Just C. Op. cit.* С. 271 и послед.

¹¹ Упомянутый товароборот компаний соответствует году, предшествующему слиянию. Кроме того, предусмотрены некоторые исключения в абз. 2 § 35 Закона о защите конкуренции.

Ввиду сосуществования права Европейского Союза и национального права необходимо решить, какое из них использовать, когда к одному случаю применимы оба права. Ответ зависит от рассматриваемого дела. Операция слияния на европейском уровне подчиняется исключительно праву Европейского Союза¹². Также европейское право должно быть применено в обязательном порядке к слияниям и злоупотреблению доминантным положением, которые могут повлиять на торговые отношения между государствами-членами. Тем не менее параллельно может быть применено национальное право, согласно абз. 1 ст. 3 Регламента № 1/2003¹³. Однако абз. 2 той же статьи далее значительно ограничивает этот принцип параллельного применения национального права по причине, что он устанавливает совпадения в части объединений. Другими словами, параллельное применение национального права не может дать другой результат, чем тот, который получен путем применения права Европейского Союза.

Мы можем задать себе вопрос о значении данного механизма, который очень часто выражается сложными переговорами на европейском уровне. Консенсус касательно принципа исключения национального права конкуренции найден не был. Франция и Германия как раз сильно раскритиковали этот принцип, воспринимая его как покушение на их национальный суверенитет. Принятое решение ведет тем не менее к аналогичным результатам, за исключением одностороннего поведения, по которым более строгое национальное право может быть применено параллельно с правом Европейского Союза.

Эти соотношения между европейскими и национальными нормами, с другой стороны, стали причиной, побудившей национальные законодательные органы привести свои нормативные правовые акты в соответствие с нормативными правовыми актами законодательства Европейского Союза, что, соответственно, сближает их между собой¹⁴. Таким образом, национальные системы сегодня во многом схожи. Если в других областях это может объясняться существованием директив, инструментов координации внутренних европейских прав в том, что они просят быть выраженными в разных национальных правах, то это не случай

права картелей, регулируемого на европейском уровне первичным правом¹⁵ и определенными нормами¹⁶.

Сближение законодательств объясняется в данном случае скорее силой притяжения права Европейского Союза как образца, чем его строгим характером. Наилучшим примером для этого является предыдущая, 7-я, реформа Закона о защите конкуренции 2005 года¹⁷. До того времени немецкое право о соглашениях отличалось от права Европейского Союза, четко различая горизонтальные соглашения (между конкурирующими предприятиями) от вертикальных соглашений (между участниками, находящимися на разных ступенях рынка, например между производителем и дистрибьютором). Если соглашения между конкурирующими предприятиями имеют, как правило, пагубное воздействие на конкурентную ситуацию рынка, вертикальные соглашения позволяют участникам максимально оптимизировать свои дистрибьюторские сети. Немецкое традиционное право учло данную разницу в том, что Закон о защите конкуренции запрещал исключительно горизонтальные ограничения. Вертикальные ограничения — кроме тех, которые относились к установлению цен, — подвергались простому контролю для выявления случаев злоупотребления с возможностью ограниченного вмешательства органов контроля по вопросам конкуренции.

Но так как после вступления 1 мая 2004 года в силу Регламента № 1/2003 власти и национальная юрисдикция обязаны по вопросу соглашений осуществлять право Европейского Союза во всех случаях, касающихся торговли между государствами-членами, и могут применить параллельно только одно совпадающее национальное право, Германия решила выравнять свою систему по системе Европейского Союза, а именно запретить горизонтальные и вертикальные соглашения.

Из этого следует, что именно практические соображения привели к отказу от контроля за злоупотреблением во время действия 7-й реформы: во-первых, сохранение национальных правил, отличающихся по нескольким исключительно внутренним случаям, противопоставляется оптимальному применению судебных методов. Затем, полная координация между внутренним правом и европейским правом

¹² Ст. 21 абз. 3 Регламента Совета ЕС № 139/2004 от 20 января 2004 г. // Официальный бюллетень ЕС № L 24. 29.01.2004. С. 1.

¹³ Официальный бюллетень ЕС № L 1. 04.01.2003. С. 1.

¹⁴ Сравнительный анализ европейского, немецкого и французского правопорядков в сфере вертикальных объединений см.: Демм Ж. Право вертикальных ограничений. Париж : Экономика, 2010.

¹⁵ А именно ст. 101 и последующими статьями Договора о функционировании Европейского Союза.

¹⁶ В частности, Регламент Совета ЕС № 139/2004 от 20 января 2004 г. о контроле над операциями по концентрации (слиянию и поглощению) предприятий // Официальный бюллетень ЕС № L 24. 29.01.2004. С. 1.

¹⁷ Bundesgesetzblatt I // Вестник федеральных законов. № 44. 20.07.2005. С. 2114.

устраняет последствия трудностей, связанных с толкованием понятия воздействия на торговлю между государствами-членами, и дает предприятиям больше юридической безопасности. Наконец, кажется трудно применить два совершенно разных стандарта к схожим фактам внутри одного и того же правового порядка, независимости от того, применяется или нет право Европейского Союза¹⁸.

Сравниваемые аргументы ложатся в основу настоящей реформы, то есть немецкий законодательный орган всегда пытается как можно больше приблизиться к праву Европейского Союза, сохраняя тем не менее некоторую специфичность. Цель состоит в достижении более однородной оценки вышеуказанных практик, применяя оба правового порядка.

II. ОСНОВНЫЕ ИЗМЕНЕНИЯ, ВНЕСЕННЫЕ 8-Й РЕФОРМОЙ ЗАКОНА О ЗАЩИТЕ КОНКУРЕНЦИИ

Принимая во внимание, что право антиконкурентных соглашений уже подверглось существенным изменениям в ходе реформы 2005 года, настоящие изменения почти не затрагивают эту сферу. Нынешняя реформа касается именно контроля объединений (А) и вносит некоторые изменения в правила запрета на злоупотребление доминирующим положением (В). Кроме того, она расширяет круг лиц, которые могут предъявить частный иск (С), и изменяет правила для некоторых специфических секторов, например для сектора печати (D).

А. О контроле объединений предприятий

Один из основных пунктов реформы рассматривает контроль объединений. Согласно старой версии § 36 абз. 1 Закона о защите конкуренции, Федеральное ведомство по картелям запрещало объединение предприятий, которое контролировалось лишь при наличии подозрений на то, что объединение могло создать или усилить доминантное положение. С целью получения более однородной оценки операций объединения в обоих правовых порядках, немецком и европейском, 8-я реформа Закона о защите конкуренции ввела в вышеупомянутый абзац критерий «значительный ущерб эффек-

тивной конкуренции», который предусмотрен для контроля операций объединения на европейском уровне¹⁹.

В данном случае речь идет о тесте, который называется «Существенное ограничение эффективной конкуренции» (от английского — Significant Impediment to Effective Competition). Этот тест позволяет не только остановить структурное воздействие операций объединения, но и учесть любое воздействие, которое может повлиять на эффективную конкуренцию, например если организация, созданная в результате объединения, будет в состоянии сдерживать рост числа конкурентов благодаря контролю ресурсов, необходимых для производства. Федеральное ведомство по картелям может опасаться, таким образом, элементов, способных благоприятствовать антиконкурентному воздействию объединения, независимо от доминантного положения. Это всего лишь одна из многих гипотез, хотя ее посчитали настолько важной, что законодательный орган оставил ее в качестве четкого примера в законе²⁰.

Закон о защите конкуренции определенно предусматривает право предприятий, которые должны доказать, что улучшение их конкурентного положения является результатом объединения и что положительное воздействие преобладает над отрицательным. Это так называемый механизм равновесия (Abwägungsklausel), который позволяет оценить, например, компенсируется ли в результате объединения рост власти на рынке экономической эффективности, которая позволит снизить расходы на производство до такой степени, что предприятие понизит продажные цены. Данная защита внесена в § 36, абзац 1 Закона о защите конкуренции и поддержана реформой.

Если статьи Регламента ЕС № 139/2004 не содержат определенно такую защиту, это не значит, что она чужда праву Европейского Союза. Ее можно найти в параграфе 29 вышеуказанного Регламента, и Комиссия упоминает ее в своих Директивах об оценке горизонтальных объединений²¹.

Кроме того, реформа поддерживает право Федерального министра экономики и технологии разрешать по необходимости объедине-

¹⁸ Более подробно о 7-й реформе Закона о защите конкуренции см.: Демм Ж. Соглашения о распространении и европеизации законодательства Германии о конкуренции // Взгляд на немецкую экономику. Экономический вестник Информационно-исследовательского центра современной Германии (CIRAC). 2009. № 92. С. 27.

¹⁹ Статья 2, абзац 3 Регламента № 139/2004 от 20 января 2004 г. // Официальный бюллетень ЕС. № L 24. 29.01.2004. С. 1.

²⁰ Более подробно об интегрировании теста существенного ограничения эффективной конкуренции (SIEC) в немецкое законодательство и его последствиях см.: Barth C., Budde S. Die Implementierung des SIEC-Tests im GWB und ihre Folgen für die nationale Fusionskontrolle // Betriebs-Berater. 2011. № 31. S. 1859; № 32. S. 1923.

²¹ Директива 2004/С 31/03 // Официальный бюллетень ЕС № С 31. 05.02.2004. С. 5 П. 77.

ние, запрещенное Федеральным ведомством по картелям, если нарушение конкуренции компенсировано преимуществами для общей экономики или если оно оправдано первостепенной общественной пользой. Здесь идет речь о немецкой особенности, которая, однако, мало применяется на практике. Согласно информации, опубликованной Министерством²², со дня вступления в силу Закона о защите конкуренции было сформулировано лишь 21 заявление по этому вопросу. Было выдано 8 разрешений, из которых 5 с дополнительными условиями. Наиболее спорным был случай объединения E.ON / Ruhrgas, разрешение для данной операции было выдано в 2002 году, так как Министерство посчитало, что оно приведет к повышению безопасности снабжения газом.

В. О злоупотреблении доминантным положением

Немецкая реформа также вносит некоторые изменения в области злоупотребления доминантным положением. В предыдущей версии Закона о защите конкуренции считалось, что предприятие занимает доминантное положение, если оно владеет как минимум третьей частью рынка. Речь идет о простом предположении, следовательно, заинтересованное лицо может представить доказательства обратного. Последние годы позволили доказать, что предприятие, занимающее треть рынка, оказывается в доминантном положении лишь в исключительных случаях. Таким образом, реформа подняла порог доминантного положения до 40 % рынка.

Другие изменения имеют целью прежде всего улучшение систематичности постановлений, относящихся к злоупотреблению доминантным положением²³. В § 19 и последующих Закона о защите конкуренции логическая и тематическая последовательность практические соблюдалась. Благодаря реформе, текст закона стал более понятным: содержание § 18 Закона о защите конкуренции теперь касается определения доминантного положения и критериев, по которым предполагается, что такое положение имеет место. Таким образом, согласно § 18 абз. 1 Закона о защите конкуренции, предприятие занимает доминантное положение, если у него нет конкурентов, если оно не подвергнуто значительной конкуренции или если

оно занимает по отношению к его конкурентам преобладающую позицию на соответствующем рынке (40 % рынка)²⁴. Что касается § 19 Закона о защите конкуренции, то он регулирует поведение предприятий, занимающих доминантное положение, то есть запрещает одному или нескольким предприятиям злоупотреблять доминирующим положением, в то время как § 20 Закона о защите конкуренции рассматривает лишь поведение предприятий, располагающих относительной властью на рынке, то есть предприятий, которые не занимают доминантное положение, но от которых экономически зависят мелкие и средние предприятия, так как у последних нет других достаточных или приемлемых возможностей покупки или продажи определенных товаров или услуг.

Другое пояснение касается мер, которые Федеральное ведомство по картелям может применить к предприятиям с целью прекращения нарушения норм Закона о защите конкуренции или статей 101 или 102 Договора о функционировании Европейского Союза (антиконкурентные соглашения / злоупотребление доминантным положением). Еще в 7-й реформе абзац 2 § 32 предоставлял возможность органам, ответственным за контроль по вопросам конкуренции, применять к предприятиям любые меры, при условии, что они соразмерны совершенному нарушению и что они необходимы для прекращения нарушения. В новой версии уточняется, что данные меры могут быть поведенческого или структурного характера²⁵. Например, принудить предприятие, злоупотребляющее своим доминантным положением, прекратить соответственные машины является поведенческой мерой, в то время как потребовать, чтобы оно рассталось со своими активами — структурная мера. Вторая фраза вносит ясность в отношения между этими двумя различными типами мер: структурная мера может быть применена только в случае, если не существует такая же эффективная поведенческая мера или если последняя оказывается по отношению к предприятиям более строгой, чем структурная мера. При этом немецкая реформа практически повторяет слово в слово статью 7 Регламента ЕС № 1/2003 от 16 декабря 2002 года, в которой говорится о применении правил конкуренции, предусмотренных ст. 101 и 102 Договора о функционировании Европейского Союза²⁶.

²² Справочная информация на веб-сайте Министерства. URL: <http://www.bmwi.de/BMWi/Redaktion/PDF/Wettbewerbspolitik/antraege-auf-ministererlaubnis,property=pdf,bereich=bmwi2012,sprache=de,rwb=true.pdf>.

²³ На эту тему см. также: Kahlenberg H., Neuhaus K. Die Achte GWB-Novelle : Reform des deutschen Kartellrechts // Betriebs-Berater. 2013. № 4. S. 131.

²⁴ Согласно новому § 18, абзац 4 Закона о защите конкуренции.

²⁵ См. также: Bechtold R. Der Referentenentwurf der 8. GWB-Novelle im Überblick // Betriebs-Berater. 2011. № 50–51. S. 3075.

²⁶ Официальный бюллетень ЕС № L 1. 04.01.2003. С. 1.

С. О частных исках

Реформа также вносит изменения в сферу частного контроля (*private enforcement*) за исполнением права конкуренции. Если Закон против недобросовестной конкуренции явно стремится не только поддерживать лояльность в процессе конкуренции, но и защитить затрагиваемые частные интересы (предприятий и потребителей), то Закон о защите конкуренции пытается поддерживать конкуренцию на рынке²⁷. Несмотря на этот факт, все более часто предприятия или потребители требуют возмещения ущерба, причиненного им не недобросовестным поведением, а антиконкурентной практикой (например, повышение цен вследствие антиконкурентного слияния). Параграф 33 Закона о защите конкуренции учитывает эти частные интересы, предоставляя частным лицам конкретную законодательную базу для обращений в суд с целью пресечения или прекращения нарушения правил Закона о защите конкуренции или статей 101 или 102 Договора о функционировании Европейского Союза (§ 33 абз. 1), а также возмещения ущерба, который является результатом такого поведения (§ 33 абз. 3).

Дореформы, на основании § 33 абз. 2 Закона о защите конкуренции лишь ассоциациям конкурентов предприятия, которое совершило нарушение, предоставлялось право предъявлять иск на основании § 33 абз. 1 данного Закона. Отныне реформа включает любую затрагиваемую ассоциацию предприятий (следовательно, не только ассоциации конкурентов, но также ассоциации поставщиков или покупателей), как и ассоциации потребителей, в круг тех, кто имеет право действовать с целью прекращения нарушения. Параграф 34 Закона о защите конкуренции также предусматривает возможность того, чтобы орган контроля по вопросам конкуренции потребовал от ответчика возратить незаконный доход, если он действовал умышленно или небрежно. То же право имеют, согласно § 34 Закона о защите конкуренции, некоторые ассоциации, расширение вышеуказанного круга которых отныне будет применяться и здесь. Следует все-таки подчеркнуть, что подобный иск о возврате прибыли, полученной незаконным путем, пока не формулировался.

Даже если остается под вопросом, будут ли ассоциации, в частности ассоциации потребителей, часто пользоваться новыми возможностями, которые им открывает 8-я реформа Закона о защите конкуренции, внесенные изменения благоприятствуют появлению частного контроля.

Он действительно может помочь гарантировать эффективность постановлений Закона о защите конкуренции и необходим для возмещения жертвам ущерба, понесенного вследствие антиконкурентного поведения. Но положение более сложное: больше половины случаев антиконкурентного поведения сегодня выявлено благодаря сотрудничеству предприятий в рамках программы смягчения ответственности.

Программа смягчения ответственности является частью борьбы против поведения, которое ограничивает конкуренцию. Так как объединения предприятий происходят обычно за закрытыми дверями, органам контроля по вопросам конкуренции очень трудно их обнаружить; еще труднее предъявить необходимые доказательства данного факта. Например, допускается, чтобы предприятию, участвовавшему в антиконкурентном объединении, предоставлялся иммунитет от штрафа, если оно добровольно заявляет о таком поведении. Участие предприятий в программах смягчения ответственности является главным средством борьбы против картелей²⁸. Тем не менее, если предприятие, добровольно заявляющее об участии в объединении, впоследствии может получить иск от частного лица, такое предприятие будет менее склонно к сотрудничеству. Частные интересы, состоящие в ужесточении регулирования исков частных лиц с целью возмещения ущерба пострадавшим, идут вразрез с общественными интересами, которые, в свою очередь, состоят в развитии программ смягчения ответственности для облегчения поиска фактов антиконкурентного поведения²⁹.

Добавим, что это обсуждение также ведется на европейском уровне. Суд Европейского Союза использовал принципы данного права для возмещения ущерба жертвам антиконкурентных практик, запрещенных правом Европейского Союза в постановлениях по делам Кураж³⁰ и Манфреди³¹. Все предпринятые попытки разработать специфический механизм по данному вопросу были напрасными, и причины этой неудачи одинаковы как на национальном, так и на европейском уровне.

²⁸ Например, известный мировой картель производителей витаминов мог быть раскрыт только благодаря сотрудничеству одного предприятия.

²⁹ Более подробно о частном контроле за исполнением права конкуренции см.: Гражданские дела в связи с конкуренцией // *Global Law (Общее право)* / под ред. Л. Фогеля. Париж : Пантеон-Ассас, 2013.

³⁰ Суд Европейского Союза (CJUE), 20 сентября 2001 года, дело C-453/99 «Кураж против Креана» // Сб. 2001. С. I-6297.

³¹ 34 Суд Европейского Союза (CJUE), 13 июля 2006 года, объединенные дела C-295/04 и C-298/04 «Винченцо Манфреди против "Ллойд Адриатико Ассикурациони СпА"» // Сб. 2006. С. I-6619.

²⁷ Böge U. Op. cit.

Д. О некоторых более специфических сферах

Вступление в силу 8-й реформы Закона о защите конкуренции изначально было объявлено на 1 января 2013 года. Задержка объясняется некоторыми разногласиями, которые привели к тому, что Федеральный совет обратился к примирительной комиссии. Наиболее спорным был вопрос применения права конкуренции к фондам законного медицинского страхования. Хотя эти фонды находятся в условиях конкуренции, немецкие суды считают, что согласно Закону о защите конкуренции они не являются предприятиями, так что их подчинение этому механизму требовало специального законного основания³². Именно в ответ на это прецедентное право законопроект предусмотрел изменения в немецком Кодексе социального права (SGB V, Sozialgesetzbuch), объявляя некоторые правила Закона о защите конкуренции применимыми аналогично к государственным фондам медицинского страхования.

Проблематика применения права конкуренции к сектору здравоохранения уже стала предметом различных анализов в течение последних лет³³. Мнения расходятся. Вокруг 8-й реформы, в частности о применении контроля к слияниям между законными фондами медицинского страхования, было немало дебатов. Необходимо напомнить, что в Германии существует несколько таких организаций, и они находятся в конкурирующем положении. Тем не менее остается непонятным, каким образом освобождение законных фондов медицинского страхования от контроля за слияниями может действовать в пользу застрахованных. Эффективность, которую приписывают нормам права конкуренции, должна быть, напротив, использована в пользу первостепенной общей цели, которую преследует сектор здравоохранения. Именно с этой целью новый § 172а Кодекса социального права, введенный реформой, подвергает в конечном счете эти объединения контролю. Найденный компромисс состоит в том, что если Федеральное ведомство по картелям желает запретить такие операции, то оно должно прежде всего договориться с компетентным органом по контролю страхования, например Федеральным ведомством страхования (Bundesversicherungsamt). Помимо этого, отныне именно на социальные суды возлагает-

ся судебный контроль решений Федерального ведомства по картелям³⁴, чьи судьи часто руководствуются иными убеждениями, чем судьи обычного суда. Итак, найденный компромисс вводит нетипичный законодательный путь, который может восприниматься как инородное тело в данной области³⁵.

Реформа вводит также изменения в сферу печати. Как мы уже ранее заметили, операция слияния/поглощения контролируется Федеральным ведомством по картелям, только если оборот затрагиваемых предприятий превышает лимиты, предусмотренные § 35 Закона о защите конкуренции. Что касается подготовки, выпуска и распространения ежедневных газет и периодических изданий, объем торгового оборота вышеупомянутых предприятий умножался в предыдущей версии на 20 (§ 38 абз. 3 Закона о защите конкуренции) для сравнения с вышеуказанными установленными лимитами, а это говорит о том, что операции слияния в данной сфере легче подвергаются контролю. Основание данного усиленного вмешательства со стороны Федерального ведомства по картелям состоит в том, что разнообразие коммерческих предложений имеет особенное значение в сфере печати (гарантия плюрализма). Если это сохраняется после вступления в силу реформы, то новый текст снижает коэффициент умножения торгового оборота с 20 до 8. Данное изменение оправдано сокращением объема работы, предполагаемой для Федерального ведомства по картелям, учитывая, что новый способ расчета сокращает количество контролируемых объединений. Он также способствует реструктурированию сектора, находящегося в процессе перехода к информационной эпохе.

Есть еще одно изменение Закона о защите конкуренции, которое также касается области печати. В Германии распространение ежедневных газет и периодических изданий в большей части осуществляется за счет оптовых торговцев, объединенных в систему Presse-Grosso. На нее ложится обязанность нейтралитета: она должна обращаться одинаково со всеми издателями и точками продаж. Она гарантирует, таким образом, разнообразие прессы и доступ к различным изданиям на всей территории Германии. Арест, произведенный региональным судом Кельна 14 февраля 2012 года³⁶, сразу же привел к сомнениям насчет будущего

³² В качестве примера: региональный социальный суд Гессена, 15 сентября 2011, Az. L 1 KR 89/10 KL.

³³ См., например: Демм Ж. Сектор здравоохранения по отношению к праву конкуренции // Взгляд на немецкую экономику. Экономический бюллетень Информационно-исследовательского центра современной Германии (CIRAC). 2010. № 95. С. 27.

³⁴ Согласно новому § 29 абз. 3 Закона о социальных судах (Sozialgerichtsgesetz) № 4.

³⁵ А. Мундт, действующий президент Федерального ведомства государственного надзора за деятельностью картелей, считает это новое изменение вносящим «противоречия в систему» (см.: Frankfurter Allgemeine, интервью от 10.06.2013).

³⁶ 88 O (Карт) 17/11.

этой системы. Судьи решили, что монополия централизованных переговоров *Presse-Grosso* подпадает под запрет заключения соглашений и не может воспользоваться правом освобождения от запрета. Для того чтобы не подвергать опасности эту систему, новый § 30 абз. 2а Закона о защите конкуренции отныне устанавливает, чтобы запрет объединения предприятий, предусмотренный § 1 этого Закона (антиконкурентные соглашения), не применялся к таким соглашениям³⁷. Тем не менее предусмотрена страховочная мера в § 30 абз. 3 предлож. 2 Закона о защите конкуренции, согласно которому Федеральное ведомство по картелям может аннулировать такое соглашение, если подтверждается злоупотребление предоставленным освобождением.

Вопреки изменениям в области медицинского страхования, существует широкий политический консенсус в пользу реформ в области печати, а именно защищать систему *Presse-Grosso*, общепринятую в Германии, которая, похоже, приносит плоды. «В Германии насчитывается 1,5 точки продаж на 1 000 жителей, это в 3 раза больше чем во Франции, таким образом [*Presse-Grosso*] представляет собой наиболее плотную сеть мира»³⁸.

³⁷ Подробнее о *Presse-Grosso*, а именно о вопросе соответствия праву Европейского Союза, см.: Kühling J. Kartellrechtliche Befreiung und Betrauung des Presse-Grossos in der GWB-Novelle // Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht. 2013. № 1. С. 18.

³⁸ Robert V. Пресса во Франции и в Германии, сравнение систем. Париж : Новая Сорбонна, 2012.

Реформа также вводит положение, которое определенно освобождает перегруппировку государственных организаций и предприятий от контроля за объединениями, если эти группировки осуществляются с целью благоустройства территории коммун³⁹. Благоустройство территории осуществляется не с целью увеличения доли рынка, занимаемой вышеуказанными государственными организациями, а для обеспечения более эффективной деятельности. Новый текст предусматривает также специальный режим для сферы водоснабжения (§§ 31—31b). Наконец, он вносит некоторые процедурные изменения, которые важны ввиду того, что содействуют поведению, направленному против конкуренции.

* * *

В целом внесенные 8-й реформой Закона о защите конкуренции изменения нельзя назвать революционными. Они упрощают механизм Закона о защите конкуренции и продолжают приближать его к законодательству Европейского Союза. Такая гармонизация Закона благоприятна с той точки зрения, что она гарантирует большую юридическую безопасность предприятиям, которые отныне не должны учитывать два абсолютно разных правопорядка — национальный и европейский. Нормы, регулирующие единые правила для всех (*level playing field*), имеют целью защитить свободную конкуренцию для увеличения благосостояния потребителя.

³⁹ Речь идет о новом § 35 абз. 2 предлож. 2 Закона о защите конкуренции.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. *Beschlussempfehlung zu dem Achten Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (8. GWB-ÄndG) // VT-Drucksache. — № 17/13720. — 05.06.2013/*
2. *Achtes Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen // Bundesgesetzblatt I. — № 32. — 29.06.2013. — S. 1738.*
3. *Böge U. Effizienz und Wettbewerb aus Sicht des Bundeskartellamts // Peter Oberender (éd.). Effizienz und Wettbewerb. — Berlin, 2005.*
4. *Boesche K. V. Wettbewerbsrecht (Законодательство о конкуренции). — Гейдельберг : D. F. Мюллер, 2009.*
5. *Sächsisches Holzstoffkartell, RGZ 38. S. 155.*
6. *Schulte L., Just C. Kartellrecht (Картельное право). — Кельн : Гейманс, 2012.*
7. *Демм Ж. Право вертикальных ограничений. — Париж : Экономика, 2010.*
8. *Демм Ж. Соглашения о распространении и европеизации законодательства Германии о конкуренции // Взгляд на немецкую экономику. Экономический вестник Информационно-исследовательского центра современной Германии (CIRAC). — 2009. — № 92. — С. 27.*
9. *Демм Ж. Сектор здравоохранения по отношению и право конкуренции // Взгляд на немецкую экономику. Экономический бюллетень Информационно-исследовательского центра современной Германии (CIRAC). — 2010. — № 95. — С. 27.*
10. *Barth C., Budde S. Die Implementierung des SIEC-Tests im GWB und ihre Folgen für die nationale Fusionskontrolle // Betriebs-Berater. — 2011. — № 31. — S. 1859 ; № 32. — S. 1923.*
11. *Kahlenberg H., Neuhaus K. Die Achte GWB-Novelle : Reform des deutschen Kartellrechts // Betriebs-Berater. — 2013. — № 4.*
12. *Bechtold R. Der Referentenentwurf der 8. GWB-Novelle im Überblick // Betriebs-Berater. — 2011. — № 50–51.*
13. *Гражданские дела в связи с конкуренцией // Global Law (Общее право) / под ред. Л. Фогеля. — Париж : Пантеон-Ассас, 2013.*
14. *Robert V. Пресса во Франции и в Германии, сравнение систем. — Париж : Новая Сорбонна, 2012.*

REFORM OF GERMAN LEGISLATION ON THE VIOLATION OF EQUAL COMPETITION

Dr. Zheraldin Demm, Associate Professor of the University of Paris West - Nanter la Défense
[lex-russica@yandex.ru]
9200, France, Paris, Republic, Nanter Street 1200

Review. *The article reveals the problem of regulation of competition in Germany, among other things the disclosed content of the so-called German economic constitution, based on the idea that competition helps create a more favorable environment for the consumer. The methods of ensuring competition, including those through the application of the Law on Protection of Competition (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, GWB) and the Law against Unfair Competition (Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, UWG) are shown. In addition, the author makes a historical of the legislation on competition, since the end of the XIX century and comments on the main provisions of the above-mentioned laws.*

Keywords: *Germany, competition, unfair competition, law, competition protection, the history of legislation, Competition Law, Unfair Competition Law.*

BIBLIOGRAPHY

1. «Beschlussempfehlung zu dem Achten Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (8. GWB-ÄndG)», BT-Drucksache № 17/13720, from June 5, 2013.
2. «Achstes Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen», Bundesgesetzblatt I, № 32, dated June 29, 2013, p. 1738.
3. Böge U. «Effizienz und WettbewerbsausSicht des Bundeskartellamts», in Peter Oberender (éd.), Effizienz und Wettbewerb, Berlin: 2005.
4. BOESCHE KV, Wettbewerbsrecht (competition law) Heidelberg: DF Muller, 2009, p. 21
6. «Sächsisches Holzstoffkartell», RGZ 38, p. 155.
7. SCHULTE L. / JUST C., Kartellrecht (cartel law), Cologne: Heymans 2012.
8. Demme J. Law of vertical restraints. Paris: Economics, 2010.
9. Demme J. Agreement on Distribution and the Europeanization of German Competition Law. A look at the German economy — Economic Herald CIRAC (Information and Research Center of modern Germany), N 92/2009, p. 27.
10. Barth C., Budde S. «Die Implementierung des SIEC-Tests im GWB und ihre Folgen für die nationale Fusionskontrolle», Betriebs-Berater, 31/2011, p. 1859 and 32/2011, p. 1923.
11. Kahlenberg H., Neuhaus K. «Die Achte GWB-Novelle: Reform des deutschen Kartellrechts», Betriebs-Berater, 4/2013.
12. Bechtold R. «Der Referentenentwurf der 8. GWB-Novelle im Überblick», Betriebs-Berater, 50-51 / 2011.
13. Böge U. «Effizienz und WettbewerbsausSicht des Bundeskartellamts», in Peter Oberender (éd.), Effizienz und Wettbewerb, Berlin: 2005.
14. Vogel, Louis (ed.). Coll. "Common Law / Global Law», Paris: {j} Publisher Pantheon-Assas, 2013.
15. Louis Vogel (ed.). Civil cases in connection with the competition, Coll. "Common Law / Global Law», Paris: Pantheon-Assas Publisher 2013.
16. Demme J. Health sector with respect and the right to competition, "A look at the German economy - Economic Bulletin Information and Research Center of modern Germany (CIRAC), № 95/2010, p. 27.
17. Robert V. Press in France and in Germany, a comparison of systems, Paris: Press Agency New Sorbonne 2012.

*Перевод Э. Б. Терехова, доцента кафедры иностранных языков
Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА)*

УСЛОВИЯ ОПУБЛИКОВАНИЯ И ТРЕБОВАНИЯ К ПРЕДСТАВЛЯЕМЫМ В ЖУРНАЛЕ МАТЕРИАЛАМ И ИХ ОФОРМЛЕНИЮ

Более подробная информация содержится на сайте МГЮА (Университет имени О.Е. Кутафина) в разделе «Издательская деятельность», «Научные журналы»
http://msal.ru/primary-activity/publishing/scientific_journals/lex_russica/

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 учёные 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 МГЮА (Университет имени О.Е. Кутафина).
5. Автор направляет в редакцию Журнала статью согласно условиям и порядку предоставления и опубликования статей, а также требованиям к оформлению статей, размещенным на сайте МГЮА (Университет имени О.Е. Кутафина). **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 потребуется. 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.
11. Знак сноски в тексте ставится перед знаком препинания (точкой, запятой, двоеточием, точкой с запятой). Пример оформления смотрите на сайте МГЮА (Университет имени О.Е. Кутафина).
12. **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.
13. **Ссылки на электронные ресурсы** следует оформлять в соответствии с **библиографическим ГОСТом 7.82-2001**. Необходимо указывать заголовок титульной страницы ресурса, <в угловых скобках> полный адрес местонахождения ресурса и (в круглых скобках) дату последнего посещения веб-страницы.
14. 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 МГЮА (Университет имени О.Е. Кутафина).

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

Телефон редакции: (8-499)244-85-56.

Почтовый адрес редакции: 123995, г. Москва, ул. Садовая-Кудринская, д. 9.

E-mail: lexrus@msal.ru

Московский государственный юридический университет имени О.Е. Кутафина (МГЮА)

Объем: 15,81 усл.-печ.л., формат 60x84¹/₈. Тираж 250 экз. Дата подписания в печать 14.12.2015 г.

Редактор *М.В. Баукина*

Корректор *А.Б. Рыбакова*

Компьютерная верстка *Т.В. Серёгина*

Печать цифровая. Гарнитура «Calibri».

Типография Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), 123995, г. Москва, ул. Садовая-Кудринская, д. 9.

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.