

**Председатель Редакционного совета**

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

**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**

**ГАВРИЛОВА Ольга Андреевна** — 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, заведующая кафедрой финансового права, первый проректор Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), почетный работник высшего профессионального образования РФ, почетный работник науки и техники РФ.

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

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

**КОМОРИДА Акио** — профессор Университета Канагава (Япония).

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

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

**ОТМАР Зойль** — доктор права, почетный доктор права, Emeritus профессор Университета Paris Ouest-Nanterre-La Defense (Франция).

**ПАН Дунмэй** — кандидат юридических наук, профессор юридического института Хэйлунцзянского университета КНР, приглашенный исследователь Центра славянских исследований университета Хоккайдо Японии.

**ПИЛИПЕНКО Юрий Сергеевич** — доктор юридических наук, вице-президент Федеральной палаты адвокатов России, председатель Совета коллегии адвокатов Московской области «Юридическая фирма «ЮСТ»».

**РАДЬКО Тимофей Николаевич** — доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой теории государства и права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), заслуженный юрист РФ.

**РАРОГ Алексей Иванович** — доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой уголовного права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), заслуженный деятель науки РФ, почетный юрист города Москвы.

**РАССОЛОВ Илья Михайлович** — доктор юридических наук, профессор кафедры правовой информатики Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), главный редактор журнала «Судебная и правоохранительная практика».

**РЫБАКОВ Олег Юрьевич** — доктор философских наук, доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой теории и истории государства и права Российской правовой академии Министерства юстиции РФ, член российской секции Международной ассоциации философии права и социальной философии, член комиссии по науке ассоциации юристов России, член Экспертного совета по праву Министерства образования и науки РФ, почетный работник высшего профессионального образования РФ.

**ТУМАНОВА Лидия Владимировна** — доктор юридических наук, профессор, заведующая кафедрой гражданского процесса и правоохранительной деятельности, декан юридического факультета Тверского государственного университета, заслуженный юрист РФ.

**ФЕДОРОВ Александр Вячеславович** — заместитель председателя Следственного комитета Российской Федерации, генерал-полковник, кандидат юридических наук, профессор, главный редактор журнала «Наркоконтроль».

**ХЕЛЛЬМАНН Уве** — Dr. iur. habil, профессор, заведующий кафедрой уголовного и экономического уголовного права юридического факультета Потсдамского университета (Германия).

**ШЕВЕЛЕВА Наталья Александровна** — доктор юридических наук, профессор, заведующая кафедрой государственного и административного права Санкт-Петербургского государственного университета.

**ШУГРИНА Екатерина Сергеевна** — доктор юридических наук, профессор кафедры конституционного и муниципального права, председатель Редакционно-издательского совета Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), главный редактор журнала «Актуальные проблемы российского права».

**де ЗВААН Яап** — профессор Роттердамского университета (Голландия), профессор кафедры Жана Монне (Европейский Союз).

*2015 (Published in 1948)*

**RESEARCH PAPERS KUTAFIN MOSCOW STATE LAW UNIVERSITY. That C (№ 15)**

---

---

**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**

**GAVRILOVA, Olga Andreyvna** — 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 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.

**OTMAR, Seul** — Doctor of Law, Merited Doctor of Law, Emeritus Professor of the University Paris Ouest-Nanterre-La Defense (France).

**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** — 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** — Professor of the Rotterdam University (Holland), Professor of the Jean Monnet Chair (the EU).

# СОДЕРЖАНИЕ

## ТЕОРИЯ ПРАВА

<i>О.Ю. Рыбаков, С.В. Тихонова</i> Правовая политика как управление позитивным правом: новая версия теории правовой политики.....	7
---	---

## ТЕОРЕТИЧЕСКИЕ ПРОБЛЕМЫ ОТРАСЛЕЙ ПРАВА

<i>Г.С. Беляева</i> Процессуально-правовые средства: понятие, признаки и виды .....	19
---	----

<i>С.Б. Поляков</i> Судебный прецедент в России: форма права или произвола?.....	28
--	----

<i>Ю.В. Байгушева</i> Решение объединения лиц о выдаче полномочия .....	43
---	----

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

<i>Н.В. Щедрин</i> Новый Уголовный кодекс России в контексте социального управления .....	48
---	----

<i>Т.Д. Устинова</i> Общественная опасность и ее влияние (учет) при конструировании норм Общей части УК РФ .....	63
--	----

<i>Т.Ю. Орешкина</i> Система обстоятельств, исключающих преступность деяния .....	73
---	----

## СРАВНИТЕЛЬНОЕ ПРАВОВЕДЕНИЕ

<i>Тильман Беценбергер</i> ( <i>Tilman Bezzenberger</i> ), <i>Мари Франс Николас-Магвин</i> ( <i>Marie France Nicolas-Maguin</i> ) Имеет ли смысл принцип абстрактности? Сопоставительный анализ с точки зрения немецкого и французского права.....	86
--	----

## ЗАРУБЕЖНОЕ ПРАВО

<i>Гётц Шульце</i> ( <i>Götz Schulze</i> ) Моральные императивы в международном гражданском праве .....	93
--	----

<i>Эйк Юбершер</i> ( <i>Eyk Ueberschär</i> ) Относительно развития и будущего экономической медиации в Германии .....	106
--	-----

## ИСТОРИЯ ПРАВОВОЙ МЫСЛИ

<i>Ю.В. Грачева, А.И. Чучаев</i> Первый учебник уголовного права (к 200-летию учебника Осипа Горегляда «Опыт начертания российского уголовного права»).....	112
---	-----

## УСЛОВИЯ ОПУБЛИКОВАНИЯ И ТРЕБОВАНИЯ

<b>К ПРЕДСТАВЛЯЕМЫМ В ЖУРНАЛЕ МАТЕРИАЛАМ И ИХ ОФОРМЛЕНИЮ .....</b>	125
--	-----

# CONTENTS

## LEGAL THEORY

- Rybakov, O.Y., Tihonova, S.V.*  
Legal policy as means  
of administering positive law:  
a new version of the legal policy theory..... 7

## THEORETICAL PROBLEMS OF BRANCHES OF LAW

- Belyaeva, G.S.*  
Procedural legal means:  
definition, characteristic features  
and types..... 19

- Polyakov, S.B.*  
Judicial precedent in Russia:  
form of law or form  
of abuse of discretion? ..... 28

- Baigusheva, Y.V.*  
Decision of an association  
of persons on authorization ..... 43

## EXTRAMURAL ROUNDTABLE «THE NEW CRIMINAL CODE OF RUSSIA: CONCEPTUAL FUNDAMENTALS AND THEORETICAL MODEL»

- Schedrin, N.V.*  
New Criminal Code  
of Russia within the framework  
of social administration ..... 48

- Ustinova, T.D.*  
Public danger  
and its influence (consideration)  
in construction of the norms  
of the General Part of the Criminal Code  
of the Russian Federation..... 63

- Oreshkina, T.Y.*  
The system  
of circumstances excluding criminality  
of an act..... 73

## COMPARATIVE LEGAL STUDIES

- Tilman Bezenberger,  
Marie France Nicolas-Maguin*  
Does the abstractiveness principle  
have meaning? ..... 86

## FOREIGN LAW

- Götz, Schulze*  
Moral imperatives  
in the international civil law ..... 93

- Eyk Ueberschär*  
On development and the future  
of economic mediation  
in Germany ..... 106

## HISTORY OF LEGAL THOUGHT

- Gracheva, Y.V., Chuchayev, A.I.*  
The first manual on Criminal Law.  
(On the 200<sup>th</sup> anniversary  
of the manual by Osip Goreglyad  
«Experience of Drafting  
Russian Criminal Law»)..... 112

## PUBLISHING CONDITIONS AND THE REQUIREMENTS TO THE MATERIALS FOR THE JOURNAL

- ..... 125

## ПРАВОВАЯ ПОЛИТИКА КАК УПРАВЛЕНИЕ ПОЗИТИВНЫМ ПРАВОМ: НОВАЯ ВЕРСИЯ ТЕОРИИ ПРАВОВОЙ ПОЛИТИКИ

**Аннотация.** Статья посвящена разработке новой версии теории правовой политики. Авторы выдвигают новый подход к определению правовой политики, учитывающий многообразие исторических форм, типов и видов правовой политики и одновременно отвечающий требованию применимости к реалиям современной политико-правовой жизни России. Базовой идеей предлагаемого подхода является интерпретация правовой политики как управления позитивным правом. В современном российском государстве целью такого управления является подчинение позитивного права праву естественному, однако в историческом ракурсе наблюдается смена целеполагания, детерминированная доминирующим правовопониманием. Рассмотрение правовой политики как управления позитивным правом позволяет раскрыть сущность данного феномена через акцентирование его сознательного волевого характера, его направленности на изменение права и, таким образом, учесть сознательный вклад субъектов правовой политики в развитие правовой системы. Правовая политика является исторически сложившейся формой организации правового развития общества, благодаря которой через последовательность формулирования целей, поиск средств, их применения и оценки достигнутого результата, то есть через управление, меняется правовая жизнь. Именно управленческий характер политико-правовой деятельности обеспечивает правовой политике статус инструмента совершенствования правовой реальности. Любые государства решают ряд управленческих задач в правовой сфере для обеспечения модернизации права, приведения его в соответствие с развивающимися социальными общественными отношениями. Само существование позитивного права предполагает непрерывную работу огромного числа субъектов, которая не может быть хаотичной и бессмысленной. На основе этих идей по-новому рассматриваются дискуссионные проблемы теории правовой политики: определение круга ее субъектов, обоснования способов ее классификации, выделения ее существенных признаков. Авторы приходят к выводу, что интерпретация правовой политики как управления позитивным правом открывает перспективы для разработки нового, целостного и универсального подхода к феномену правовой политики, способного служить надежной методологической основой исследований правовой политики во всех отраслях юридической науки.

**Ключевые слова:** теория права, методология, теория правовой политики, правовая политика, управление, правовое развитие, стратегии правового развития, субъекты правовой политики, признаки правовой политики, классификация правовой политики.

---

© Рыбаков О.Ю., 2015

\* Рыбаков Олег Юрьевич — доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой истории и теории государства и права Российской правовой академии Минюста РФ.

[rybakov-oy@yandex.ru]

127051, Россия, г. Москва, Большой Каретный пер., д.10а.

© Тихонова С.В., 2015

\*\* Тихонова Софья Владимировна — доктор философских наук, профессор кафедры социальных коммуникаций юридического факультета Саратовского государственного университета им. Н.Г. Чернышевского.

[segedasv@yandex.ru]

410012, Россия, г. Саратов, ул. Астраханская, д. 83.

Последнее десятилетие оказалось весьма плодотворным для теоретической разработки проблем правовой политики. На август 2014 г. на поисковый запрос «правовая политика» в Научной электронной библиотеке ([www.elibrary.ru](http://www.elibrary.ru)) выдается 153213 статей. Этот внушительный корпус текстов свидетельствует как об устойчивом исследовательском интересе к феномену правовой политики, так и востребованности нового знания в этой области.

Активное развитие теории правовой политики осуществляется за счет эмпирических, отраслевых исследований, особенно актуальных в условиях интенсивной современной социальной динамики. Не остается на месте и методологический блок, в рамках которого идет поиск методологического инструментария. В настоящее время правовая политика как научный термин встраивается в следующий категориальный ряд: правовое развитие, доктрина, юридическая наука, правовая культура. Усилия исследователей направлены на выяснение связей, преемственности правовой политики с родственными феноменами и одновременно поиск тех специфических черт, которые обеспечивают ей самостоятельный статус.

В целом, сложились два основных направления ее изучения, предполагающих различные методологические интерпретации исследователей. Обозначим их как теоретико-идеологический и организационно-праксеологический подходы.

Теоретико-идеологический подход акцентирует идейно-доктринальный уровень правовой политики. Одним из наиболее характерных для него является определение правовой политики, выдвинутое А.В. Поляковым: «Правовая политика (политика права) — это совокупность представлений о том, какими путями и средствами можно воздействовать на правовую ситуацию в обществе»<sup>1</sup>. Как отмечает К.В. Шундиков, в научном мире сложилось понимание правовой политики как идейной абстракции, понятия, отражающего главным образом должное состояние правовой формы, ее идеальную модель<sup>2</sup>. В целом, в рамках идеологического направления правовая политика выступает как определение концептуальных основ развития права. Эвристический потенциал данного подхода определяется характером объективации правовой политики — исследователю она доступна преимущественно через основополагающие нормативно-правовые акты, в которых она находит свое воплощение.

<sup>1</sup> Поляков А.В. Введение в общую теорию государства и права: курс лекций: СПб., 2000. URL: <[http://lawdiss.org.ua/books/107.doc.html#\\_fn2](http://lawdiss.org.ua/books/107.doc.html#_fn2)> (дата посещения: 24.01.2015)

<sup>2</sup> См.: Шундиков К.В. О некоторых проблемах формирования, развития и реализации концепции правовой политики // Правовая политика: от концепции к реальности / под ред. Н.И. Матузова, А.В. Малько. М.: Юрист, 2004. С. 27.

Организационно-праксеологический подход акцентирует деятельностную природу правовой политики, ее реализацию в конкретных социальных и нормативных актах субъектов права. С этой точки зрения правовая политика предстает как комплекс мер, направленных на решение конкретных задач в правовом пространстве. Так, В.В. Болтунов полагает, что «правильнее все-таки считать, что правовая политика — это именно деятельность, и деятельность уполномоченных органов, реализующаяся в сфере действия права, влекущая правовые последствия»<sup>3</sup>.

Два эти подхода не противоречат друг другу. Их методологическое назначение — обеспечивать доступность исследовательскому анализу выбранного аспекта объекта изучения. Их наличие объясняется внутренними потребностями развития научного знания. Более того, в существующей литературе не редкостью являются определения правовой политики, объединяющие элементы обоих подходов. Например, В.С. Нерсеянц определяет правовую политику как государственную политику в области развития права (внутреннего и международного), стратегию и тактику правового пути развития общества, государства, страны; систему идей, принципов, норм, форм и процедур признания, осуществления и развития начал и требований господства права в общественной и государственной жизни<sup>4</sup>. В этом определении фиксируется специфическая деятельность государства в правовой сфере, опирающаяся на определенную систему правовых идей. Н.И. Матузов строит свою дефиницию правовой политики через указание на реализацию в сфере права и с его помощью идей и мер: «правовая политика — это комплекс целей, мер, задач, программ, установок, реализуемых в сфере действия права и посредством права»<sup>5</sup>, уравнивая идеологический и организационный компоненты перечислением.

Однако сложившиеся подходы не являются исчерпывающими, они не отменяют потребности в новых методологических разработках. Во-первых, по мере социального прогресса и усложнения общества будут усложняться оба базовых компонента правовой политики — будут появляться новые идеи, учения, концепции, теории на фоне общего усложнения социальной структуры, специализации и дифференциации социальной деятельности. Соответственно, необходимо учитывать общий контекст социального развития. Во-вторых, теория правовой

<sup>3</sup> Болтунов В.В. Соотношение понятий «правовая политика» и «правовая культура» // Апробация. 2013. № 8 (11). С. 9.

<sup>4</sup> См.: Нерсеянц В.С. Правовая политика Российской Федерации: основные направления и задачи // Правовая политика и пути совершенствования правотворческой деятельности в Российской Федерации. М.: Изд-во РУДН, 2006. С. 69.

<sup>5</sup> Матузов Н.И. Понятие и основные приоритеты российской правовой политики // Правоведение. 1997. № 4. С. 8.

политики должна выработать целостную картину, отражающую изучаемое явление, в которой адекватно будет показано его зарождение, развитие и современное состояние. Иначе говоря, в ней должен быть представлен как диахронический, так и синхронический уровень анализа. В рамках настоящей работы мы намерены предложить новый методологический подход к исследованию правовой политики, отвечающий обозначенным требованиям.

Сложность формирования такого подхода во многом связана с многообразием исторических форм, типов и видов правовой политики, изучение которого невозможно без привлечения достижений всех общих отраслей юридической науки (общая теория права, история политических и правовых учений, история государства и права, методология правовых исследований). Сама теория правовой политики выдвинута в рамках общей теории права. Но в каждом конкретном случае анализа той или иной формы или вида правовой политики необходимо поднимать вопрос о его хронологических и пространственных рамках. Если пространственные границы, как правило, определяются развитием национальной правовой системы, то вопрос о хронологических границах достаточно сложен. Историко-правовые исследования правовой политики, проводившиеся в последнее время, обнаружили его неоднозначность. Полагаем, что правовая политика возможна только в условиях государственного развития, для которого характерно волеустановленное, позитивное право.

Историко-правовой ракурс исследования необходим и в подходе к определению правовой политики. Без сравнения правовой политики разных эпох и народов, без соотнесения ее с процессом государствогенеза сложно уловить ее сущность. Ретроспективный анализ правовой политики демонстрирует универсальность ее государственно-правового характера. Государственно-правовая политика направлена на совершенствование системы права, в той или иной степени развития она характерна для любого государства.

Собственно, правовая политика возможна там и тогда, где государством признано естественное право, а значит, есть задача подчинить позитивное право естественному праву, согласовать его с ним. Иначе говоря, эталоном развития права является реализация и защита естественных прав. У государственно-правовой политики могут быть другие эталоны, определяемые господствующей в данном конкретном обществе идеологией или религией. Процесс признания естественного права государствами начинается с периода буржуазных революций. В современном мире, где подавляющее большинство стран признают естественные права, демаркация госу-

дарственно-правовой и правовой политики оказывается избыточной, эти понятия чаще всего совпадают по содержанию и объему.

Привлечение истории политических и правовых учений необходимо там, где речь идет об анализе идейных структур правовой политики, о кристаллизации ее целей. Таким образом, заявленный подход должен иметь комплексный междисциплинарный характер. Тогда он будет служить трансформации теории правовой политики в методологическую платформу отраслевых исследований, потребность в которых всегда велика.

Однако только обеспечением междисциплинарности наша задача не ограничивается. На наш взгляд, в современных концепциях правовой политики недостаточное освещение получила проблема сущности правовой политики. Ее раскрытие через повышение эффективности механизма правового регулирования чревато редукционизмом, сведением к функционированию конкретных элементов этого механизма, неважно, основных или вспомогательных. Думается, что решение лежит в области анализа основных признаков правовой политики, ее сущностных черт.

О.Ю. Рыбаков и Ю.С. Юрьева, разрабатывая проблему сущности правовой политики, выделили следующие ее основные черты: интегрированный характер, системность, субъектность, зависимость от факторов внутренней и внешней среды, публичный характер, динамичность, стабильность, целевой характер и результативность, плановость, научная обоснованность, наличие обособленной сферы формирования и осуществления правовой политики, силовой характер, наличие правового инструментария, преемственность<sup>6</sup>. Эти черты были классифицированы как собственно правовые (силовой характер, наличие обособленной сферы формирования и осуществления, наличие правового инструментария, преемственность), политические (публичность, динамичность, стабильность, целевой характер и результативность, плановость, научная обоснованность), и политико-правовые (интегрированность, системность, субъектность, зависимость от факторов внешней и внутренней среды)<sup>7</sup>.

В продолжение этой классификации (и одновременно «источников» конкретных черт) считаем необходимым подчеркнуть ее праксеологический характер. И именно в этом ракурсе может быть обнаружена основа новой интерпретации правовой политики, способной вскрыть и конкретизировать ее сущность. Рассматривая

<sup>6</sup> См.: Рыбаков О.Ю., Юрьева Ю.С. Правовая политика: сущность, основные черты // Вестник Саратовской государственной академии права. 2009. № 6. С. 14–22.

<sup>7</sup> См.: Там же. С. 20.

правовую политику как специфическую деятельность, мы должны проанализировать ее не только с позиций ее внутренней структуры, но описать ее через родовое понятие. В первом приближении им может послужить категория деятельности. Необходимо отметить, что интерпретации правовой политики через категорию деятельности уже осуществлялись в юридической науке. Так, В.А. Хвалеев рассматривает правовую политику в трех основных аспектах: концептуально-идеологическом, институциональном и деятельностном. Деятельностный аспект демонстрирует, что практическая основа правовой политики заключается в деятельности адресатов правовой политики в соответствии с концептуально-идеологическим обоснованием институциональных трансформаций<sup>8</sup>.

Тем не менее деятельность как универсальная категория социального знания не является следующей ступенью обобщения после правовой политики, так как носит слишком абстрактный характер. При прямом обращении к ней нарушается правило непрерывности логической операции деления, то есть деление перекакивает через один уровень. Скачка в делении можно избежать, обратившись к понятию политической деятельности (отношения подчинения тогда выстраиваются следующим образом: деятельность – социальная деятельность – политическая деятельность, политико-правовая деятельность)<sup>9</sup>. Таким образом, родовым для политико-правовой деятельности является политическая деятельность. И именно в сфере знания, описывающего политическое, могут быть обнаружены модели и идеи, необходимые для анализа сущности правовой политики.

Действительно, в литературе общепринято трактовать политику как родовое понятие по отношению к правовой политике. Вместе с тем в центре внимания исследователей-правоведов, изучающих правовую политику, чаще всего оказывается структура политической сферы. Например, Г.И. Муромцев описывает структуру политики как систему идеологического, социологического и институционального компонентов, то есть единство а) политических идей, взглядов и теорий; б) политических отношений (между классами, нациями и государствами); в) политических институтов<sup>10</sup>.

Однако значимым, на наш взгляд, является не только структурный, но и процессуальный

аспект политического, в рамках которого политика раскрывается как особая практика. Практика, в свою очередь, определяется как целенаправленная и целесообразная деятельность. Смыслом и целями политической деятельности являются обретение, удержание и использование политической власти, причем все три цели предполагают и обуславливают друг друга. Власть обретают ради того, чтобы ее сохранять и использовать, в то же время использовать власть нельзя, не обрета ее и не удерживая, некачественное использование власти приведет к ее потере и лишит смысла обретение.

Базовыми компонентами политической деятельности являются цель, средство, взаимодействие субъекта и объекта, прогнозируемый и реальный результаты. Начиная с Нового времени, политическая деятельность рационализируется, то есть субъекты политики начинают стремиться к тому, чтобы избранная цель достигалась с наименьшими издержками. В XX в. идея о научной обоснованности государственной политики получает повсеместное распространение именно потому, что научный подход позволяет максимально сократить затраты на пути к желаемому результату. Таким образом, использование власти переводится в плоскость социального управления, а именно такого воздействия на социальную жизнь, которое приводит к появлению у нее запланированных свойств и качеств. Управление – это элемент, функция организованных систем различной природы, обеспечивающая сохранение их определенной структуры, поддержание режима деятельности, реализацию программы, цели деятельности<sup>11</sup>. В политологии управление определяется как функция организованной системы (общества), обеспечивающая сохранение ее структуры, поддержание режима деятельности и реализацию программы по достижению цели деятельности<sup>12</sup>.

Наиболее очевидным объектом социального управления в Новейшее время становится экономическая сфера, и либеральная, и командно-административная модель функционирования экономической сферы рассматривается их апологетами именно как инструмент достижения искомого социального состояния – максимально полной реализации свободы и перехода к коммунистическому строю соответственно. Не случайно в теории правовой политики столь часто используются понятия «оптимизации» и «повышения эффективности», исконно экономические термины, характеризующие развитие

<sup>8</sup> См.: Хвалеев В.А. Правовая политика России в условиях глобализации: автореф. дис... канд. юрид. наук. Ростов н/Д., 2008. С. 7.

<sup>9</sup> При этом понятие «политическая деятельность» пересекается с понятием «правовая деятельность». На их пересечении находится понятие «политико-правовая деятельность».

<sup>10</sup> См.: Муромцев Г.И. Правовая политика: специфика понятия и ее преломление в постсоветской России // Правовая политика и пути совершенствования правотворческой деятельности в Российской Федерации. М.: Изд-во РУДН, 2006.

<sup>11</sup> См.: Философский энциклопедический словарь. М.: Сов. энциклопедия, 1983. С. 704.

<sup>12</sup> См.: Ацюковский В., Ермилов Б. Краткий политологический толковый словарь. М., 2003 URL: <http://www.politike.ru/dictionary/279> (дата посещения: 12.08.2014).

производства. Их экономическая семантика не получает явной артикуляции, она остается завуалированной, имплицитной, но тем не менее возможные альтернативы предполагают только отказ от точного количественного анализа. Само управление в экономическом ракурсе трактуется функционально (целенаправленное информационное воздействие на людей и экономические объекты, осуществляемое с целью направить их действия и получить желаемые результаты) и процессуально (совокупность управленческих действий, которые обеспечивают достижение поставленных целей путем преобразования ресурсов на «входе» в продукцию на «выходе»)<sup>13</sup>. Эффективность — это соотношение полезного результата и затрат факторов производственного процесса<sup>14</sup>; результативность процесса, операции, проекта, определяемая как отношение эффекта, результата к затратам, обусловившим его получение<sup>15</sup>. Оптимизация — это поиск наилучшего (из множества возможных) варианта решения поставленной задачи при заданных требованиях, ограничениях. В экономике оптимизация рассматривается как определение значений экономических показателей, при которых достигается оптимум, то есть оптимальное, наилучшее состояние системы; оптимуму соответствует достижение наивысшего результата при данных затратах ресурсов или достижение заданного результата при минимальных ресурсных затратах<sup>16</sup>.

Результаты социального управления, и уже, калькулируемы в очень ограниченных масштабах. Поэтому понятие «эффективность» в теории правовой политики используется в смысле результативности, а «оптимизация» — усиления результативности. Однако без использования понятия «управления» они оказываются «повисшими в воздухе». Именно управление выступает для них отправной точкой и должно быть включено в категориальный ряд. Речь идет не только о словоупотреблении, но и о концептуальной теоретической платформе, описывающей сущность, формы и виды управленческой деятельности.

В советской обществоведческой традиции управление трактовалось как «функция организованных систем различной природы, обеспечивающая сохранение их определенной структуры, поддержание режима деятельности, реализацию программы, цели деятельности»<sup>17</sup>. Социальное

управление, соответственно, определялось как воздействие на общество с целью его упорядочения и сохранения качественной специфики, осуществляемое постепенно сформировавшимися специализированными структурами, важнейшей из которых является государство. Считалось, что в условиях социализма социальное управление осуществлялось на научной основе: «социализм — общество, создаваемое планомерно усилиями народных масс под руководством Коммунистической партии и социалистического государства на основе научного познания и практического использования объективных закономерностей»<sup>18</sup>. Не вдаваясь в обсуждение уровня развития советской социологии, отметим, что как минимум социальное управление строилось на единой доктринальной основе, содержавшей целостную картину взаимодействия государства, права и общества.

На Западе развитие научной теории государственного управления начинается с работ М. Вебера, В. Вильсона, Ф. Гуднау. В начале XX в. в учебных программах ведущих университетов появляются курсы, посвященные государственному управлению, появляются специализированные научно-исследовательские центры. Последовательно распространяются идеи школы научного управления о рациональной организации производства (Ф. Тейлор), классической школы менеджмента об универсальных принципах управления (А. Файоль), кейнсианства об антикризисном государственном управлении экономикой. С середины XX в. акцентируется интерес к человеческим ресурсам, мотивации, поведению и авторитету. Последние десятилетия особое внимание уделяется применению информационно-коммуникационных технологий в государственном управлении, информатизации его процессов, необходимых для перехода от государственного администрирования к государственному менеджменту, обеспечивающему гибкость и динамичность политического действия в условиях сверхбыстрой социальной динамики периода глобализации. Любопытно, что одним из маркеров демаркации «нового» и «старого» государственного менеджмента является отказ от дихотомии политика/государственное управление. «Старые» концепции исходили из узкого понимания государственного управления, связывая его с деятельностью исполнительной власти, а политику идентифицировали с деятельностью представительных органов и главы государства, определяющих цели развития страны. Новый государственный менеджмент исходит из тезиса о неэффективности всей современной политической системы и предлагает «другую политическую перспективу не только

<sup>13</sup> См.: Бизнес-словарь. URL: [http://www.businessvoc.ru/bv/Term.asp?word\\_id=26017](http://www.businessvoc.ru/bv/Term.asp?word_id=26017) (дата посещения: 12.08.2014).

<sup>14</sup> См.: Щербаков А.И. Совокупная производительность труда и основы её государственного регулирования. М.: Изд-во РАГС, 2004. С. 15.

<sup>15</sup> См.: Экономика и право: словарь-справочник. М., 2004. URL: [http://dic.academic.ru/contents.nsf/dic\\_economic\\_law/](http://dic.academic.ru/contents.nsf/dic_economic_law/) (дата посещения: 12.08.2014).

<sup>16</sup> См.: Там же.

<sup>17</sup> Философский энциклопедический словарь. С. 704.

<sup>18</sup> Там же. С. 105.

для структуры и функций публичных организаций, но и для политического базиса самого государственного сектора»<sup>19</sup>. Смыслом политики и становится управление, адаптированное к условиям перманентных социальных трансформаций, характерных для современного информационного общества.

В постсоветский период государственное управление как область научных исследований начала свое формирование с 90-х гг. XX в., термин государственное управление еще не обрел окончательного определения и остается дискуссионным. Тем не менее сложились две трактовки его значения — широкая и узкая. Узкая, аналогично западной школе старого менеджмента, связывает государственное управление с реализацией исполнительной власти. Широкая рассматривает государственное управление в качестве деятельности государственного аппарата по регулированию общественных отношений, по управлению как общественными, так и собственными делами<sup>20</sup>. Широкая трактовка перестает связывать государственное управление исключительно с исполнительной властью, но круг его субъектов по-прежнему укладывается в рамки системы государственных органов. Различие отечественного и западного подходов к государственному управлению лежит не только в области большего внимания к технологиям взаимодействия субъектов государственного управления, перехода от институциональных моделей деятельности к проектным. Модель западного государственного менеджмента предполагает переход от рассмотрения своего объекта как собственно «государственной» сферы, речь начинает идти о сфере публичной, что дает выход на полисубъектность ее состава.

Эту же идею использует и теория политических сетей, современная политологическая концепция, описывающая динамичность и текучесть процессов принятия решений в современном государственном управлении. Как отмечает Т. Берцель, производство общественных благ определяет сегодня зависимость государства от различных акторов и subsystem, взаимозависимость общественных и частных акторов определяет неэффективность иерархических структур, доминантной моделью становятся политические сети<sup>21</sup>. Л.В. Сморгунув выделяет ряд концептуальных источников теории политических сетей: организационная социология, ака-

демическая теория бизнес-администрирования, социальный структурный анализ, институциональный анализ, теория общественного выбора и неоменеджеризм<sup>22</sup>. На этой идейной платформе осуществляется «плюрализация» образа политики и государственного управления, позволяющая реконструировать отношения между государственным управлением и гражданами и одновременно открыть правительство гражданам. Политические сети раскрывают отношения между структурами государственного управления, коммерческими и некоммерческими ассоциациями, а значит, концепция политических сетей меняет ракурс рассмотрения государства как субъекта политики. Государственные институты рассматриваются как один из многих, пусть и важных, акторов производства политических решений; они рассматриваются как «сцепленные» ресурсным обменом с другими агентами политики; подчеркивается горизонтальный характер связей между акторами. Таким образом, политические решения определяются сетями субъектов, находящихся в отношениях ресурсной зависимости. Понятие сети артикулирует именно активное и осознанное взаимодействие акторов, создающих политическое решение и принимающих участие в его выполнении.

Интересно, что теория политических сетей позволяет отказаться от метафорического понятия «эффективность» в пользу «действенности», учитывающей как минимизацию транзакционных издержек (затраты на переговоры, на интеграцию и координацию совместной деятельности), так и качественное удовлетворение тех или иных общественных потребностей.

Итак, обращение к родовому для правовой политики понятию — политике позволило нам установить, что в качестве основного содержания современной политики можно рассматривать управленческую деятельность<sup>23</sup>. Однако правовая политика как вид политики обладает существенной спецификой. Как отмечает О.Ю. Рыбаков, при анализе правовой политики «необходимо отчетливо представлять пределы политического в правовом пространстве, в отношениях собственно юридических»<sup>24</sup>. Не случайно в процитированном нами определении Н.И. Матузова говорится о том, что правовая политика — это политика, осуществляемая в сфере права и посредством права. Уникальность и сложность права в социальной системе в особых комментариях не нуждается, более того, именно она и позволяет юридической науке рассматривать

<sup>19</sup> Gray A., Jenkins B. From Public Administration to Public Management: Reassessing a Revolution? // *Public Administration*. 1995. Vol. 73. № 1. P. 86.

<sup>20</sup> Подробнее см.: Государственное управление: учеб. пособие / под ред. Л.И. Горбуновой. Хабаровск: ДВАГС, 2005. С. 24–25.

<sup>21</sup> См.: Borzel T. Rediscovering Policy Networks as a Form of Modern Governance // *Journal of European Public Policy*. 1998. Vol. 5. № 2. P. 358.

<sup>22</sup> См.: Сморгунув Л.В. Государственное управление и политика: учеб. пособие. СПб.: Изд-во СПбГУ, 2002. С. 40.

<sup>23</sup> Политическую борьбу также можно интерпретировать в терминах управления политтехнологиями.

<sup>24</sup> Рыбаков О.Ю. Личность. Права и свободы. Правовая политика. М.: Рос. прав. акад. МЮ РФ, 2004. С. 16.

право как реальность *sui generis*, автономную и обособленную часть социальной реальности. Что же может дать предпринятый нами анализ политики для обогащения знания о политике в уникальной правовой сфере?

Очевидно, что прямая экстраполяция здесь невозможна в силу правовой специфики. Например, все данные, касающиеся психологических и личностных аспектов политической деятельности, не имеют особого значения для правовой сферы, признаком которой является формальный характер (хотя они могут иметь некоторое значение в исследованиях правовой культуры).

Иначе обстоит дело с управленческим характером политической деятельности. Определение правовой политики через управление позволяет расширить данные теории правовой политики по вопросам сущности правовой политики, ее субъектного состава, структурных уровней и принципов.

Мы полагаем, что правовая политика может быть определена как управление позитивным правом для подчинения его праву естественному. Если это управление преследует иную цель, то речь должна идти о государственно-правовой политике, также управляющей развитием позитивного права. Современная российская правовая политика осуществляется на базе признания естественного права (ст. 17 Конституции РФ), и, соответственно, является правовой.

Рассмотрение правовой политики как управления позитивным правом позволяет акцентировать ее сознательный *волевой* характер, направленный на *изменение* права. Право существует как саморазвивающаяся система с особой логикой развития, важной частью которой являются сознательные усилия людей, направленные на приближение сущего к должному. Их вклад особо очевиден в переломные эпохи смены государственного строя, приводящие к смене правовых систем, но не исчезает он и в периоды рутинного функционирования. Вместе с тем правовую политику нужно отличать от простого реагирования, действий по схеме «вызов — ответ». Правовая политика предполагает планирование хотя бы в краткосрочной перспективе, то есть опережение событий.

Правовое развитие, определяемое как комплексное, качественное, необратимое и целенаправленное изменение системы базовых правовых средств и социально-юридических механизмов регулирования общественных отношений<sup>25</sup>, в известной степени зависит от сознательных усилий людей. И в этой связи правовая политика является исторически сложившейся формой организации правового развития общества, благодаря которой через последовательность форму-

лирования целей, поиск средств, их применения и оценки достигнутого результата, то есть через управление, меняется правовая жизнь.

Именно управленческий характер политико-правовой деятельности обеспечивает правовой политике статус инструмента совершенствования правовой реальности. Государствам приходится решать ряд управленческих задач в правовой сфере — обеспечивать обновление, устранять пробельность, разрабатывать правовые нормы для новых общественных отношений, принимать новые нормативно-правовые акты, изменять и дополнять существующие, отменять устаревшие, систематизировать законодательство, осуществлять мониторинг правоприменения, реформировать деятельность правотворческих и правоохранительных органов, судов, корректировать свои цели и задачи в соответствии с принципами демократии по мере развития и изменения содержания общественного сознания. Конечно, модернизация права как управленческая задача не охватывает всю правовую реальность. Незыблемыми остаются основы правовой системы, естественное право меняет свое историческое содержание исключительно по своим внутренним закономерностям, в сфере правовой культуры приходится говорить в лучшем случае о влиянии государства (через образование и просвещение). Тем не менее само существование позитивного права предполагает непрерывную работу огромного числа субъектов, и эта работы не бывает хаотичной и бессмысленной.

Управленческий подход к исследованию правовой политики позволяет обеспечить новый ракурс рассмотрения проблемы субъектов правовой политики, одной из наиболее дискуссионных в ее теории. Субъекты правовой политики определяются как ее стороны, участвующие в формировании и осуществлении правовой политики в целях достижения государственно-общественного баланса<sup>26</sup>. Основным субъектом правовой политики является государство в лице федеральных и региональных органов власти. Иногда главным признаком субъекта правовой политики считается право законодательной инициативы, в этом случае число таких субъектов, собственно, и ограничивается указанными органами. Моносубъектному подходу противостоит полисубъектный, которого мы и придерживаемся. В соответствии с ним к субъектам правовой политики относятся органы государственной власти и местного самоуправления, граждане РФ как носители суверенитета и единственный источник власти (ст. 3 Конституции РФ), а также объединения и организации граждан, другие субъекты локального правотворчества.

<sup>25</sup> См.: Калинин А.Ю. Стратегия правотворческой политики современной России // Человек: преступление и наказание. 2009. № 3. С. 57.

<sup>26</sup> См.: Давыдов П.А. Понятие и признаки субъектов правовой политики // Ленинградский юридический журнал. 2007. № 4. С. 180.

Ю.Ю. Ветютнев демонстрирует основную проблему определения субъектов правовой политики. Ей он считает «дефицит» воли у основных претендентов на роль субъектов правовой политики<sup>27</sup>, не позволяющий им выступить в качестве носителя правовой политики. В частности, он отмечает, что наличие у народа единой воли и сознания есть фикция, более того, подавляющее большинство населения России к формированию правовой политики никакого отношения не имеет и не высказывает соответствующего стремления. Государство, по его мнению, также не является единым субъектом правовой жизни, в его структуре отсутствует единый координационный центр, даже Президент России как гарант Конституции и глава государства, определяющий направления внутренней и внешней политики, не может быть основным проводником правовой политики, поскольку он заведомо лишен легитимных возможностей диктовать свою волю значительному числу органов власти<sup>28</sup>. Коллективная воля есть только у некоторых социальных групп, но их цели партикулярны и противоречивы, что делает правовую политику бессистемной и мозаичной.

Думается, рассмотренная Ю.Ю. Ветютневым проблема не является принципиально неразрешимой, что не отменяет ее высокой степени сложности. Во-первых, она ставит под вопрос не столько существование субъектов правовой политики, сколько эффективность избранного методологического инструментария для их обнаружения. Модель линейного формирования правовой политики естественно сочетается с формально-юридическим методом, детерминируя следующую логику: есть субъект, он разрабатывает цели правовой политики и реализует их посредством права. Но современное общество и сложившееся в нем государство слишком сложно для линейных и одномерных моделей. И здесь перспективным было бы использование политологической методологии, конкретнее, рассмотренной выше теории политических сетей. Как справедливо отмечает П.А. Давыдов, «если субъектам права присуще участие в правоотношениях на основании юридических норм, то субъекты правовой политики характеризуются способностью определять стратегические цели, выявлять более совершенные формы общественных отношений, то есть им свойственно политическое общение»<sup>29</sup>. Вот это политическое общение и является основой для формирования стратегий правовой политики, его фиксация проблематична с точки зрения структурных концепций, но вполне возможна с помощью

процессуальных. Приходится констатировать, что их разработка пока остается делом завтрашнего дня. Думается, что приоритет здесь будет принадлежать коммуникативной методологии, способной вскрыть специфику общения и взаимодействия субъектов правовой политики, формулирующих ее цели и принимающих решения об их реализации. Во-вторых, наличие большого количества субъектов не означает размытости, безграничности, аморфности в вопросах создания и проведения правовой политики<sup>30</sup>. Напротив, участие в этом процессе большого числа акторов — от государственных структур и общественных объединений до научного сообщества и граждан отражает демократический характер современного государства. Идеальной моделью для линейной модели правовой политики могут быть только тирания и абсолютная монархия, невозможные в современных условиях. Стратегии правовой политики определяются на базе широкого общественного диалога (точнее сказать, полилога), различные субъекты, выдвигая свое понимание целей правовой политики, влияют друг на друга, что вызывает корректировку исходного видения. Этот сложный, многомерный и многополярный процесс, протекающий в общественном сознании, обеспечивает взаимную адаптацию общественных, государственных и частных интересов, необходимую для их баланса. Без достижения этого баланса невозможна легитимация государственной власти, а значит, ее удержание. Сочетая и согласовывая существующие интересы, субъекты правовой политики направляют правовое развитие к нужным государству и обществу целям, подчиняя его социальному прогрессу. Таким образом, обеспечивается рациональное распределение юридически гарантированных благ, необходимое для поддержания устойчивого социального бытия.

Управленческая модель правовой политики может быть полезна для расширения существующих способов ее классификации. Отправной точкой для них служит структура правовой политики как деятельности. Соответственно, правовую политику можно классифицировать по характеру деятельности, по субъектам, по средствам, по целям, по объектам. Теория правовой политики накопила достаточно обширный запас классификаций, для которых характерны не только общие логические приемы, но и некоторые традиции словоупотребления.

Классификации по характеру деятельности оперируют категорией «форма». Форма есть способ существования и выражения содержания, этот термин также употребляется для обозначения внутренней организации содержания явлений. Обычно в основе классификаций форм

<sup>27</sup> См.: Ветютнев Ю.Ю. Множественность субъектов как главная трудность правовой политики // Правовая политика: от концепции к реальности. М.: Юрист, 2004. С. 24.

<sup>28</sup> См.: Там же. С. 25–26.

<sup>29</sup> Давыдов П.А. Указ. соч. С. 184.

<sup>30</sup> См.: Рыбаков О.Ю. Указ. соч. С. 18.

(форм реализации) правовой политики лежит структура механизма правового регулирования (реже — правового воздействия), включающего в себя правотворчество, правореализацию, защиту нарушенного права. Задача таких классификаций — выделение формально автономных групп отношений в рамках правовой системы (особые субъекты, использующие специфические средства). Полагаем, что возможно выделение следующих форм правовой политики: 1) правотворческая, 2) правоприменительная, 3) правозащитная, 4) надзорно-контрольная, 5) правовое обеспечение функционирования государства, его органов, 6) организация деятельности правоохранительных органов, 7) подготовка профессионального юридического корпуса, 8) организация научной деятельности, 9) доктринальная, 10) правовое просвещение. Существуют и другие классификации форм правовой политики. Например, Р.В. Пузиков выделяет правотворческую, правоприменительную, правоинтерпретационную, доктринальную, обучающую формы<sup>31</sup>. Я.В. Бакарджиев считает, что формы правовой политики могут быть выделены на основе трех крупных групп отношений: правовых, организационно-управленческих и социокультурных<sup>32</sup>. Думается, дробность выделения форм правовой политики детерминирована разнообразием правовой деятельности в современном обществе.

Классификации, использующие в качестве основания цель правовой политики, оперируют понятием «направление». Целями выступают «свобода личности», «укрепление законности», «обеспечение безопасности» и т.п. Цели определяются в соответствии с программными документами, отражающими основные задачи государственной политики. Привязанные к ним классификации имеют краткосрочный характер, их применение ограничивается сроком действия указанных документов.

Среди классификаций, опирающихся на средства правовой политики, наибольшее распространение получили классификации, построенные по отраслям права. Массивы работ по конституционной, административной, гражданской, уголовной правовой политике составляют ведущую часть эмпирических исследований в теории правовой политики. В этом случае говорят именно о видах правовой политики. Основной проблемой отраслевых классификаций является проблемы выделения отраслей права. Если в случае фундаментальных отраслей права, сложившихся исторически давно, и устоявшихся

предметных отраслей классифицировать виды правовой политики весьма удобно, то в случае формирующихся отраслей, статус которых остается на настоящий момент дискуссионным (информационное, медицинское, образовательное, исполнительное, спортивное и другое право), такая классификация может столкнуться с трудностями в связи с противоречиями, имеющимися в учении о критериях отраслей права, недостаточной проработанности понятия «комплексная отрасль права» и несовпадением системы права и системы законодательства.

Ограничения отраслевого критерия в известной мере снимают классификации правовой политики, осуществляемые по основанию ее объекта. Основным недостатком таких классификаций является именно множественность объектов социальной реальности, которые потенциально могут быть объектами правовой политики. В этой ситуации требуются дополнительные классификации, которые могут быть излишне громоздкими. Таким образом, целесообразным представляется использование объектных классификаций правовой политики там, где речь идет о новых предметных отраслях права.

Теперь рассмотрим признаки правовой политики. Признаки представляют собой те существенные черты, по которым мы можем идентифицировать конкретный объект в ряду родственных объектов. Минимальный набор признаков должен быть универсальным, то есть характерным для правовой политики любого государства и любой эпохи. На наш взгляд, этому требованию соответствует следующая группа характеристик правовой политики: волевой, рационально-телеологический, публичный, нормативный, принудительный, системный. Воля — это атрибутивный признак политической сферы, основа любой власти. Без этого признака невозможно говорить о политическом характере конкретного действия. Рационально-телеологический признак означает, что воля субъекта устремлена к конкретным целям, эти цели имеют рациональный характер и рациональное обоснование. Вне рационально-телеологического аспекта речь идет о стихийных неосознанных действиях, случайных по своей природе. Далее, до появления публичной сферы, то есть до возникновения государства и позитивного права, невозможна деятельность, связанная с созданием и изменением последнего — правовая жизнь родового строя опирается на обычай, суть которого заключается в максимально точном повторении, воспроизведении конкретных поведенческих моделей. Нормативный характер правовой политики связан с тем, что нормы являются объектом, инструментом или целью политико-правовой деятельности. Принудительный характер предполагает, что эти нормы подкреплены государственным

<sup>31</sup> См.: Пузиков Р.В. Формы реализации правовой политики // Вестник Тамбовского университета. Сер.: Гуманитарные науки. 2014. № 1 (129). С. 169.

<sup>32</sup> См.: Бакарджиев Я.В. Формы реализации юридической политики // Вестник Омского университета. Сер.: Право. 2009. № 4. С. 108.

принуждением. И, наконец, системный характер позволяет осуществить демаркацию простой реактивности от политико-правовых действий, в нем максимально проявляется не только рационально-телеологический замысел, но его реализация, которая может быть обнаружена только в последовательности действий, связанных между собой.

Кроме универсальных признаков правовой политики возможны конкретные признаки, характерные для определенных исторических периодов и регионов. Примером может быть религиозный (телеологический) характер правовой политики в средневековой Европе, дореволюционной России, семье мусульманского права. Этот признак отличает правовую политику любого государства в соответствующих хронологических и географических рамках, но в исторических и планетарных масштабах всеобщим он не является.

Аналогично дело обстоит с естественным правом как аксиологической основой правовой политики, об этом мы упоминали выше. Оно становится признаком правовой политики только в тех странах, где естественные права были официально провозглашены.

Наиболее интересным и значимым в современных условиях является признак научной обоснованности. Этот признак не может появиться ранее оформления науки как таковой (XVII в.), появления социально-гуманитарной науки (XIX в.), применения научных данных в управлении (XX в.). Важно подчеркнуть, что именно специфика политической сферы как родовой для правовой политики генерирует характеристику научной обоснованности — именно использование научных данных об объекте управления и переводит декларации о научной обоснованности в праксеологическое русло. Однако в случае правовой политики не менее значимы знания о праве. В этой связи важно отметить двусторонний характер правовой политики. В.В. Трофимов выделяет две части науки правовой политики — константную и динамичную<sup>33</sup>. Константная часть аккумулирует ядро правовой политики, включающее в себя когнитивную систему юридического позитивизма, которую составляют знания о правилах нормотворчества, правилах систематизации права и правилах юридической техники. Динамичная часть состоит из данных социально-гуманитарных наук, формирующих знания об общественных отношениях.

Существование константной части предполагает наличие развитых самостоятельных форм правовой политики — организации научной деятельности, доктринальной и правового просвещения. Динамичная часть предполагает

своевременное обращение к новым данным социальных наук. Кроме того, эти два блока не могут быть автономными, между ними должно идти интенсивное взаимодействие в части междисциплинарного синтеза в том числе. В идеале научная обоснованность предполагает научное доказательство того, что та или иная форма правового воздействия на общество приведет к намеченному результату. Однако сегодня развитие правовой науки позволяет осуществлять научное конструирование самих правовых форм, их специализированную разработку применительно к конкретным задачам. Вместе с тем усложнение научного знания, характерное для современной науки в целом, повышает требования к качеству правового просвещения, недостаток которого превратит юридическую науку в башню из слоновой кости и вычеркнет из пространства правовой политики неюристов. Впрочем, проблема взаимодействия науки и общества на современном этапе носит самостоятельный характер и не может быть разрешена в рамках отдельной отрасли.

В литературе вопрос о том, является ли научная обоснованность признаком правовой политики или ее принципом, является довольно дискуссионным. Есть авторы, считающие научную обоснованность признаком правовой политики<sup>34</sup>, есть те, кто относит ее к принципам<sup>35</sup>. Думается, эти позиции не предполагают противоречия. Если субъекты правовой политики используют научные данные для обоснования своих стратегий и их реализации, то речь идет о признаке. Если они декларируют обязательность такого использования, то речь идет о принципе. В любом случае в информационном обществе, где любая деятельность является экспертоопосредованной, неизбежно слияние этих двух аспектов в единое целое. В различных областях все чаще научная обоснованность закладывается в доктрину правовой политики как фундаментальное начало, а игнорирование научных данных в процессе разработки и реализации правовой политики неизбежно приведет к ее провалу.

Таким образом, интерпретация правовой политики как управления позитивным правом открывает перспективы для разработки нового, целостного и универсального подхода к феномену правовой политики, способного служить методологической основой исследований правовой политики во всех отраслях юридической науки.

<sup>34</sup> См.: Трофимов В.В. Указ. соч. С. 32.

<sup>35</sup> См., например: Рудковский В.А. О принципах правовой политики // Правовая политика и правовая жизнь. 2003. № 4. С. 7; Полянский Д.А. Принцип научной обоснованности в системе принципов правовой политики // Вестник Тамбовского университета. Сер.: Гуманитарные науки. 2013. № 11 (127). С. 2.

<sup>33</sup> См.: Трофимов В.В. Научные основы правовой политики // Правовая политика: от концепции к реальности. М.: Юрист, 2004. С. 33–34.

**Библиография:**

1. Бакарджиев Я.В. Формы реализации юридической политики // Вестник Омского университета. Сер.: Право. — 2009. — № 4. — С. 108–113.
2. Болтунов В.В. Соотношение понятий «правовая политика» и «правовая культура» // Апробация. — 2013. — № 8 (11). — С. 8–9.
3. Ветютнев Ю.Ю. Множественность субъектов как главная трудность правовой политики // Правовая политика: от концепции к реальности. — М.: Юрист, 2004. — С. 24–26.
4. Государственное управление: учеб. пособие / под ред. Л.И. Горбуновой. — Хабаровск: ДВАГС, 2005. — 183 с.
5. Давыдов П.А. Понятие и признаки субъектов правовой политики // Ленинградский юридический журнал. — 2007. — № 4. — С. 179–185.
6. Калинин А.Ю. Стратегия правотворческой политики современной России // Человек: преступление и наказание. — 2009. — № 3. — С. 56–59.
7. Матузов Н.И. Понятие и основные приоритеты российской правовой политики // Правоведение. — 1997. — № 4. — С. 6–17.
8. Муромцев Г.И. Правовая политика: специфика понятия и ее преломление в постсоветской России // Правовая политика и пути совершенствования правотворческой деятельности в Российской Федерации. — М.: Изд-во РУДН, 2006. — С. 7–68.
9. Нерсисянц В.С. Правовая политика Российской Федерации: основные направления и задачи // Правовая политика и пути совершенствования правотворческой деятельности в Российской Федерации. — М.: Изд-во РУДН, 2006. — С. 69–128.
10. Поляков А.В. Введение в общую теорию государства и права: курс лекций: СПб., 2000. URL: [http://lawdisc.org.ua/books/107.doc.html#\\_ftn2](http://lawdisc.org.ua/books/107.doc.html#_ftn2).
11. Полянский Д.А. Принцип научной обоснованности в системе принципов правовой политики // Вестник Тамбовского университета. Сер.: Гуманитарные науки. — 2013. — № 11 (127). — С. 355–363.
12. Пузиков Р.В. Формы реализации правовой политики // Вестник Тамбовского университета. Сер.: Гуманитарные науки. — 2014. — № 1 (129). — С. 163–171.
13. Рудковский В.А. О принципах правовой политики // Правовая политика и правовая жизнь. — 2003. — № 4. — С. 6–14.
14. Рыбаков О.Ю. Личность. Права и свободы. Правовая политика. — М.: Рос. прав. акад. МЮ РФ, 2004. — 260 с.
15. Рыбаков О.Ю., Юрьева Ю.С. Правовая политика: сущность, основные черты // Вестник Саратовской государственной академии права. — 2009. — № 6. — С. 14–22.
16. Сморгунев Л.В. Государственное управление и политика: учеб. пособие — СПб.: Изд-во СПбГУ, 2002. — 564 с.
17. Трофимов В.В. Научные основы правовой политики // Правовая политика: от концепции к реальности. — М.: Юрист, 2004. — С. 31–35.
18. Хвалеев В.А. Правовая политика России в условиях глобализации: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Ростов н/Д., 2008. 27 с.
19. Шундинов К.В. О некоторых проблемах формирования, развития и реализации концепции правовой политики // Правовая политика: от концепции к реальности / под ред. Н.И. Матузова, А.В. Малько. — М.: Юрист, 2004. — С. 27–30.
20. Щербаков А.И. Совокупная производительность труда и основы её государственного регулирования. — М.: Изд-во РАГС, 2004. — 284 с.
21. Borzel T. Rediscovering Policy Networks as a Form of Modern Governance (book review) // Journal of European Public Policy. — 1998. — Vol. 5. — № 2. — P. 354–359.
22. Gray A., Jenkins B. From Public Administration to Public Management: Reassessing a Revolution? // Public Administration. — 1995. — Vol. 73. — № 1. — P. 75–99.

*Материал поступил в редакцию 1 декабря 2014 г.*

**LEGAL POLICY AS MEANS OF ADMINISTERING POSITIVE LAW:  
A NEW VERSION OF THE LEGAL POLICY THEORY**

**Rybakov, Oleg Yurievich** — Doctor of Law, Professor, Head of the Department of History and Theory of State and Law of the Russian Law Academy of the Ministry of Justice of the Russian Federation.  
[rybakov-oy@yandex.ru]  
127051, Russia, Moskva, Bolshoi Karetnyi per., 10a.

**Tihonova, Sofia Vladimirovna** — Doctor of Philosophy, Professor of the Department of Social Communications of the Law Faculty of the Saratov State University named after N.G. Chernyshevskiy.  
[segedasv@yandex.ru]  
410012, Russia, Saratov, ul. Astrakhanskaya, 83.

**Review.** *The article is devoted to the development of the new version of the legal policy theory. The authors present a new approach towards defining the legal policy taking into consideration the variety of historical forms, types and kinds of legal policy and the need for its applicability to the modern political and legal reality of Russia. The fundamental basis for the approach is interpretation of legal policy as administering positive law. In the modern Russian state the goal of such administering is to make the positive law comply with the natural law, however, within the historical recourse there is a change of purpose, which is defined by the dominant understanding of law. Evaluation of the legal policy as administering positive law allows to uncover the nature of this phenomenon through the attention to its conscious will-based character, its direction towards changes in the law, thus, taking into consideration the conscious input of the subject of legal policy into the development of the legal system. The legal policy is a historically based form of organization. Legal policy is a historically organized form of organization of legal development of the society, thanks to which through consecutive goal-setting the legal life is changed. The administrative character of political and legal activity guarantees the legal policy with the status of the instrument for the improvement of the legal reality. Any state deals with a number of administrative matters concerning modernization of law, bringing it into accordance with the development of the social relations. The very existence of positive law presupposes constant work of a vast variety of subjects, which should not be chaotic or meaningless. Based upon these ideas the authors find a new approach towards topical issues in the theory of legal policy: defining the range of its subjects, substantiating means of its classification and its significant elements. The authors come to a conclusion that interpretation of the legal policy as administration of positive law clears the way for the development of a novel, comprehensive and universal approach towards the phenomenon of legal policy, which may serve as reliable grounds for the studies of legal policy within all the branches of legal science.*

**Keywords:** *theory of law, methodology, theory of legal policy, legal policy, administration, legal development, strategies of legal development, subjects of legal policy, characteristic features of legal policy, classification of legal policy.*

#### Bibliography:

1. Bakardzhiev Y.V. Forms of implementation of legal policy // Vestnik Omskogo universiteta. Ser.: Pravo. — 2009. — № 4. — P. 108–113.
2. Boltunov V.V. Correlation of terms «legal policy» and «legal culture» // Aprobatsiya. — 2013. — № 8 (11). — P. 8–9.
3. Vetyutnev Y.Y. Multiplicity of subjects as the main difficulty for the legal policy // Legal policy: from concept to reality. — M.: Yurist, 2004. — P. 24–26.
4. Public administration: manual / ed. by L.I. Gorbunova. — Khabarovsk: DVAGS, 2005. — 183 p.
5. Davydov P.A. Definition and characteristic features of the subjects of legal policy // Leningradskiy yuridicheskiy zhurnal. — 2007. — № 4. — P. 179–185.
6. Kalinin A.Y. Strategy of the law-making policy in the modern Russia // Chelovek: prestuplenie i nakazanie. — 2009. — № 3. — P. 56–59.
7. Matuzov N.I. Definition and the main priorities of the Russian legal policy // Pravovedenie. — 1997. — № 4. — P. 6–17.
8. Muromtsev G.I. Legal policy: specificities of its definition and its reflections in the post-Soviet Russia // Legal policy and ways for the improvement of the law-making activity in the Russian Federation. — M.: Izd-vo RUDN, 2006. — P. 7–68.
9. Nersesyants V.S. Legal policy of the Russian Federation: main goals and directions. // Legal policy and ways for the improvement of the law-making activity in the Russian Federation. — M.: Izd-vo RUDN, 2006. — P. 69–128.
10. Polyakov A.V. Vvedenie v obshchuyu teoriyu gosudarstva i prava: kurs lektsiy: SPb., 2000. URL: [http://lawdiss.org.ua/books/107.doc.html#\\_ftn2](http://lawdiss.org.ua/books/107.doc.html#_ftn2).
11. Polyanskiy D.A. The principle of scientific substantiation within the system of principles of legal policy // Vestnik Tambovskogo universiteta. Ser.: Gumanitarnye nauki. — 2013. — № 11 (127). — P. 355–363.
12. Puzikov R.V. Forms of implementation of the legal policy // Vestnik Tambovskogo universiteta. Ser.: Gumanitarnye nauki. — 2014. — № 1 (129). — P. 163–171.
13. Rudkovskiy, V.A. On the principles of legal policy // Pravovaya politika i pravovaya zhizn'. — 2003. — № 4. — P. 6–14.
14. Rybakov O.Y. Personality. Rights and freedoms. Legal policy. — M.: Ros.prav. akad. MYu RF, 2004. — 260 p.
15. Rybakov O.Y., Yurieva Y.S. Legal policy: nature and main characteristic features. // Vestnik Saratovskoy gosudarstvennoy akademii prava. — 2009. — № 6. — P. 14–22.
16. Smorgunov L.V. Public administration and politics: manual. — SPb.: Izd-vo SPbGU, 2002. — 564 p.
17. Trofimov V.V. Scientific fundamentals of legal policy // Legal policy: from concept to reality. — M.: Yurist, 2004. — S. 31–35.
18. Hvaleev V.A. Legal policy of Russia within the framework of globalization. Dissertation Abstract for PhD in Law. Rostov-on., 2008. 27 p.
19. Shundikov K.V. On some problems regarding formation, development and implementation of the legal policy concept // Legal policy: from concept to reality / ed. by N.I. Matuzov, A.V. Malko. — M.: Yurist, 2004. — P. 27–30.
20. Shcherbakov A.I. Combined labor productivity and the fundamentals for its legal regulation. — M.: Izd-vo RAGS, 2004. — 284 p.
21. Borzel T. Rediscovering Policy Networks as a Form of Modern Governance (book review) // Journal of European Public Policy. — 1998. — Vol. 5. — № 2. — P. 354–359.
22. Gray A., Jenkins B. From Public Administration to Public Management: Reassessing a Revolution? // Public Administration. — 1995. — Vol. 73. — № 1. — P. 75–99.

# ТЕОРЕТИЧЕСКИЕ ПРОБЛЕМЫ ОТРАСЛЕЙ ПРАВА

Г.С. Беляева\*

## ПРОЦЕССУАЛЬНО-ПРАВОВЫЕ СРЕДСТВА: ПОНЯТИЕ, ПРИЗНАКИ И ВИДЫ\*\*

**Аннотация.** На сегодняшний день в юридической науке имеется значительное количество работ, посвященных изучению вопросов относительно правовых средств, и только одна из них посвящена процессуально-правовым средствам непосредственно. В целях ликвидации пробела в изучении процессуально-правовых средств в данной статье рассматриваются основные подходы к определению правовых средств, анализируются и определяются их признаки и основания для их классификации, характеризуются процессуальные средства, составляющие основу механизма процессуально-правового регулирования: процессуальные нормы, процессуальные отношения, процессуальные акты. Используются различные общенаучные приемы и способы логического познания: анализ и синтез, абстрагирование, моделирование, системно-структурный, функциональный и формально-логический подходы. Частнонаучные методы представлены формально-юридическим, сравнительно-правовым и методом толкования норм права. Обобщая особенности процессуальных средств, автор приходит к выводу, что процессуальные средства представляют собой такие правовые инструменты и деяния, которые создают при их правильном подборе и использовании наиболее благоприятную обстановку для разрешения юридических дел. Процессуальные средства содействуют надлежащей реализации материальных норм и в своей совокупности образуют процессуальные механизмы и процессуальные режимы.

**Ключевые слова:** юридический процесс, процессуально-правовые средства, понятие, признаки, классификация, процессуально-правовой механизм, процессуальные нормы, процессуальные отношения, процессуальные акты, процессуально-правовой режим.

П риступая к исследованию общетеоретических проблем процессуально-правовых средств, необходимо сразу отметить, что на сегодняшний день в юридической науке имеется значительное количество работ, посвященных изучению вопросов относительно правовых средств<sup>1</sup>, и только одна из них посвящена процес-

суально-правовым средствам непосредственно. Ее автор справедливо отмечает: «Одной из форм унификации юридического процесса выступают процессуально-правовые средства, которые не изучены на общетеоретическом уровне»<sup>2</sup>.

В то же время нельзя не сказать о наличии работ, посвященных изучению процессуально-правовых (далее — процессуальных) средств на отраслевом уровне, однако в них редко дается понятие процессуально-правовым средствам, как правило, оно заменяется только характери-

<sup>1</sup> См., например: Алексеев С.С. Правовые средства: постановка проблемы, понятие, классификация // Советское государство и право. 1987. № 6. С. 14–18; Малько А.В. Правовые средства: вопросы теории и практики // Журнал российского права. 1998. № 8. С. 66–77; Сапун В.Н. Теория правовых средств и механизм реализации права: дис. ... д-ра юрид. наук. Н. Новгород, 2002; Анциферова И.А. Правовые средства формирования правового порядка // Общество и право. 2009. № 2. С. 15–19 и др.

<sup>2</sup> Струнков С.К. Процессуально-правовые средства: проблемы теории и практики: дис. ... канд. юрид. наук. Саратов, 2005. С. 26.

© Беляева Г.С., 2015

\* Беляева Галина Серафимовна — доктор юридических наук, доцент, кафедра теории государства и права, Юго-Западный государственный университет.

[law\_kstu@list.ru]

305040, Россия, г. Курск, ул. 50 лет Октября, д. 94.

\*\* Публикация подготовлена в рамках выполнения государственного задания Министерства образования и науки РФ по теме «Юридическая деятельность и ее процессуальное оформление» (заявка 2014/78).

стикой процессуальных средств применительно к разновидностям юридического процесса.

Продолжая начатый разговор, рассмотрим и проанализируем общетеоретическое понятие процессуальных средств, используя высказанные в науке суждения.

Так, С.К. Струнков, следуя так называемому комплексному пониманию правовых средств, изложенному в трудах А.В. Малько<sup>3</sup> и К.В. Шундикова<sup>4</sup>, определяет процессуальные средства как «правовые инструменты и деяния, при помощи которых обеспечиваются интересы субъектов юридического процесса»<sup>5</sup>. Думается, что применительно к сфере процессуально-правового регулирования данное определение может быть признано наиболее приемлемым, и вот почему: по нашему мнению, любое процессуальное средство (иск, заявление, жалоба, ходатайство, приговор и т.д.) существует и как институциональная конструкция позитивного права и как реальная процедура (процессуальное действие), то есть и как инструмент, и как деяние (технология).

Более детальное определение процессуальных средств предложено М.Н. Шрамковой. По ее мысли, это «целостная система объективированных в процессуально-правовых актах (нормативных, правореализационных и правоприменительных) способов, приемов и механизмов, позволяющих гарантированно достигать цели и задачи процессуально-правового регулирования, реализовывать права и законные интересы участников процессуально-правовых отношений»<sup>6</sup>. С нашей точки зрения, при всем многообразии признаков, названных в данном определении процессуальных средств, остается неясным, какие именно способы, приемы и механизмы включены в систему процессуальных средств, а какие — нет, то есть нет авторского видения относительно наиболее дискуссионного вопроса в юридической науке: считать ли деяния (технологии) правовыми средствами или нет.

В данном аспекте интересно мнение И.А. Майдана, который, рассматривая на монографическом уровне вопросы процессуально-правовой политики в современной России, отмечает, что к средствам последней целесообразно относить как инструменты сугубо юридической природы, так и технологии, влекущие юридически значимые последствия, но по сути правовыми средствами не являющиеся. В последнюю группу средств он включает, в частности, финансово-экономические,

материально-технические, информационные, политические, идеологические средства<sup>7</sup>. Полагаем, что подобный подход может быть применим к характеристике именно процессуально-правовой политики, где сфера процессуально-правового регулирования выступает как объект преобразования (совершенствования) с помощью различных по характеру инструментов, в том числе не имеющих правового закрепления. Относительно же процессуально-правового регулирования как специально-юридического воздействия на общественные отношения следует признать, что его инструментами могут быть только правовые явления (процессы).

В результате, суммируя сказанное выше, можно отметить следующие признаки процессуальных средств:

а) процессуальные средства имеют сугубо правовой (нормативно-правовой) характер, они закреплены в нормах процессуального права и в дальнейшем объективированы в правовых институтах, нормативно-правовых и правоприменительных актах, актах реализации права и т.д.;

б) в рамках процессуальной формы процессуальные средства формализованы в нормах процессуального права, в процессуальных документах (в исковых заявлениях, жалобах, постановлениях, приговорах и др.) и процессуальных действиях (допросах, экспертизах, обысках, выемках, осмотрах и др.);

в) процессуальные средства направлены на решение нормативно закрепленных процессуальных целей и задач. Так, в рамках уголовно-процессуального регулирования подобные общеправовые задачи обозначены в ч. 1 ст. 6 УПК РФ: защита прав и законных интересов лиц и организаций, потерпевших от преступлений; защита личности от незаконного и необоснованного обвинения, осуждения, ограничения ее прав и свобод. Кроме того, каждое определенное процессуальное средство также направлено на достижение конкретных процессуальных целей и задач. Например, в соответствии со ст. 176 УПК РФ, осмотр места происшествия, местности, жилища, иного помещения, предметов и документов производится в целях обнаружения следов преступления, выяснения других обстоятельств, имеющих значение для уголовного дела;

г) процессуальные средства, в свою очередь, являются способом объективизации (формализации) целей процессуально-правового регулирования, то есть их воплощения в жизнь. Другими словами, средство есть способ достижения цели, и наоборот, цель, чтобы она была достигнута, должна быть обеспечена реальными средствами (инструментами);

<sup>3</sup> См.: Малько А.В. Указ. соч. С. 69.

<sup>4</sup> См.: Шундикова К.В. Цели и средства в праве (общетеоретический аспект): автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Саратов, 1999. С. 13.

<sup>5</sup> Струнков С.К. Указ. соч. С. 28.

<sup>6</sup> Шрамкова М.Н. Понятие и закономерные свойства процессуально-правовых средств // Современное право. 2011. № 5. С. 12–13.

<sup>7</sup> См.: Майдан И.А. Процессуально-правовая политика современной России: проблемы теории и практики: дис. ... канд. юрид. наук. Краснодар, 2009. С. 92–95.

д) процессуальные средства носят системный характер: объединяясь, взаимодействуя друг с другом, они группируются в правовые механизмы и режимы;

е) процессуальные средства по отношению к материально-правовым выполняют обеспечительную функцию, то есть основное предназначение юридического процесса — обеспечение надлежащей реализации материальных норм<sup>8</sup>;

ж) процессуальные средства обеспечивают возможностью применения средств государственного принуждения, в том числе мер юридической ответственности. Например, в соответствии с ч. 2 ст. 294 УК РФ, вмешательство в какой бы то ни было форме в деятельность прокурора, следователя или лица, производящего дознание, в целях воспрепятствования всестороннему, полному и объективному расследованию дела наказывается штрафом в размере до 80 тыс. руб. или в размере заработной платы или иного дохода осужденного за период до 6 месяцев, либо обязательными работами на срок до 480 часов, либо арестом на срок до 6 месяцев;

з) применение процессуальных средств всегда приводит к тем или иным юридически значимым последствиям.

В силу многообразия процессуальных средств важное значение при теоретическом изучении имеет их научная классификация, некоторые из оснований которой мы и рассмотрим.

По предмету правового регулирования выделяют конституционно-процессуальные, гражданско-процессуальные, уголовно-процессуальные, арбитражно-процессуальные, административно-процессуальные средства. Так, важнейшими гражданско-процессуальными средствами являются иск, обеспечение иска, определение суда, решение суда и др.

По своей значимости в процессе процессуально-правового регулирования все процессуальные средства делятся на основные и вспомогательные. Основные процессуальные правовые средства используются субъектами для достижения поставленных целей и задач, вспомогательные — содействуют реализации основных средств. Например, иск является основным процессуальным средством, а заявление об обеспечении иска — вспомогательным.

В зависимости от функциональной роли процессуальные средства подразделяются на регулятивные и охранительные. Регулятивные процессуальные средства можно признать основополагающими, поскольку главное назначение права состоит в регулировании общественных отношений. Регулятивными процессуальными средствами являются дозволения и запреты. Охранитель-

ные процессуальные средства производны от регулятивных, вступают в действие при возникновении препятствий для действия регулятивных норм. К данной группе следует отнести меры принуждения, наказания, иски. Это, например, меры по обеспечению иска (ст. 140 ГПК РФ): наложение ареста на имущество, принадлежащее ответчику и находящееся у него или других лиц; запрещение ответчику совершать определенные действия; запрещение другим лицам совершать определенные действия, касающиеся предмета спора, в том числе передавать имущество ответчику или выполнять по отношению к нему иные обязательства и т.д.

Можно также выделить первичные и комплексные процессуальные средства. Первичные процессуально-правовые средства действуют на уровне отдельных элементов механизма процессуально-правового регулирования. К примеру, это меры уголовно-процессуального принуждения (разд. IV УПК РФ): подписка о невыезде; личное поручительство; наблюдение командования воинской части; присмотр за несовершеннолетним обвиняемым; залог; домашний арест; заключение под стражу. Комплексные процессуально-правовые средства формируются из первичных и представляют собой своеобразные конструкции, блоки процессуального инструментария. Такими средствами являются юридические институты. Например, институт производства в суде первой инстанции в уголовном процессе (разд. IX УПК РФ).

Целесообразно, с нашей точки зрения, рассмотреть более подробно те процессуальные средства, которые входят в механизм процессуально-правового регулирования.

Заметим, что понятие «процессуально-правовой механизм» является основной общетеоретической категорией в общеправовой процессуальной теории и охватывает, как считает В.Н. Протасов, совокупность взаимосвязанных процессуальных средств отраслевого характера, необходимых и достаточных для выявления и реализации материального охранительного правоотношения<sup>9</sup>.

Е.Г. Лукьянова определяет процессуально-правовой механизм как динамическую систему правовых средств, при помощи которой упорядочивается охранительная деятельность уполномоченных органов в области юрисдикционного правоприменения<sup>10</sup>.

Со своей стороны, отметим, что процессуально-правовой механизм является подси-

<sup>9</sup> См.: Протасов В.Н. Основы общетеоретической процессуальной теории. М.: Юрид. лит., 1991. С. 100.

<sup>10</sup> См.: Лукьянова Е.Г. Механизм процессуального регулирования и его элементы // Журнал российского права. 2001. № 7. С. 91–95; Она же. Теория процессуального права. М.: Норма, 2003. С. 163

<sup>8</sup> См.: Сорокин В.Д. Правовое регулирование: предмет, метод, процесс (макроуровень). СПб.: Юрид. центр Пресс, 2003. С. 150.

стемой механизма правового регулирования, определенным, относительно самостоятельным комплексом процессуальных средств, который включается при возникновении препятствий для нормальной реализации правовых норм и имеет охранительную направленность.

К процессуальным средствам в составе механизма процессуального регулирования относятся:

- нормы процессуального права (общеобязательное правило поведения процессуально-процедурного характера, установленное государством и регулирующее общественные отношения, складывающиеся в сфере юрисдикционной и иной позитивной деятельности управомоченных субъектов);
- процессуальные правоотношения (возникающая на основе норм процессуального права определенная связь его субъектов, взятая в единстве с их фактическим поведением);
- акты реализации прав и обязанностей, то есть процессуальные акты.

Как представляется, при характеристике процессуальных норм целесообразно взять за основу понятие правовой нормы.

В этом плане Н.А. Чечина справедливо отмечает, что «специфика процессуальных норм не лишает их конструктивных качеств норм права, не исключает их из группы социальных норм и не изменяет ни одного из обязательных свойств правовой нормы»<sup>11</sup>.

Процессуальные нормы как разновидность норм правовых имеют такие признаки, как нормативность; общеобязательность; формальная определенность; властный характер; связь с государством (устанавливаются государством и обеспечиваются силой государственного принуждения); неперсонифицированность, объективность и т.д.

Полагаем, что данные признаки не нуждаются в дополнительном пояснении, и более продуктивным является рассмотрение следующих особенностей процессуальных норм:

а) предмет регулирования процессуального права (а следовательно, и процессуальных норм, его образующих) составляют организационные отношения, складывающиеся в процессе правотворчества и правоприменения<sup>12</sup>.

б) функциональное назначение процессуальных норм состоит в регулировании организационных отношений (деятельности), возникающих в процессе применения норм материального права и обеспечении реализации последних.

По данному аспекту В.М. Горшенев пишет буквально следующее: «Если функции норм материального права заключаются в непосредственной регламентации поведения людей, их коллективов, государства и его органов и составляют само содержание, “рабочий механизм” правового регулирования, то функции норм процессуального права, являющихся своеобразной надстройкой над нормами материального права, состоят в регулировании организационной деятельности, организационных общественных отношений, которые складываются в процессе применения норм материального права при наличии обстоятельств, требующих этого применения, и имеют общую цель — способствовать достижению результата, преследуемого нормой материального права»<sup>13</sup>.

в) процессуальные нормы имеют нормативно-процедурный характер, то есть в своей основе — это правило процедурного характера, предписывающее порядок деятельности субъектов и участников юридического процесса по применению норм материального права.

г) предписания процессуальных норм носят общеобязательный и категоричный характер, который выражается в том, что данные предписания имеют в качестве адресатов уполномоченных (наделенных властными полномочиями) субъектов, а также иных участников юридического процесса.

Так, следовательно согласно ст. 79 УПК РФ обязан допросить свидетеля по обстоятельствам расследуемого дела в соответствии с требованиями процессуального закона, а свидетель в соответствии со ст. 56 УПК РФ обязан дать правдивые показания.

д) процессуальные нормы имеют специфическую структуру (как в структуре материальной нормы, это гипотеза, диспозиция и санкция, но со своими особенностями).

Так, гипотеза определяется содержанием применяемой нормы материального права. Норма материального права как бы «присутствует» в гипотезе процессуальной нормы, определяя по мере своей реализации ее частные условия<sup>14</sup>.

Санкция процессуальной нормы содержит указание на негативные последствия, обеспечиваемые государственным принуждением, в случае невыполнения предписания, содержащегося в ее диспозиции. Последствия могут быть в форме отмены правоприменительного акта, принятого в нарушение данной процессуальной нормы, либо признании недействительным (ничтожным) действия, не соответствующего требованиям диспозиции нормы.

Например, в соответствии со ст. 222 ГПК РФ суд оставляет заявление без рассмотрения, в случае если: истцом не соблюден установленный

<sup>11</sup> Чечина Н.А. Нормы гражданского процессуального права и их применение: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. Л., 1965. С. 4.

<sup>12</sup> См.: Юридическая процессуальная форма: теория и практика / под ред. П.Е. Недбайло, В.М. Горшенева. М.: Юрид. лит., 1976. С. 28.

<sup>13</sup> Там же. С. 34.

<sup>14</sup> См.: Теория юридического процесса / под общ. ред. В.М. Горшенева. Харьков: Вища школа, 1985. С. 176.

федеральным законом для данной категории дел или предусмотренный договором сторон досудебный порядок урегулирования спора; заявление подано недееспособным лицом, за исключением заявления этого лица о признании его дееспособным, ходатайства о восстановлении пропущенных процессуальных сроков по делу о признании этого лица недееспособным; заявление подписано или подано лицом, не имеющим полномочий на его подписание или предъявление иска и т.д.

Переходя к характеристике процессуальных правоотношений, вначале заметим, что в теории права они определяются неоднозначно.

Так, А.А. Павлушина утверждает, что на уровне общей теории права понятие «процессуальное отношение» фактически лишено смысла.

В то же время после анализа множества точек зрения, она делает такой своеобразный вывод: «Таким образом, налицо очевидная путаница, вызванная отсутствием общетеоретического понятия “процессуальное правоотношение”», и далее: «с научной точки зрения правильным является следующее обозначение: “процессуальная составляющая правоотношения” и “материально-правовая составляющая правоотношения”, “материально-правовое содержание правоотношения” и “процессуально-правовое содержание правоотношения”»<sup>15</sup>.

Таким образом, в этом случае автор фактически не отрицает феномен «процессуальное правоотношение», а лишь заменяет его другим термином.

С нашей точки зрения, такое мнение не устраняет «путаницу», не способствует унификации общетеоретического подхода к определению процессуальных правоотношений, которые существуют фактически.

По мнению В.К. Бабаева, разграничение материально-правовых и процессуальных правоотношений имеет большое значение в делении правоотношений по отраслевой принадлежности. Процессуальные правоотношения возникают на базе процессуальных норм и производны (вторичны) от материально-правовых отношений<sup>16</sup>.

Е.Г. Лукьянова дает следующее определение процессуальным правоотношениям: «это возникающее на основе норм процессуального права правовая связь субъектов процессуального права, взятая в единстве с их фактическим поведением»<sup>17</sup>.

Существующие в науке представления о разграничении материального и процессуального в

правоотношениях можно условно разделить на три группы:

а) правоотношения можно разграничить на сугубо материальные и нематериальные (процессуальные, процедурные)<sup>18</sup>;

б) существуют «пограничные» области между материальными и процессуальными правоотношениями<sup>19</sup>;

в) в одном и том же правоотношении условно можно выделить два аспекта — процессуально-правовой и материально-правовой<sup>20</sup>.

С нашей точки зрения, в процессуальных правоотношениях как раз и воплощается (и в наибольшей степени) предметная характеристика юридического процесса через специфику их содержания, субъектного состава, объектов и юридических фактов. Они «непосредственно выполняют своего рода техническую функцию в механизме правового регулирования, в переводе нормативности права на упорядоченность общественных отношений и тем самым способствуют упрочению режима <...> законности и правопорядка»<sup>21</sup>.

Как представляется, при дальнейшем рассмотрении процессуальных правоотношений следует принять за основу общепринятое в теории права определение правоотношения как общественного отношения, урегулированного нормами права, участники которого обладают соответствующими субъективными правами и юридическими обязанностями.

К признакам процессуальных правоотношений, по нашему мнению, можно отнести следующие:

а) процессуальные правоотношения носят правовой характер и в виде фактических отношений (вне правовой формы) существовать и реализовываться не могут. В процессуальных отношениях, по верному замечанию Л.С. Явича, форма сливается с фактическим содержанием правоотношения<sup>22</sup>;

б) процессуальные правоотношения по отношению к правоотношениям материальным носят вторичный, производный характер<sup>23</sup>, который проявляется в том, что они обеспечивают операции, связанные с реализацией норм мате-

<sup>18</sup> См., например: Распутина Л.Н. Процедурные нормы и правоотношения в сфере правового регулирования труда: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Омск, 2000. С. 19.

<sup>19</sup> См., например: Молодцов М.В. Взаимодействие материального и процессуального в правовом регулировании трудовых отношений // Российский юридический журнал. 2003. № 1. С. 45.

<sup>20</sup> См., например: Павлушина А.А. Указ. соч. С. 449.

<sup>21</sup> Теория юридического процесса. С. 91.

<sup>22</sup> См.: Явич Л.С. Общая теория права. Л.: Изд-во ЛГУ, 1976. С. 226.

<sup>23</sup> См., например: Юридическая процессуальная форма: теория и практика. М.: Юрид. лит., 1976. С. 33; Погребной И.М. Общетеоретические проблемы производств в юридическом процессе: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Харьков, 1981. С. 8–9.

<sup>15</sup> Павлушина А.А. Теория юридического процесса: итоги, проблемы, перспективы развития. Самара: Самар. гос. экон. академия, 2005. С. 441, 447, 449.

<sup>16</sup> См.: Бабаев В.К. Правовые отношения // Общая теория права: курс лекций. Н. Новгород: Нижегород. ВШ МВД России, 1993. С. 410.

<sup>17</sup> Лукьянова Е.Г. Теория процессуального права. С. 204.

риального права и являются средством применения охранительных правовых норм;

в) процессуальные правоотношения носят публичный (властный) характер, являясь по существу властеотношениями. Властный характер процессуальных правоотношений проявляется в том, что одной из сторон в них выступает орган государственной власти либо должностное лицо (суд, прокуратура, государственный орган контроля и т.д.), наделенный властными полномочиями по отношению к другой стороне;

г) процессуальные правоотношения складываются ради «чужого» интереса, заложенного в материальном правоотношении;

д) процессуальные правоотношения возникают, изменяются и прекращаются на основе юридических фактов, облеченных, как правило, в форму процессуальных актов (документов) уполномоченных органов и должностных лиц.

Так, при наличии повода и основания, предусмотренных ст. 140 УПК РФ, орган дознания, дознаватель, руководитель следственного органа, следователь в пределах компетенции, установленной Кодексом, возбуждают уголовное дело, о чем выносятся соответствующее постановление.

е) процессуальные правоотношения и правоотношения материальные различаются во времени: первые «короче» вторых, материальные отношения возникают раньше и завершаются позже.

Это связано с тем, что субъекты права «вступают» в процессуальные правоотношения, как правило, на стадии правоприменения, когда другими способами спор о праве решить не представляется возможным; материальные правоотношения предшествуют правоотношениям процессуальным, сопровождают их на всех стадиях производства по конкретному юридическому делу и, более того, продолжаются после их завершения (например, при исполнении судебного решения).

Таковы общие, на наш взгляд, основные признаки процессуальных правоотношений, характеризующие их специфику, особенности, а также позволяющие полнее раскрыть их сущность.

Далее рассмотрим состав процессуальных правоотношений, включающий в себя субъекты, объект, содержание.

Субъекты процессуальных правоотношений «несут на себе нагрузку определяющего компонента»<sup>24</sup>, «выполняют функцию генератора всей фактической и юридической ткани, складывающихся специфических социальных связей по поводу реализации конкретной нормы материального права и в целях установления объективной истины и вынесения решения по делу»<sup>25</sup>.

Всех субъектов процессуальных правоотношений можно условно подразделить на две группы.

Первая группа (истец и ответчик в гражданском процессе, заявитель, подозреваемый, обвиняемый, подсудимый и т.д. — в уголовном процессе) объединяет лиц, непосредственно заинтересованных в результатах юридического процесса, посредством которого защищаются их интересы, реализуются их субъективные права и законные интересы, осуществляются юридические обязанности.

Вторая группа субъектов (государственные органы и должностные лица — суд, следователь, прокурор и т.д.), наделенных властными полномочиями, выполняет свои функции в «чужом» интересе в целях разрешения конкретного дела.

Объект процессуального правоотношения составляют результаты действий участников процесса, которые удовлетворяют процессуальный интерес лиц, заинтересованных в разрешении юридического дела. Он показывает специфику данной разновидности правоотношений, их властную природу, роль и значение в механизме правового регулирования.

В содержании процессуального правоотношения в силу его особенностей и состава субъектов полагаем целесообразным, с одной стороны, выделять полномочия субъекта с государственно-властными полномочиями (так называемых лидирующих субъектов), а с другой — корреспондирующие им процессуальные субъективные права и юридические обязанности ординарных участников процесса.

Продолжая тему, охарактеризуем процессуальные акты, выступающие важнейшим элементом процессуально-правового механизма, а также необходимым условием возникновения, изменения и прекращения процессуального правоотношения.

По этому поводу Е.Г. Лукьянова отмечает, что процессуальные акты выражают сущность и содержание процессуальной деятельности, ее количественное и качественное, стадийное событие<sup>26</sup>.

Со своей стороны, подчеркнем следующее правило: любое процессуальное действие должно быть оформлено в установленном законом порядке, всегда заканчиваться составлением (вынесением) соответствующего процессуального акта; и это является аксиомой юридического процесса.

К числу признаков процессуальных актов полагаем возможным отнести следующие:

а) процессуальные акты являются актами индивидуального правоприменения и, как правило, адресованы конкретным лицам;

<sup>24</sup> Теория юридического процесса. С. 94.

<sup>25</sup> Погребной И.М. Указ.соч. С. 9.

<sup>26</sup> См.: Лукьянова Е.Г. Юридические факты, опосредующие процессуальные правоотношения // Политика и право. 2001. № 11. С. 18.

б) процессуальные акты являются актами-документами, они выносятся в письменной форме. В этой связи следует заметить, что хотя суд действует в соответствии с принципом устности судебного разбирательства, вся правоприменительная деятельность отражается в письменных судебных актах;

в) процессуальные акты выносятся в особом процедурном порядке, утвержденном процессуальным законом;

г) форма, структура, содержание и требования (условия), которым должны отвечать процессуальные акты, детально регламентируется процессуальным законодательством.

Так, содержание судебного решения в гражданском процессе регулируется ст. 198 ГПК РФ, арбитражном — ст. 170 АПК РФ.

д) процессуальные акты выступают в качестве юридических фактов, то есть оснований возникновения, изменения или прекращения как материальных, так и процессуальных правоотношений.

В порядке иллюстрации обратимся к характеристике процессуальных актов такого классического юридического процесса, как уголовный.

В уголовном процессе под процессуальным актом понимается процессуальное действие, облекаемое в форму процессуального документа, всех участников уголовного судопроизводства<sup>27</sup>.

Процессуальные акты могут классифицироваться по содержанию, процедуре их принятия (вынесения), структурному составу, времени их действия, кругу лиц, к которому они обращены, по функциональной направленности и т.д. Заметим, что при этом каждый акт может включать в себя несколько классификационных признаков.

Поскольку мы не ставим перед собой цель охарактеризовать все виды уголовно-процессуальных актов, остановимся на характеристике последних исходя только из их содержания.

По содержанию уголовно-процессуальные акты можно подразделить на две группы:

- акты, фиксирующие процессуальные действия (протоколы);
- акты, фиксирующие процессуальные решения (акты-решения).

Протоколы — это уголовно-процессуальные акты, фиксирующие ход и результаты следственных действий и иных процессуальных мероприятий, они используются как в досудебном, так и судебном производстве.

<sup>27</sup> См., например: Строгович М.С. Курс советского уголовного процесса: в 2 т. Т. 1: Основные положения науки советского уголовного процесса. М.: Наука, 1968. С. 200–201; Lupinская П.А. Законность и обоснованность решений в уголовном судопроизводстве. М.: ВЮЗИ, 1972. С. 8–9; Зусь Л.Б. Правовое регулирование в сфере уголовного судопроизводства. Владивосток: Изд-во ДВГУ, 1984. С. 22; Муратова Н.Д., Чулюкин Л.Д. Процессуальные акты защитника и представителя в уголовном судопроизводстве. Казань: Амнеюс, 2009. С. 20 и др.

УПК РФ предусматривает следующие виды протоколов: принятия устного заявления о преступлении (ч. 3 ст. 141 УПК РФ), осмотра (ст. 180 УПК РФ), допроса (ст. 190 УПК РФ), ознакомления обвиняемого и его защитника с материалами уголовного дела (ст. 218 УПК РФ), судебного заседания (ст. 259 УПК РФ) и т. д.

Вторая группа уголовно-процессуальных актов отличается большим разнообразием, и это:

- а) постановление — акт, фиксирующий
  - любое решение прокурора, следователя или дознавателя, вынесенное в ходе досудебного производства, за исключением обвинительного заключения и обвинительного акта;
  - любое решение, за исключением приговора, вынесенное судьей единолично;
  - решение, вынесенное президиумом суда при рассмотрении дела в надзорной инстанции (п. 25 ст. 5 УПК РФ);

б) определение — это акт, фиксирующий любое судебное решение, вынесенное при коллегиальном рассмотрении уголовного дела, за исключением приговора и решения президиума суда при рассмотрении дела в надзорной инстанции (п. 23 ст. 5 УПК РФ);

в) приговор представляет собой акт правосудия и содержит решение суда первой или апелляционной инстанции о невиновности или виновности подсудимого и назначении ему наказания либо об освобождении его от наказания (п. 28 ст. 5 УПК РФ);

г) обвинительное заключение — это итоговый процессуальный акт предварительного следствия, в котором на основе анализа собранных по делу доказательств формулируется обвинение и дается юридическая квалификация действий (бездействия) обвиняемого (ст. 220 УПК РФ);

е) обвинительный акт — это итоговый процессуальный акт дознания, в котором на основе анализа собранных по делу доказательств за лицом закрепляется процессуальный статус обвиняемого и дается юридическая квалификация его действий или бездействия (ст. 225 УПК РФ);

ж) заключение прокурора — это итоговый уголовно-процессуальный акт прокурорской проверки или расследования на стадии возобновления производства по уголовному делу ввиду новых или вновь открывшихся обстоятельств (ч. 1 ст. 416 УПК РФ);

з) заключение коллегии судей — это уголовно-процессуальный акт, принимаемый по факту судебного рассмотрения вопросов о возбуждении уголовного дела в отношении отдельных категорий лиц или о привлечении таких лиц в качестве обвиняемых (ст. 448 УПК РФ);

и) протокол задержания подозреваемого — это процессуальный акт, фиксирующий процессуальное решение дознавателя (органа дознания) или следователя о задержании лица по подозре-

нию в совершении преступления (ч. 1, 2 ст. 92 УПК РФ). Протокол задержания является единственным исключением из общего правила, поскольку фиксирует не действие, как все остальные протоколы, а именно решение.

Заканчивая анализ процессуально-правовых средств, подведем некоторые итоги и сделаем выводы, заключающиеся в следующем.

Во-первых, процессуально-правовые средства представляют собой такие правовые инструменты и деяния, которые создают при их правильном подборе и использовании наиболее благоприятную обстановку для разрешения юридических дел;

Во-вторых, процессуально-правовые средства должны быть направлены на достижение

целей субъектов юридического процесса. В свою очередь, сущностное предназначение юридического процесса — достижение предусмотренного законом юридического результата, заложенного в соответствующей норме материального права; обеспечение надлежащей реализации материальных норм.

В-третьих, процессуальные средства, формируясь в определенную систему, образуют механизм процессуально-правового регулирования.

Рассматриваемая категория дает возможность исследовать сущность и природу процессуального права с новой стороны — в процессе действия и реализации поставленных целей, достижения запланированного в процессуальном праве результата.

#### Библиография:

1. Абатуров А.И. К вопросу о понятии и юридических основаниях установления постпенитенциарного контроля // NB: Вопросы права и политики. — 2013. — № 9. — С. 1–13. URL: [http://www.e-notabene.ru/lr/article\\_9455.html](http://www.e-notabene.ru/lr/article_9455.html)
2. Алексеев С.С. Правовые средства: постановка проблемы, понятие, классификация // Советское государство и право. — 1987. — № 6. — С. 14–18.
3. Алхутова Е.Ю. Понятие и значение административной ответственности в контексте целей и задач прокурорского надзора за исполнением законов органами административной юрисдикции в сфере экономики // Административное и муниципальное право. — 2013. — № 2. — С. 157–162. DOI: 10.7256/1999-2807.2013.02.11.
4. Беляев В.П., Беляева Г.С., Рубченко С.О. Процессуально-правовой режим юридической деятельности. — Курск: Изд-во Юго-Западного гос. ун-та, 2011. — 182 с.
5. Беляева Г.С. Правовой режим в общетеоретическом измерении. — М.: Юрлитинформ, 2013. — 240 с.
6. Лукьянова Е.Г. Теория процессуального права. — М.: Норма, 2003. — 234 с.
7. Майдан И.А. Процессуально-правовая политика современной России: проблемы теории и практики: дис. ... канд. юрид. наук. — Краснодар, 2009. — 222 с.
8. Малько А.В. Правовые средства: вопросы теории и практики // Журнал российского права. — 1998. — № 8. — С. 66–77.
9. Павлушина А.А. Теория юридического процесса: итоги, проблемы, перспективы развития. — Самара: Самар. гос. экон. академия, 2005. — 478 с.
10. Протасов В.Н. Основы общетеоретической процессуальной теории. — М.: Юрид. лит., 1991. — 143 с.
11. Сапун В.Н. Теория правовых средств и механизм реализации права: дис. ... д-ра юрид. наук. — Н. Новгород, 2002. — 321 с.
12. Сорокин В.Д. Правовое регулирование: предмет, метод, процесс (макроуровень). — СПб.: Юрид. центр Пресс, 2003. — 661 с.
13. Струнков С.К. Процессуально-правовые средства: проблемы теории и практики: дис. ... канд. юрид. наук. — Саратов, 2005. — 187 с.
14. Теория юридического процесса / под общ. ред. В.М. Горшенева. — Харьков: Вища школа, 1985. — 192 с.
15. Шрамкова М.Н. Понятие и закономерные свойства процессуально-правовых средств // Современное право. — 2011. — № 5. — С. 11–14.
16. Юридическая процессуальная форма: теория и практика / под ред. П.Е. Недбайло, В.М. Горшенева. — М.: Юрид. лит., 1976. — 280 с.

*Материал поступил в редакцию 2 апреля 2014 г.*

### **PROCEDURAL LEGAL MEANS: DEFINITION, CHARACTERISTIC FEATURES AND TYPES**

**Belyaeva, Galina Serafimovna** — Doctor of Law, Associate Professor, Department of Theory of State and Law of the South-Western State University.

[law\_kstu@list.ru]

**Review.** *Currently there are many scholarly works devoted to the issues regarding legal means, however, only one of them is devoted to the procedural legal means as such. In order to fill the gap in the studies of procedural legal means this article provides analysis of the basic approaches to defining legal means, analyzing their constituent features, grounds and fundamentals for their classification: procedural norms, procedural relations, procedural acts. The author uses various general scientific means and methods of logical cognition: analysis and synthesis, abstraction, modeling, systemic structural, functional and formal logical approaches. The specific legal methods are presented by formal legal, comparative legal and legal interpretation methods. Generalizing the specific features of procedural means the author draws a conclusion that procedural means are legal instruments and acts, which when correctly chosen and used form the beneficial conditions for the resolution of legal cases. Procedural means facilitate the due implementation of material norms and their combination forms procedural mechanism and procedural regimes.*

**Keywords:** *legal process, procedural legal means, definition, characteristic features, classification, procedural legal mechanism, procedural norms, procedural relations, procedural acts, procedural legal regime.*

#### **Bibliography:**

1. Abaturov A.I. On the issue of definition and legal grounds for the formation of post-penitentiary control // NB: Voprosy prava i politiki. — 2013. — № 9. — P. 1–13. URL: [http://www.e-notabene.ru/lr/article\\_9455.html](http://www.e-notabene.ru/lr/article_9455.html)
2. Alekseev S.S. Legal means: posing an issue, definition, classification // Sovetskoe gosudarstvo i pravo. — 1987. — № 6. — P. 14–18.
3. Alhutova E.Y. Definition and value of administrative responsibility within the context of goals and purposes of prosecutor supervision over compliance with the law by the administrative jurisdiction bodies in the sphere of economics // Administrativnoe i munitsipalnoe pravo. — 2013. — № 2. — P. 157–162. DOI: 10.7256/1999-2807.2013.02.11.
4. Belyaev V.P., Belyaeva, G.S., Rubchenko S.O. Professional legal regime of legal activity. — Kursk: Izd-vo Yugo-Zapadnogo gos. un-ta, 2011. — 182 p.
5. Belyaeva G.S. Legal regime in its general theoretical dimension. — M.: Yurlitinform, 2013. — 240 p.
6. Lukyanova E.G. Procedural law theory. — M.: Norma, 2003. — 234 p.
7. Maydan I.A. Procedural legal policy in the modern Russia: theoretical and practical problems: Dissertation Thesis for the PhD in Law. — Krasnodar, 2009. — 222 s.
8. Malko A.V. Legal means: theoretical and practical issues // Zhurnal rossiyskogo prava. — 1998. — № 8. — P. 66–77.
9. Pavlushina A.A. Legal process theory: results, problems and development perspectives. — Samara: Samar. gos. ekon. akademiya, 2005. — 478 p.
10. Protasov V.N. Fundamentals of the general theoretical professional theory. — M.: Yurid. lit., 1991. — 143 p.
11. Sapun V.N. Theory of legal means and the mechanism for the implementation of law: Dissertation Thesis for the Doctoral Degree in Law. — N. Novgorod, 2002. — 321 p.
12. Sorokin V.D. Legal regulation: object, method and process (macro-level). — SPb.: Yurid. tsentr Press, 2003. — 661 p.
13. Strunkov S.K. Procedural legal means: theoretical and practical issues. Dissertation Thesis for the PhD in Law. — Saratov, 2005. — 187 p.
14. Legal Process Theory / general ed. by V.M. Gorsheneva. — Harkiv: Vischa shkola, 1985. — 192 p.
15. Shramkova M.N. Definition and patterns in procedural legal means // Sovremennoe pravo. — 2011. — № 5. — P. 11–14.
16. Legal procedural form: theory and practice / eds. by P.E. Nedbaylo, V.M. Gorsheneva. — M.: Yurid. lit., 1976. — 280 p.

С.Б. Поляков\*

## СУДЕБНЫЙ ПРЕЦЕДЕНТ В РОССИИ: ФОРМА ПРАВА ИЛИ ПРОИЗВОЛА?

**Аннотация.** В последние годы написано много научных работ в обоснование такой формы права в российской правовой системе, как судебный прецедент и (или) судебная практика. В них обоснована факторами, которые можно отрицать, лишь закрывая глаза на юридическую практику, неизбежность судебного правотворчества и фактическое создание норм права судами. При этом ученые, отстаивающие судебный прецедент как форму российского права, не выдвигают идеи параллельного правотворчества и тем более верховенства судебного правотворчества над законодательным, придавая ей субсидиарное значение по отношению к нормативно-правовой форме. Все реже встречающиеся аргументы против судебного правотворчества представляют собой отрицательную оценку конкретных судебных актов, приводимых в качестве прецедентов, по принципу «этого не должно быть», но не опровержение их действительного регулятивного значения для неопределенного круга лиц и неоднократного применения. При этом игнорируется очевидный факт: ни один орган в российской правовой системе не может пересмотреть судебные акты, которыми, по сути, изменяются нормы права, установленные законом. Первый подход, однако, в целях утверждения захватившей умы идеи подчеркивает лишь положительное значение судебного правотворчества для правопорядка. Должное возводится в сущее, но сущее не есть должное. В итоге реальное фактическое судебное правотворчество, не связанное никакими законами и органами власти, не получает адекватного отражения в науке. Настоящая статья показывает, во-первых, регулятивное значение судебных актов, во-вторых, регулярное и закономерное в современных условиях нарушение ими режима законности. Это является постановкой проблемы ограничения судебного правотворчества в российской правовой системе.

**Ключевые слова:** юриспруденция, форма права, судебное правотворчество, прецедент, судебная практика, толкование права, конкретизация закона, пробел в праве, правовая определенность, законность.

Судебное правотворчество постепенно признается источником российского права.

Многие судьи Конституционного Суда РФ рассматривают Конституционный Суд как правотворческий орган. Например, Б.С. Эбзеев писал: «решению Конституционного Суда действительно присуща материально-правовая сила закона, и, хотя оно не является в строгом смысле слова нормативным актом, это решение выступает в качестве источника права и формирует прецеденты, имеющие нормативно-регулирующее значение и обязывающее всех субъектов права. Оно не может быть отменено принимаемым парламентом законом

или иным актом законодательной или исполнительной власти»<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Комментарий к постановлениям Конституционного Суда РФ: в 2 т. Т. 1 / отв. ред. Б.С. Эбзеев. М.: Юрист, 2000. С. 21–22. См. также: Эбзеев Б.С. Толкование Конституции Конституционным Судом РФ: теоретические и практические проблемы // Государство и право. 1998. № 5. С. 7, 12; Гаджиев Г.А. Феномен судебного прецедента в России // Судебная практика как источник права. М.: Юрист, 2000. С. 98–106; Особое мнение Г.А. Гаджиева (п. 3) к постановлению Конституционного Суда РФ от 14.07.2005 № 9-П // Собрание законодательства РФ. 2005. № 30 (Ч. II). Ст. 3200; Витрук Н.В. Конституционное правосудие в России (1991–2001 гг.): очерки теории и практики. М.: Городец, 2001. С. 104–124; Бондарь Н.С. Конституализация социально-экономического развития российской государственности (в контексте решений Конституционного Суда). М.: Виктор Медиа, 2006. С. 70–100 и др.

© Поляков С.Б., 2015

\* Поляков Сергей Борисович — доктор юридических наук, профессор кафедры теории и истории государства и права Пермского государственного национального исследовательского университета. [psb59@rambler.ru]  
614990, Россия, г. Пермь, ул. Букирева, д. 15.

Председатель Конституционного Суда РФ В.Д. Зорькин писал: «Правотворческая деятельность судов в правовой системе России формально (официально) не признается, в доктрине интерпретируется противоречиво, но реально существует и через высшие судебные инстанции влияет на развитие права, так же как это имеет место и в ряде других стран Европейского континента (Греция, Италия, Нидерланды, ФРГ и др.). Решения Конституционного Суда, в результате которых нормативные акты, признанные неконституционными, утрачивают юридическую силу, имеют такую же сферу действия во времени, пространстве и по кругу лиц, как решения нормотворческого органа, и, следовательно, такое же общее значение (как и нормативные акты), не присущее по своей природе правоприменительным актам судов общей юрисдикции и арбитражных судов (постановление КС РФ от 16.06.1998 г. № 19-П). Таким образом, решения Конституционного Суда по делам о проверке конституционности законов и иных нормативных правовых актов высокого уровня имеют, по сути, нормативный характер (обладают нормативной силой) и как таковые приобретают прецедентное значение»<sup>2</sup>.

В последние годы написано много специальных работ и диссертаций в пользу признания судебных актов формой (источником) права России. Следует сразу обратить внимание на отсутствие при этом единства мнений о том, что исходящее от суда считать формой (источником) права, прежде всего, на различие понятий «судебная практика» и «судебный прецедент».

Так, Н.А. Подольская пишет: «Понятие “судебная практика” трактуется континентальными юристами в широком и узком смысле. В первом случае она рассматривается как синоним судебной деятельности в целом, часть общественной практики, связанной с деятельностью судов по разбирательству судебных дел, по борьбе с преступностью и правонарушениями и т.д., то есть в качестве правоприменительной деятельности. В узком смысле слова под судебной практикой понимаются выработанные в ходе судебной деятельности “правовые положения”, определения — дефиниции, правила, указания, которые обладают определенной степенью обобщенности, общепризнанности и (во всяком случае, некоторые из них) обязательности».

<sup>2</sup> Зорькин В.Д. Прецедентный характер решений Конституционного Суда РФ // Журнал российского права. 2004. № 12. С. 3–4. Позже В.Д. Зорькин высказывался иначе: «Конституционный Суд, несмотря на то, что его образно называют “негативным законодателем”, не создает новых норм наряду с законом или вместо закона, то есть судебных прецедентов в том смысле, как они понимаются в системе common law» (Зорькин В.Д. Конституционно-правовое развитие России. М.: Норма: Инфра-М, 2011. С. 153–155).

В странах общего права в отличие от романо-германской правовой системы юристы оперируют иным понятием — “прецедентное право”, под которым понимается право, состоящее из норм и принципов, созданных и применяемых судьями высших судов в процессе вынесения ими решения, то есть судебных прецедентов (в узком смысле слова).

<...> Уместно утверждать, что источником права в формально юридическом смысле слова является не вся судебная практика, но лишь та ее часть, которая создается в результате деятельности высших судебных инстанций в ходе судебного разбирательства дел во второй инстанции и по особо сложным делам — в первой, а также в ходе толкования законов высшими судебными инстанциями. Это означает возможность всеобщего применения понятия “судебный прецедент”.

<...> Судебный прецедент — это решение суда высшей инстанции по конкретному делу, вынесенное по первой, апелляционной или кассационной инстанции или в процессе нормативного или казуального толкования правовых норм, опубликованное в периодическом издании, не только являющееся актом применения права, но и содержащее норму(ы) права, обязательную для применения как этим же судом, так и судом равной юрисдикции и нижестоящим судом»<sup>3</sup>.

С другой стороны, многие авторы даже в названии своих работ указывают на то, что источником права является судебная практика<sup>4</sup>. При этом, например, П.А. Гук пишет: «Судебное нормотворчество осуществляется в форме прецедента и судебной практики высших судебных инстанций». Судебный прецедент он определяет примерно так же, как и Н.А. Подольская, а судебная практика высшего судебного органа должна считаться источником права, по его мнению, «только тогда, когда в судебном акте этого органа закреплены положения, дающие разъяснения о применении нормативных актов; выработаны новые правила процедурного характера; дано толкование правовой нормы; сформулированы правовые положения (судебная норма), которыми преодолен дефект в нормативно-право-

<sup>3</sup> Подольская Н.А. К вопросу о понятии прецедента как источника права // Судебная практика как источник права. М.: Юрист, 2000. С. 150–152.

<sup>4</sup> См.: Лившиц Р.З. Судебная практика как источник права // Судебная практика как источник права. М.: Норма, 1997; Гук П.А. Судебная практика как форма судебного нормотворчества в правовой системе России: общетеоретический анализ: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2012; Крыжан В.А. Правовой обычай и судебная практика как источники трудового права (на фоне интеграции отраслей российского права и интеграции РФ в мировое сообщество государств): дис. ... канд. юрид. наук. Пермь, 2006; Долинская В.В. Судебная практика как источник гражданского права // Цивилист. 2007. № 2. С. 37–42.

вом акте. Особенность судебной практики как источника права, созданной высшими судебными органами, определяется ее прецедентным характером, направленным на регулирование общественных отношений»<sup>5</sup>.

Н.В. Витрук подчеркивал отличие решений и содержащихся в них правовых позиций Конституционного Суда РФ от судебных прецедентов<sup>6</sup>.

Название диссертации Г.Б. Евстигнеевой «Судебные решения как источник права»<sup>7</sup> указывает на то, что судебные акты не только высших судебных инстанций могут рассматриваться как источник права.

Анализ правовой действительности заставляет признать, что не только в нормативно-правовых, но и в судебных актах устанавливаются правила поведения для неопределенного круга лиц для неоднократного применения, обеспеченные силой государства, то есть нормы права. Субъекты права вынуждены ориентироваться не только, и даже не столько на то, что они сами читают в законах, а на то, как суды истолковывают закон, зачастую в противоположном собственному уяснению его значения смысле. При подготовке к делу практический юрист в электронной справочно-поисковой системе «Консультант Плюс» или «Гарант», найдя в рубрике «законодательство» нормы права, применение которых намечается по делу, спешит войти в раздел «Судебная практика» по значку «i» к этим нормам, чтобы спрогнозировать решение по делу. Он знает, что судья будет читать в первую очередь не закон, а толкование закона вышестоящей инстанцией в апелляционных и кассационных постановлениях, куда попадет его решение. Исход дела — истина субъективная. А субъект этот — соответствующая судебная инстанция, та, где заканчивается рассмотрение дела, и над которой больше никого нет.

«Здесь уместно вспомнить замечание американского судьи о том, что “Конституция — это то, что о ней говорят судьи. Таким образом, любое толкование высшего закона страны, которое дается Конституционным Судом в его правовых позициях, имеет конституционную силу”»<sup>8</sup>.

Отрицать то, что субъекты права определяют содержание правовых норм по судебным решениям, можно только уподобляясь страусу, по точному образу профессора В.В. Лазарева<sup>9</sup>.

Неизбежность судебного правотворчества объясняется в нашей науке факторами, которые

можно отрицать только тем же ненаучным методом:

1) наличие пробелов в праве, которые в силу быстрого изменения общественных отношений отразить адекватным оперативным законодательным регулированием чаще всего невозможно<sup>10</sup>;

2) существование закона в языковой форме всегда несет в себе потенциал прецедента, ибо ни одна языковая составляющая не способна идеально совместить реальность (общественное отношение) и право<sup>11</sup>;

3) часто законодатель употребляет общие (оценочные) понятия, объективно не имея возможности проявить свою волю во всей полноте. Фактически суд по велению законодателя (прямо или косвенному) вынужден конкретизировать норму в ходе ее применения<sup>12</sup>;

4) в праве имеются противоречия, и правоприменителю приходится их преодолевать. «Эта работа не является толкованием норм, поскольку воля законодателя выявлена и она противоречива. В то же время отсутствует пробел, скорее, наоборот — имеет место множественность регулирования. Пробел можно констатировать только при радикальной противоречивости норм, когда одна из них уничтожает другую. Так или иначе, но обоснование решения суда в части выбора применимой нормы будет иметь нормативный характер. В противном случае рушится единство законности»<sup>13</sup>.

Отказ от страусиной позиции в отношении судебного прецедента к практической легализации его в российской правовой системе связы-

<sup>10</sup> См.: Реутов В.П. Формы воздействия юридической практики на развитие законодательства // Государство, право, законность. Пермь: Перм. гос. ун-т, 1970. Вып. 2. С. 187–189; Нешатаева Т.Н. К вопросу об источниках права: судебном прецеденте и доктрине // Судебная практика как источник права. М.: Юрист, 2000. С. 93; Жуikov В.М. К вопросу о судебной практике как источнике права // Там же. С. 80; Победкин А.В. Постановления Пленума Верховного Суда РФ как форма толкования и преодоления пробелов уголовно-процессуального права // Государство и право. 2008. № 11. С. 34, 38; Лазарев В.В. Указ. соч. С. 325–326; Он же. Нормативная природа судебного прецедента // Журнал российского права. 2012. № 4. С. 95.

<sup>11</sup> См.: Нешатаева Т.Н. Указ. соч. С.93; Будагов Р.А. Закон многозначности слова // Русская речь. 1972. № 3. С. 133; Власенко Н.А. Судебные правовые дефиниции: природа, функции, основания деления и виды // Журнал российского права. 2009. № 12. С. 61–62.

<sup>12</sup> См.: Реутов В.П. Указ. соч. С. 193–196.; Венгеров А.Б. Конституционный контроль в СССР // Правоведение. 1970. № 3. С. 34–35; Черданцев А.Ф. Правовое регулирование и конкретизация права // Применение советского права: сб. ученых тр. Свердловск, 1974. Вып. 30. С. 24–25; Лазарев В.В. Нормативная природа... С. 94.

<sup>13</sup> Лазарев В.В. Нормативная природа... С. 95–96. См. также: Ображиев К.В. Судебное толкование и судебное нормотворчество: проблемы соотношения // Журнал российского права. 2010. № 3. С. 100–101; Макарова О.В. Разъяснения Верховного Суда РФ и Высшего Арбитражного Суда РФ как форма судебного надзора // Журнал российского права. 2012. № 6. С. 76.

<sup>5</sup> Гук П.А. Указ. соч. С.12–13.

<sup>6</sup> См.: Витрук Н.В. Указ. соч. С.123–124.

<sup>7</sup> Евстигнеева Г.Б. Судебные решения как источник права: дис. ... канд. юрид. наук. М., 2007.

<sup>8</sup> Зорькин В.Д. Прецедентный характер решений... С. 5–6.

<sup>9</sup> См.: Лазарев В.В. Прецеденты Конституционного Суда // Актуальные проблемы теории и практики конституционного судопроизводства: сб. науч. тр. Вып. VII. Казань: Изд-во Казан. ун-та, 2012. С. 329.

вают с деятельностью нынешнего председателя Высшего Арбитражного Суда РФ А.А. Иванова. В пользу этого говорят ч. 4 ст. 140 АПК РФ в редакции Федерального закона от 23.12.2010 № 379-ФЗ: «В мотивировочной части решения могут содержаться ссылки на постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ по вопросам судебной практики, постановления Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ; Постановление Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 14.02.2008 г. № 14, которым установлена возможность пересмотра по вновь открывшимся обстоятельствам судебного акта, оспариваемого заявителем в порядке надзора и основанного на положениях законодательства, практика применения которых после его принятия определена Высшим Арбитражным Судом РФ в постановлении Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ или в постановлении Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ, в том числе принятого по результатам рассмотрения другого дела в порядке надзора»<sup>14</sup>.

Верховный Суд РФ подобных шагов не предпринял. В постановлениях Пленума Верховного Суда нет такой нормы, как содержащаяся в ч. 4 ст. 140 АПК РФ. Но не только поэтому преждевременными представляются оценки: «Прецедент обеспечивает единство судебной практики и тем самым гарантирует равенство граждан перед законом и судом»<sup>15</sup>; «Переход к прецедентной системе — это правильное направление движения, потому что в такой системе обеспечивается стабильность правовых позиций, укрепляются позиции судебной власти, снижается влияние на судей»<sup>16</sup>.

Отрицать то, что мы практически перешли к прецедентной системе, как сказано выше, значит закрывать глаза на действительность. Но признание прецедента — только первый, но не решающий шаг к единству судебной практики, должному обеспечить равенство всех перед законом и судом.

«Укрепились позиции судебной власти» — это как понимать относительно чего. Сторонники признания судебного прецедента как источника (формы) современного российского права чаще всего говорят о создании судами нормы права, не противоречащей законодательству. «Норму нужно создавать. Разумеется, не *contra legem*, разумеется, в соответствии с общими и отраслевыми принципами права, иногда решая вопрос аналогично тому, как он решен по сходным отношениям»<sup>17</sup>. «Прецедент всегда продолжает

(реализует) задачи законодателя по внесению определенности в регулирование общественных отношений»<sup>18</sup>. Если забыть эти положения, то упоение укреплением судебной власти приводит к независимости судей от закона, к подмене судьями законодателя.

Российская судебная практика сегодня далека от единства и непротиворечивости. Примеры, приводимые ниже, можно критиковать на предмет отнесения их к прецедентам, под которыми понимается исключительно ценность. Но в споре о ценности какого-либо явления надо вначале точно определить явление как предмет спора. Понятие прецедента сегодня — доктринальное, а не легальное.

Сущностными признаками судебного прецедента в науке называются:

1) источник права, то есть содержит нормы права — правила поведения.

Судебный акт, который изменяет диспозицию, данную законодателем (объем права, обязанности, запрета — что можно, должно, нельзя иначе, чем сказал законодатель), и (или) гипотезу (расширение или сужение круга адресатов нормы, условия(ий), при которых должны реализовываться право, обязанность, запрет), и (или) санкцию (яркий пример: фактическая отмена смертной казни в России решениями Конституционного Суда РФ причем по делам, в которых конституционность ст. 59 УК РФ не обжаловалась, при неизменности ст. 59 УК РФ, предусматривающей такое наказание<sup>19</sup>), изменяет норму права, принятую законодателем, следовательно, устанавливает новую норму;

2) является обязательным для судов при решении сходных дел.

Обязательность для судьи, что закона, что судебного акта, содержащего норму права, — категория на практике скорее социально-психологическая, чем обусловленная системой законодательства и иных форм права. Судья ориентирован на оценку своего судебного акта конкретной судебной инстанцией, а не законом, носителем которого для него является все та же судебная инстанция. Поэтому для судьи подвергать критике позицию последней, как не соответствующей закону, принимать решения вопреки ей — себе дороже. Далее мы покажем, что даже объективно подтвержденные как не соответствующие закону правовые позиции, нормы права, созданные судебными актами, не утрачивают своей обязательности для судов до тех пор, пока они не будут изменены инстанциями, их создавшими.

<sup>14</sup> Вестник ВАС РФ. 2008. № 3. С. 54–55.

<sup>15</sup> Лазарев В.В. Прецеденты Конституционного Суда... С. 329.

<sup>16</sup> Гук П.А. Указ. соч. С. 7 со ссылкой: Иванов А. Гражданское право: Речь о прецеденте. URL: <http://www.vedomosti.ru/newspaper/article/2010/03/19/22852> (дата посещения: 23.03.2013).

<sup>17</sup> Лазарев В.В. Прецеденты Конституционного Суда... С. 326.

<sup>18</sup> Он же. Нормативная природа... С. 94.

<sup>19</sup> Постановление Конституционного Суда РФ от 02.02.1999 № 3-П // Собрание законодательства РФ. 1999. № 6. Ст. 867; Определение Конституционного Суда РФ от 19.11.2009 № 1344-О-П // Собрание законодательства РФ. 2009. № 48. Ст. 5867.

3) создаются высшими судебными инстанциями.

А как относится к судебным актам, содержащим нормы права, не отмененным вышестоящими судебными инстанциями и вступившим в законную силу? По-страусиному? С доблестью Дон Кихота отвергать обязательность судебных актов (ст. 13 ГПК РФ, ст. 16 АПК РФ, ст. 392 УПК РФ), наступать на те же грабли нескончаемое число раз, надеясь в очередной раз по аналогичному делу побороть «незаконную» судебную практику, порожденную «нечистокровным» прецедентом? Но людям нужен адвокат, приносящий результат, а не поборник чистоты права, ориентирующий их в правилах, охраняемых государством в лице именно судов, а не рекомендациях, замечательных по юридической аргументации, но не воспринимаемых судами.

В.В. Лазарев выделяет в решениях Конституционного Суда три вида прецедентов:

1) прецеденты толкования при отсутствии пробела в законодательстве, не создающие новые нормы права;

2) прецеденты конкретизации, которые требуются при применении оценочных понятий, норм, сознательно предполагающих законодателем определенную свободу усмотрения правоприменителя;

3) прецеденты права при пробелах в законодательстве и при преодолении противоречий в праве, когда суды практически создают норму права.

Из этой классификации сделаны практические выводы: 1) прецеденты толкования всегда действуют с обратной силой, прецеденты конкретизации только тогда, когда прямо указано в правоприменительном акте, а прецеденты права имеют обратную силу по общим правилам, по тем, которые приняты по отношению к появлению новых норм права; 2) ответ на вопрос: является ли отказное определение Конституционного Суда РФ, вынесенное ранее по обжалуемой норме, основанием к отказу в принятии жалобы к рассмотрению? В зависимости от того, какое правоположение выработано ранее: если правотворческое или правоконкретизирующее, можно отказать; если интерпретационное, — нет, поскольку в связи с конкретной ситуацией может выявиться некий особенный аспект конституционно-правового смысла<sup>20</sup>.

Эта классификация применима ко всем судебным актам для определения в них наличия или отсутствия новых норм права. Она позволяет, во-первых, систематизировать судебные акты для определения их в качестве источников права или не являющихся таковыми. Именно в таком качестве мы воспользуемся этой класси-

фикацией, чтобы показать проблемы, порождаемые судебной практикой.

Строго говоря, систематизировать судебные акты следовало бы, различая также: 1) судебные акты по конкретным делам, 2) разъяснения Пленумов Верховного Суда РФ и Высшего Арбитражного Суда РФ, 3) судебные акты по абстрактному нормоконтролю, — всего показывая примеры по девяти группам. Но размеры статьи не позволяют этого. Поэтому наша задача в целях обозначения основных проблем, требующих решения для обеспечения единства закона и судебной практики: показать фактические прецеденты, то есть создание норм права судами разных инстанций, на которые вынуждены ориентироваться субъекты права в большей степени, чем на закон, не останавливаясь здесь на всех нюансах в зависимости от формы создания норм и категорий дел.

Научная ценность приведенной классификации В.В. Лазарева видится нам в том, что она ориентирует, прежде всего, на анализ ситуации, в которой оказывается судья: наличие или отсутствие пробела, оценочных понятий в норме права, предполагаемой к применению. Верная оценка положения, в котором оказывается судья при рассмотрении дела, предопределяет правильное установление объема «полномочий» судьи на стадии правоприменения, которую принято называть установление юридической основы дела, и, соответственно, требуемый от судьи объем и уровень юридической аргументации.

1. Тезис «прецеденты толкования не создают новые нормы права» должен быть дополнен неоднократно ранее высказывавшимися В.В. Лазаревым положениями, опускающимися на грешную землю: «под видом толкования могут издаваться дополнительные нормы, восполняться пробелы в законодательстве, преобразовываться сфера действия принятых в законодательном порядке актов и т.д. Все это идет вразрез с принципом законности, и, следовательно, практика вуалирования правотворческой и правоконкретизирующей деятельности посредством актов толкования должна решительно отвергаться»<sup>21</sup>.

Иначе должное и сущее не соединятся. Пока же господствует сущее, которое можно научно раскритиковать как «не прецедент», но практически нельзя отрицать его регулятивное значение.

1.1. Состав преступления, предусмотренный п. «в» ч. 1 ст. 256 УК РФ, явно формальный. Наказуемой является незаконная добыча (вылов) водных биологических ресурсов в местах нереста или на миграционных путях к ним независимо

<sup>20</sup> См.: Лазарев В.В. Прецеденты Конституционного Суда... С. 330.

<sup>21</sup> Лазарев В.В. Избранные труды: в 3 т. М.: Новая юстиция, 2010. Т. 1. С. 52.

от того, поймал что-либо или повредил браконьер. Норма не содержит оценочных понятий. Нет признаков пробела в определении запрета ловить рыбу любым способом в точно названных местах.

Однако приговорами судов вначале по конкретным делам, поддержанными мотивированными судебными актами Верховного Суда РФ<sup>22</sup> («классический» прецедент), а затем п. 8 и 12 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 23.11.2010 г. № 26<sup>23</sup> (судебная практика или правовые позиции, правоположения — по разным научным определениям), указанная норма права изменена дополнением диспозиции (запрета) новыми характеристиками: количество и стоимость выловленной рыбы, использование средств и способов массового истребления водных биологических ресурсов. Запрет лова рыбы в местах нереста или на путях к нему перестал быть абсолютным. Из формального состав преступления, созданный законодателем, превращен Верховным Судом РФ в материальный. При отсутствии в деле введенных судебными актами признаков запрещенное законодателем деяние должно квалифицироваться судами как малозначительное и не образующее состав преступления. Это можно убедительно критиковать в научных статьях<sup>24</sup>. Но прокуроры, уже после того как их кассационные и надзорные представления оставлены без удовлетворения по прецедентным делам, не могут подписывать обвинительные заключения за деяния, запрещенные законодателем, но не содержащие признаков, введенных судами, если не хотят получить оправдательные приговоры.

В этом примере создания судами нормы права, обязательной для всех, незаконность изменения воли законодателя все же не подтверждена официально.

1.2. Согласно правовой позиции Конституционного Суда РФ положения ч. 6 ст. 162 УПК РФ не подлежат расширительному толкованию и не могут рассматриваться как позволяющие руководителю следственного органа неоднократно продлевать срок предварительного следствия, если в результате общая его продолжительность будет более чем на 1 месяц превышать указанные в ч. 4 и 5 данной статьи сроки, продление которых относится к его компетенции<sup>25</sup>. Аргу-

ментация определений Конституционного Суда РФ по этому вопросу указывает на отсутствие пробелов и оценочных понятий в управомочивающей адресата норме. Исходя из разрешительного метода правового регулирования деятельности государственных органов и должностных лиц, Конституционный Суд РФ мотивировал, что отсутствие прямого указания на возможность неоднократного продления срока предварительного следствия не позволяет руководителю следственного органа совершать такие действия.

Однако суды общей юрисдикции признают законным бесчисленное установление срока предварительного следствия руководителем следственного органа каждый раз на 1 месяц, на что указывает множественность одинаковых определений Конституционного Суда РФ, содержащих чаще всего встречающуюся в его определениях формулировку: «как следует из жалобы, заявитель связывает нарушение своих конституционных прав не с содержанием оспариваемых положений закона, а с правоприменительными решениями, состоявшимися в его деле. Однако проверка действий и решений правоприменительных органов к компетенции Конституционного Суда не относится». Таким образом, Конституционный Суд РФ косвенно признает, что оспариваемая заявителем практика применения оспариваемой им нормы права не соответствует букве и духу этой нормы. Но в реальных отношениях воплощается именно такое понимание нормы права, которое «компетентные» судебные инстанции или прямо одобряют или изменять не желают. Сторонники социологического понимания права находят в этом подтверждение своей позиции, а «нормативистам» вряд ли можно доказать действительность закона, если он не реализуется в судебных актах. Но социологическое правопонимание уязвимо практикой в той же мере, как и нормативистское, по сути переменчивости правил по судейскому настроению.

Отказывая в удовлетворении кассационной жалобы Груздева на продление срока следствия руководителем следственного органа после очередной отмены судом либо прокурором постановления о приостановлении предварительного следствия, кассационная коллегия Пермского краевого суда в определении от 24.11.2011 г. на доводы, основанные на определениях Конституционного Суда РФ, указала, что этими определениями ч. 6 ст. 162 УПК РФ неконституционной не признавалась. Тем самым суд указал, что ч. 6 ст. 162 УПК РФ является действующей в толковании ее судами общей юрисдикции и может быть

<sup>22</sup> См., например: Определение Судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда РФ от 08.08.2006 по делу № 64-Дп06-14 // СПС «КонсультантПлюс».

<sup>23</sup> Бюллетень Верховного Суда РФ. 2011. № 1. С. 3.

<sup>24</sup> См., например: Антонов А.В. Позиция Пленума Верховного Суда РФ по применению ст. 256 УК РФ изменена в пользу браконьеров // Второй Пермский конгресс ученых-юристов: материалы Междунар. науч.-практ. конф. (г. Пермь, 28–29 октября 2011 г.). Пермь: Перм. гос. нац. иссл. ун-т, 2011. С. 292–293.

<sup>25</sup> Определения Конституционного Суда РФ от 11.07.2006 № 352-О, от 17.10.2006 № 418-О и № 420-О, от 16.11.2006 № 547-О, от 15.05.2007 № 371-О-П, от 25.12.2008 № 962-О-О,

от 16.04.2009 № 386-О-О, от 23.06.2009 № 895-О-О, от 23.09.2010 № 1214-О-О, 19.10.2010 № 1412-О-О и др. // СПС «КонсультантПлюс».

изменена только постановлением Конституционного Суда РФ, а толкование последним этой нормы права значения для судов не имеет. Эта позиция была поддержана в постановлении судьи Пермского краевого суда от 31.01.2012 г. об отказе в удовлетворении надзорной жалобы и в письме председателя того же суда, проигнорировавших ссылки на ст. 71, ч. 2 ст. 79 Федерального конституционного закона «О Конституционном Суде РФ».

Надзорная жалоба в Верховный Суд РФ была подана в дежурном порядке. Ожидалось получение ответов, аналогичных тем, которые получали заявители жалоб в Конституционный Суд РФ на практику применения ч. 6 ст. 162 УПК РФ. Но (о, чудо!) постановлением судьи Верховного Суда РФ от 13.08.2012 г. было возбуждено надзорное производство. Президиум Пермского краевого суда постановлением от 02.11.2012 г. удовлетворил надзорную жалобу. При новом рассмотрении жалобы Груздева суд первой инстанции 10.12.2012 г. вынес решение в соответствии с позицией Конституционного Суда РФ и признал обжалованное постановление руководителя следственного органа незаконными.

Чем были судебные акты о признании законными постановлений руководителей следственных органов о неоднократных продлениях сроков предварительного следствия? На наш взгляд, с опорой на определения Конституционного Суда РФ, созданием управомочивающих норм вопреки воле законодателя, реализовавшимся в следственной практике при единообразной поддержке судов, то есть источниками права, общеобязательными для субъектов права и судов.

Чем были определения Конституционного Суда РФ по этому вопросу? На наш взгляд, актами буквального толкования нормы права, то есть не создающими новой нормы права. Но эти прецеденты толкования не действовали с обратной силой. На права и обязанности лиц, по жалобам которых были вынесены определения, последние никак не повлияли.

Постановление судьи Верховного Суда РФ от 13.08.2012 г. и изданные в соответствие с ним постановление Президиума Пермского краевого суда от 02.11.2012 г. и решение Индустриального райсуда г. Перми от 10.12.2012 г., по нашему мнению, были прецедентами буквального толкования закона, имеющими обратную силу для Груздева, по делу которого они были изданы. В то же время они могут быть прецедентами права, но не по классификации В.В. Лазарева, поскольку изданы не при пробеле в праве, а потому что отменяют установленную ранее судами управомочивающую норму права. Однако поскольку они не были опубликованы и известны широкому кругу лиц, во всяком случае, за пре-

делами Пермского края, неизвестно, изменят ли они практику реализации ч. 6 ст. 162 УПК РФ. По сомнительности наличия признака общеобязательности считать их прецедентами права затруднительно.

Надо заметить, что 5 месяцев спустя приведенный прецедент, согласующийся с позицией Конституционного Суда РФ, был бы невозможен. С 1.01.2013 г. вступили в силу изменения в УПК РФ, которыми исключается обжалование постановления судьи краевого суда об отказе в передаче кассационной жалобы для рассмотрения в заседании суда кассационной инстанции<sup>26</sup>. Явно взят курс на ограничение принципа единства законности. При перестройке судебных инстанций в гражданском и арбитражном процессе формально сохранена возможность контроля Верховного Суда РФ и Высшего Арбитражного Суда РФ за законностью судебных актов нижестоящих судов (ст. 391.11 ГПК РФ, ст. 292 АПК РФ), хотя нарушения закона должны быть «фундаментальными», что произвольно устанавливается высшими судами. В уголовном же судопроизводстве новый порядок обжалования судебных постановлений исключает контроль Верховного Суда РФ за законностью судебных постановлений, выносимых по большинству уголовных дел. Чтобы судебная практика и отдельные, даже заведомо незаконные, судебные постановления суда субъекта РФ не могли стать предметом рассмотрения Верховного Суда РФ, достаточно формально вынесенных постановлений судьи об отказе в удовлетворении кассационных жалоб. При такой системе Верховный Суд РФ не может обеспечить единообразное применение закона и реализацию своих собственных постановлений и иных актов толкования права. Созданы все условия для того, что в современной отечественной юриспруденции почти уже век называется «калужская» и «казанская» законность.

Большая часть определений Конституционного Суда РФ является констатацией незаконного нормотворчества судов общей юрисдикции и арбитражных судов под видом толкования права вышеприведенной формулировкой о том, что оспариваемые положения закона сами по себе не нарушают прав обратившихся лиц. А правоприменительные решения, расходящиеся со смыслом и буквой оспариваемых норм, Конституционный Суд проверять не вправе. И ни один орган в российской правовой системе не может пересмотреть судебные акты, которыми, по сути, изменяются нормы права.

1.3. В определении от 17.01.2012 № 14-О-О Конституционный Суд РФ не счел нужным обратить внимание на то, что суды общей юрисдик-

<sup>26</sup> Пункты 27, 28 и 29 ст. 1 Федерального закона от 29.12.2010 № 433-ФЗ // Собрание законодательства РФ. 2011. № 1.

ции ввели в гипотезу специальной запрещающей нормы о взыскании пенсии в части, составляющей установленную величину прожиточного минимума должника и лиц, находящихся на его иждивении (абз. 8 ч. 1 ст. 446 ГПК РФ), условие: данная норма действует лишь при одновременном обращении взыскания на принадлежащие должнику-гражданину наличные денежные средства и по своему смыслу не предполагает ее применения к случаям производства регулярных удержаний из периодических выплат, получаемых должником в силу трудовых, гражданско-правовых или социальных правоотношений, на основании исполнительных документов. Тем самым система судов общей юрисдикции признала без этого условия запрещающую норму для приставов-исполнителей недействующей<sup>27</sup>.

Во всех вышеприведенных случаях (п. 1.1.–1.3) под видом толкования права суды общей юрисдикции установили иные нормы права, чем те, что содержатся в законе, и фактически создали новые нормы права. Конституционный Суд РФ в некоторых случаях прямо указал, что такое толкование права является неправильным (в случае со ст. 162 УПК РФ), в других воздержался от таких оценок, но и не подтвердил правильность толкования закона судами общей юрисдикции. Как бы то ни было, реально в делах действовали нормы права не те, что установлены законодателем, а те, что созданы судами в этих делах и применялись в дальнейшем в сходных делах. Вопрос только в том, до каких пор будут действовать в результате такого судебного правотворчества нормы права, как они будут отменяться или изменяться?

1.4. Решением Дзержинского райсуда г. Перми от 01.02.2012 г. частично удовлетворен иск членов ТСЖ «Челюскинцев, 7» к ТСЖ о признании незаконным решения общего собрания участников ТСЖ «Челюскинцев, 7» ввиду отсутствия кворума.

Доводы ответчика о математически неверном подсчете голосов для определения простого большинства и, соответственно, наличии кворума суд апелляционной инстанции признал. Однако для оставления решения в силе им была изменена норма права, содержащаяся в п. 7 ч. 2 ст. 145 и ч. 4 ст. 146 ЖК РФ. В апелляционном определении судебной коллегии по гражданским делам Пермского краевого суда от 18.06.2012 г. было указано, что решение общего собрания членов товарищества собственников жилья по вопросу об избрании членов правления товарищества принимается квалифицированным (не менее чем две трети) большинством голосов от общего числа голосов членов товарищества.

В кассационной жалобе ответчик для наглядности в виде таблицы из двух колонок при-

вел вывод суда апелляционной инстанции о содержании указанных статей ЖК РФ и собственно текст этих статей. Ниже был сделан вывод, что чтение их по правилам русского языка не дает никаких возможностей для расширительного толкования этих норм таким образом, чтобы решение по вопросу об избрании членов правления товарищества отнести к вопросам, требующим квалифицированного (не менее чем две трети) большинства голосов, а наоборот, однозначно исключает такие возможности. Суд апелляционной инстанции просто грубо нарушил ч. 4 ст. 146 ЖК РФ.

Нормы права, содержащиеся в указанных статьях ЖК РФ, не имеют оценочных понятий. Нет и пробелов. В законе четко установлен исчерпывающий перечень вопросов, требующий квалифицированного большинства, и сказано, что решения по остальным вопросам принимаются большинством голосов от общего числа голосов присутствующих на общем собрании членов товарищества. Поэтому под видом толкования судом изменена норма права, дополнен исчерпывающий перечень гипотезы обязывающей нормы права. Решение не отменено, и официально не признано неправильное применение закона.

В определении судьи Пермского краевого суда от 19.09.2012 г. об отказе в удовлетворении кассационной жалобы о неправильном применении п. 7 ч. 2 ст. 145 и ч. 4 ст. 146 ЖК РФ указано: «Доводы жалобы об ошибочности вывода суда апелляционной инстанции о том, что для принятия решения по вопросу избрания членов правления требуется квалифицированное большинство голосов от общего числа голосов членов товарищества, заслуживают внимания, однако с учетом положений ст. 387 ГПК РФ, принципа правовой определенности, даты избрания председателем ТСЖ «Челюскинцев, 7» Б. 26.06.2009 г., периода полномочий правления сроком на два года и правильного вывода об отсутствии кворума не является основанием для отмены апелляционного определения». Если отбросить то, что именно в связи с истечением срока полномочий правления избиралось новое, а суд апелляционной инстанции как раз из-за того, что признал наличие кворума для проведения собрания, изменил норму права, остается в этом выводе главное, что препятствует стать судебному прецеденту в России ясной формой права. Принцип правовой определенности российской судебной системой превращен в принцип: «И так сойдет».

В надзорной жалобе было указано: «Полагаем, что возведение в форму права (судебный прецедент), изменяющую закон, ошибочного (как признано при рассмотрении кассационной жалобы) судебного постановления является

<sup>27</sup> СПС «КонсультантПлюс».

фундаментальным нарушением норм материального права, подрывающим основы законности, что должно повлечь пересмотр судебных постановлений по настоящему делу в порядке надзора по основаниям, предусмотренным ч. 1 ст. 391.11 ГПК РФ». Однако в ответе заместителя Председателя Верховного Суда РФ В.И. Нечаева от 25.12.2012 г. № 44-КФ12-904 из трех абзацев сообщено, что оснований для пересмотра судебных постановлений не усматривается. Каким большинством решать вопрос об избрании членов правления товарищества собственников жилья, Верховному Суду РФ все равно.

Вскоре уже проигравшие вышеуказанное дело члены того же ТСЖ обжаловали новое решение общего собрания ТСЖ, ссылаясь на ст. 13 «Обязательность судебных постановлений» и ч. 2 ст. 61 ГПК РФ («Обстоятельства, установленные вступившим в законную силу судебным постановлением по ранее рассмотренному делу, обязательны для суда. Указанные обстоятельства не доказываются вновь и не подлежат оспариванию при рассмотрении другого дела, в котором участвуют те же лица»), что новое правление избрано простым, а не квалифицированным большинством, как требуется в п. 7 ч. 2 ст. 145 и ч. 4 ст. 146 ЖК РФ в редакции апелляционного определения Пермского краевого суда от 18.06.2012 г. Однако решением Дзержинского райсуда г. Перми от 28.01.2013 г. в иске было отказано с указанием, что доводы истцов «не основаны на законе», а про «прецедентное» апелляционное определение суд промолчал.

Апелляционная инстанция, перед которой был поставлен вопрос о несоответствии этого решения «прецедентному» апелляционному определению Пермского краевого суда от 18.06.2012 г., приняла «соломоново решение»: решение суда отменила, но по другим основаниям, но о «прецеденте» своих коллег ни словом не обмолвилась. В апелляционном определении от 10.06.2013 г. по делу № 33-5195 приведен ключевой довод удовлетворенной апелляционной жалобы, повторенный в судебном заседании, возражение ответчика об отсутствии прецедентов в России, но оценки им не дано.

Сегодня так, а завтра эдак. А высший суд все оставляет в силе. Поэтому к судебным решениям российских судов сложно относиться как к прецедентам, то есть форме права. Однажды судья арбитражного суда Свердловской области, запутавшись в «прецедентах», отложил рассмотрение дела, указав в определении буквально следующее: «арбитражным судом по аналогичным спорам ранее вынесены решения, которые противоречат друг другу, но оба оставлены кассационной инстанцией без изменения»<sup>28</sup>. А как

ориентироваться в таком судебном правотворчестве адресатам норм?

2. Прецеденты конкретизации предопределены оценочным содержанием правовых норм. Как указывал Конституционный Суд РФ, «для решения споров на основе законоположений, в которых законодатель использует в рамках конституционных предписаний оценочные понятия, позволяющие правоприменителю эффективно обеспечивать баланс интересов, в наибольшей мере предназначена именно судебная власть, действующая на основе принципов самостоятельности, справедливого, независимого, объективного и беспристрастного правосудия»<sup>29</sup>.

Из всего многообразия проблем, возникающих при прецедентах конкретизации, остановимся на одной. Вышеприведенная позиция Конституционного Суда РФ ориентирует на поиск в конкретном деле самого точного решения с учетом конкретных обстоятельств. Но такое решение требует учета всех нюансов дела и аргументации их юридического значения. Практически это достигается далеко не всегда вследствие шаблонности мышления значительного числа (если не большинства) судей. Эта шаблонность вопреки приведенной позиции Конституционного Суда РФ может культивироваться прецедентами конкретизации.

Согласно подп. 1 п. 4 ст. 1515 ГК РФ, правообладатель товарного знака вправе требовать по своему выбору от нарушителя вместо возмещения убытков выплаты компенсации в размере от 10 тыс. до 5 млн руб., определяемой по усмотрению суда исходя из характера нарушения.

Согласно п. 43.3 Постановления Пленума Верховного Суда РФ № 5, Пленума ВАС РФ № 29 от 26.03.2009 «О некоторых вопросах, возникших в связи с введением в действие части четвертой Гражданского кодекса РФ»: «При определении размера компенсации суд, учитывая, в частности, характер допущенного нарушения, срок незаконного использования результата интеллектуальной деятельности, степень вины нарушителя, наличие ранее совершенных лицом нарушений исключительного права данного правообладателя, вероятные убытки правообладателя, принимает решение, исходя из принципов разумности и справедливости, а также соразмерности компенсации последствиям нарушения»<sup>30</sup>.

Сложилась практика, типичный пример которой — дело № А60-33597/2010. Ответчиком размещены рекламные объявления с незаконным использованием товарного знака в 9 изданиях с общим тиражом 99 600 экземпляров. Компенсация присуждена в размере 50 тыс. руб., но не по

<sup>28</sup> Определение арбитражного суда Свердловской области от 19.06.2002 по делу № А60-11601/2002-С3.

<sup>29</sup> Определение Конституционного Суда РФ от 16.12.2010 № 1580-О-О // СПС «КонсультантПлюс».

<sup>30</sup> Бюллетень Верховного Суда РФ. 2009. № 6.

формулам товарный знак Х 99 600 экземпляров либо товарный знак Х 9 объявлений<sup>31</sup>.

Постановлением Президиума ВАС РФ от 27.11.2012 № 9414/12 по делу № А13-8185/2011 с указанием его обратной силы на основании Постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 14.02.2008 г. № 14 был создан прецедент конкретизации, согласно которому компенсация, предусмотренная подп. 1 п. 4 ст. 1515 ГК РФ, должна была взыскиваться по формуле: товарный знак (персонаж мультфильма «Смешарики») Х количество обнаруженных у предпринимателя магнитиков с этими знаками Х санкция, предусмотренная подп. 1 п. 4 ст. 1515 ГК РФ не ниже 10 тыс. руб.<sup>32</sup>

Признавая его обязательность арбитражный суд Пермского края по делу № А50-19637/2012, установив размещение двух товарных знаков на этикетках 55 бутылок водки, обнаруженных на складе ответчика, решением от 24.01.2012 г. присудил компенсацию 1 млн 100 тыс. руб.

Этот прецедент конкретизации был оспорен систематическим и логическим толкованием подп. 1 п. 4 ст. 1515 ГК РФ<sup>33</sup>.

Суд апелляционной инстанции постановлением от 04.04.2013 г. № 17АП-2468/20 13-ГК удовлетворил апелляционную жалобу ответчика и изменил решение, снизив сумму взыскания до 200 тыс. руб., указав, что нормы действующего законодательства не содержат указаний о необходимости умножения количества товарных знаков на количество материальных носителей для присуждения компенсации, и тем самым обосновал свою нормативно-правовую свободу в оценке конкретных обстоятельств дела.

<sup>31</sup> Решение Арбитражного суда Свердловской области от 13.11.2010; Постановление Семнадцатого арбитражного апелляционного суда от 10.02.2011 № 17АП-13509/2010-ГК // СПС «КонсультантПлюс».

<sup>32</sup> Вестник ВАС РФ. 2013. № 3. С.203-206.

<sup>33</sup> Санкцию, предусмотренную подп. 1 п. 4 ст. 1515 ГК РФ, законодатель именуется компенсацией, подчеркивая ее право-восстановительный, а не штрафной характер. В совокупности с другими положениями ст. 1515 ГК РФ усматривается цель законодателя защитить обладателя исключительных прав на товарный знак от реальных или предполагаемых убытков, но не обогатить его за счет правонарушений. Размер вероятного дохода ответчика от реализации 55 бутылок водки с этикетками, имеющими товарные знаки истца, сопоставим с размером минимальной санкции, предусмотренной подп. 1 п. 4 ст. 1515 ГК РФ, а чистого дохода — во много раз меньше. Именно поэтому истец, преследующий не правосстановительные цели, а извлечения экономически необоснованного дохода, не требовал применения санкции, предусмотренной подп. 1 п. 4 ст. 1515 ГК РФ. Но компенсации, предусмотренные подп. 1 и 2 п. 4 ст. 1515 ГК РФ, по смыслу отнесения их к одному виду (в п. 4 ст. 1515 ГК РФ) (логическое толкование), не должны разительно отличаться, как в данном случае, более чем в 100 раз. Расчет по формуле прецедента-компенсации (2 товарных знака Х 55 этикеток Х санкция, предусмотренная подп. 1 п. 4 ст. 1515 ГК РФ не ниже 10 тыс. руб.) не соответствует принципам разумности и справедливости, приносит истцу явно экономически необоснованный доход.

Суд кассационной инстанции постановлением от 04.09.2013 г. № Ф09-7052/13 поставленную перед ним предшествующими судебными инстанциями дилемму: судебный прецедент или закон, — решил в пользу последнего, оставив без изменения решение апелляционной инстанции. Но что еще скажет Президиум ВАС РФ, куда, скорее всего, обратятся с надзорной жалобой истцы?

В определении от 16.12.2010 № 1671-О-О Конституционный Суд РФ указал: «Что же касается утверждения заявителя о необходимости усиления формализации признаков преступления, предусмотренного частью первой ст. 327 УК РФ, и дополнения этой нормы определением термина “официальный документ”, то внесение изменений и дополнений в уголовное законодательство не входит в компетенцию Конституционного Суда РФ, а является прерогативой федерального законодателя», то есть отрицал для себя возможность создания прецедентов конкретизации. Хотя таковые можно обнаружить во множестве<sup>34</sup>.

С другой стороны, Высший Арбитражный Суд РФ официально (Постановление Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 14.02.2008 г. № 14), а Верховный Суд РФ по умолчанию считают для себя возможным создавать нормы права прецедентами конкретизации. Но если нормы права, содержащиеся в законе, могут быть обжалованы в порядке конституционного судопроизводства, а в иных нормативных правовых актах — по правилам гл. 24 ГПК РФ и гл. 23 АПК РФ, то нормы права, созданные судами, обжалованию не подлежат.

А.Р. Идиатуллина жалобой в Конституционный Суд РФ оспаривала конституционность ст. 200 УК РФ. По мнению заявительницы, в результате расширительного истолкования данной нормы судом, она, являясь лицом, реализующим товар по договору подряда с индивидуальным предпринимателем, была признана субъектом обмана потребителей, хотя диспозиция данной нормы, прямо определяя круг субъектов этого преступления, не включает в него подобную категорию граждан. Такое толкование нормы судом обусловлено, как считает заявительница, соответствующим разъяснением, данным Президиумом Верховного Суда РФ в Постановлении от 27.02.2002 г. Отказывая в принятии жалобы, Конституционный Суд РФ в определении от 19.02.2004 № 103-О указал: «заявительница не оспаривает конституционность конкретных положений статьи 200 УК РФ, а настаивает на признании незаконным истолкования и применения этой нормы судом общей юрисдикции. <...> Между тем проверка законности и обосно-

<sup>34</sup> См, например: Лазарев В.В. Прецеденты Конституционного Суда... С. 327–329.

ванности решений судов общей юрисдикции, правильность применения и истолкования закона ими, а равно иными правоприменителями при разрешении конкретных дел к компетенции Конституционного Суда РФ не относится. Указанное в жалобе Постановление Президиума Верховного Суда РФ не является по своему назначению и содержанию разъяснением и не подпадает под признак «официального и иного толкования», которое в соответствии с частью второй ст. 74 Федерального конституционного закона «О Конституционном Суде РФ» оценивается наряду с буквальным смыслом рассматриваемого акта Конституционным Судом РФ при принятии решения по делу. Правом давать разъяснения по вопросам судебной практики Президиум Верховного Суда РФ не наделен законом. Указанное же Постановление вынесено в отношении другого лица по иному конкретному делу, на которое только и распространяется его действие. Это обстоятельство не препятствует заявительнице защищать свои права в уголовном судопроизводстве посредством обращения в надзорные инстанции судов общей юрисдикции для исправления ошибок, допущенных, по ее мнению, нижестоящими судами при принятии решений по ее уголовному делу»<sup>35</sup>.

Какой смысл в выводе, что Постановление Президиума Верховного Суда РФ от 27.02.2002 г. не подпадает под признак «официального и иного толкования», если оно практически действует и никем не преодолимо, в том числе Конституционным Судом РФ, как он сам признал?

Надо видеть также в действительной юридической практике ограничение воли законодателя не только прецедентами конкретизации в судебных актах, но в неофициальных, не публикуемых распоряжениях. Например, руководство суда субъекта федерации дает распоряжение не применять условные наказания за отдельные виды преступления. За каждый такой случай с председателя районного суда строго спрашивает председатель или его заместитель суда субъекта федерации. Статистика, по которой оценивается деятельность судов и других органов, не признает индивидуальные особенности дела и личности подсудимого. Регулятивное значение таких указаний сильнее закона, требующего учитывать особенности регулируемых отношений и содержащего для этого оценочные понятия.

3. Судебное правотворчество при пробелах в праве неизбежно.

Особое внимание следует обратить на две проблемы, названные В.В. Лазаревым:

— отграничение пробела от смежных явлений, и определение пределов деятельности правоприменителя при пробелах в законо-

дательстве, для чего в законе должны быть названы формальные признаки<sup>36</sup>.

— полнокровный прецедент требует ряда формальных признаков, именно по этой причине право творить прецеденты признается за высшими судебными инстанциями<sup>37</sup>.

4. Особым случаем, требующим прецедента, В.В. Лазарев называет противоречия норм, которые правоприменителю приходится преодолевать. Эта работа не является толкованием норм, поскольку воля законодателя выявлена и она противоречива. В то же время отсутствует пробел, скорее, наоборот — имеет место множественность регулирования<sup>38</sup>.

Думается, что отсутствие пробела в коллизии норм не исключает пробела в правилах преодоления коллизий норм. Действительно, не для всех коллизий норм права законодательство содержит правила их преодоления. Но созданное прецедентом правило должно быть общеобязательным.

Проиллюстрируем это следующим примером, показывающим уровень юридической аргументации судей-правотворцев и отношение высших судов к общеобязательности своих прецедентов.

Заведующая детского сада Н. была уволена за систематическое нарушение дисциплины, выразившееся в неприменении в детском саду системы оплаты труда, введенной департаментом образования администрации г. Перми. Н. указывала, что согласно подп. 10 п. 2 ст. 32 Закона РФ от 10.07.1992 № 3266-1 «Об образовании» установление заработной платы работников образовательного учреждения, в том числе надбавок и доплат к должностным окладам, порядка и размеров их премирования относится к компетенции образовательного учреждения. То же установлено в Уставе детского сада. Неисполнение изданного с нарушением закона нормативного правового акта не является нарушением дисциплины.

Ответчиком указано, что постановление администрации г. Перми от 20.10.2009 № 705 «Об утверждении Положения об оплате труда работников муниципальных учреждений, подведомственных департаменту образования администрации г. Перми» подлежит обязательному исполнению на всей территории города в соответствии со ст. 53 Федерального закона от 06.10.2003 № 131-ФЗ «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации» и Уставом г. Перми. Однако приведенный Федеральный закон не содержит нормы права, регулирующие отношения в сфере

<sup>36</sup> См.: Лазарев В.В. Нормативная природа... С. 94–95; Он же. Прецеденты Конституционного Суда... С. 325–326.

<sup>37</sup> См.: Он же. Прецеденты Конституционного Суда... С. 326.

<sup>38</sup> См.: Он же. Нормативная природа... С. 95–96.

<sup>35</sup> СПС «КонсультантПлюс».

образования. Акты органов местного самоуправления не предусмотрены в системе законодательства РФ в области образования (ст. 3 Закона РФ «Об образовании»), регулирующего в том числе вопросы оплаты труда и социальной поддержки работников образовательных учреждений (подп. 10 п. 2 ст. 32, ст. 54, 55 Закона РФ «Об образовании»). Поэтому названный Федеральный закон от 06.10.2003 № 131-ФЗ не применим к правоотношениям работников образовательных учреждений, а акты органов местного самоуправления, изданные с превышением полномочий, определенных Законом РФ «Об образовании», не соответствующие ему и вторгающиеся в сферу регулирования федерального законодателя и законодателя субъекта федерации, не подлежат применению в настоящем деле.

Решением Свердловского райсуда г. Перми от 17.01.2012 г. отказано в удовлетворении иска о восстановлении на работе, заявленного по указанным основаниям.

В апелляционной жалобе истицы было указано, что ни в возражениях ответчика, ни в решении суда нет выводов о соотношении предметов регулирования Закона РФ «Об образовании» и Федерального закона от 06.10.2003 № 131-ФЗ «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации». Не указано, почему не подлежит применению в деле приводившаяся истицей правовая позиция Верховного Суда РФ о неправильном применении общих норм права, содержащихся в Федеральном законе «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации», вместо применения специальных норм<sup>39</sup>. Вся аргументация суда ограничилась утверждением: «Доказательства того, что указанные нормативные акты являются незаконными и не соответствующими действующему законодательству, суду не представлены». Однако доказываются фактические обстоятельства дела. Определение соотношения нормативных правовых актов при их коллизии осуществляется известными приемами решения таких коллизий. Это другая стадия правоприменения. Позиция истца основана на приоритете специального закона над общим и вопреки утверждению суда, не соответствующему материалам дела, приведена в исковом заявлении и в письменных пояснениях. Какой прием решения коллизий правовых норм использован судом, в решении не указано.

В апелляционном определении Пермского краевого суда от 23.04.2012 г. даже не был приведен этот ключевой довод апелляционной

жалобы о соотношении общих и специальных норм права, не упомянуты приведенные нормы права, находящиеся в коллизии по делу, тем более не назван использованный прием решения коллизий правовых норм. Лишь сказано: «Доводы заявителя о том, что вопросы оплаты труда работников относятся к компетенции образовательного учреждения, в связи с чем введение новой системы оплаты труда органами местного самоуправления является незаконным, несостоятельны». Вся «несостоятельность» обоснована лишь тем, что ст. 144 ТК РФ в системе нормативных правовых актов, регулирующих оплату труда в муниципальных учреждениях, предусматривает акты органов местного самоуправления. О допустимости таких актов для оплаты труда в муниципальных учреждениях образования — ни слова.

Кассационная жалоба была оставлена без удовлетворения определением судьи Пермского краевого суда от 09.07.2012 г., поскольку «противоречий между указанным законом и Законом РФ “Об образовании” судебными инстанциями не установлено».

В надзорной жалобе было указано, что применение общей, а не специальной нормы права вопреки опубликованной позиции Верховного Суда РФ является фундаментальным нарушением норм материального права. Однако в шаблонном ответе заместителя председателя Верховного Суда РФ В.Н. Соловьева от 07.08.2012 № 44-КФ12-569 было сообщено, что оснований для пересмотра судебных постановлений из жалобы не усматривается.

«Прецедент всегда продолжает (реализует) задачи законодателя по внесению определенности в регулирование общественных отношений»<sup>40</sup> — это должное. Сущее противоположно. Фактически существующий прецедент не вносит, а скорее «уносит» определенность правового регулирования из современной российской правовой системы.

В.В. Лазарев внес предложения о дополнении ст. 3 ГК РФ и ст. 11 ГПК РФ положениями, закрепляющими акты высших судебных инстанций в качестве источников права<sup>41</sup>. Это только первый шаг, по сути — необходимое признание действительного.

Но судебное правотворчество должно быть урегулировано так же подробно, как создание нормативных правовых актов<sup>42</sup>. Иначе оно изна-

<sup>40</sup> Лазарев В.В. Нормативная природа... С. 95.

<sup>41</sup> Там же. С. 97–98.

<sup>42</sup> Положения Конституции РФ (ст. 15, 71–73, 76, 104–108), Федеральный закон от 14.06.1994 № 5-ФЗ «О порядке опубликования и вступления в силу федеральных конституционных законов, федеральных законов, актов палат Федерального Собрания»; Указ Президента РФ от 23.05.1996 № 763 «О порядке опубликования и вступления в силу актов Президента РФ, Правительства РФ и нормативных правовых ак-

<sup>39</sup> Обзор судебной практики Верховного Суда РФ от 28.05.2008 за 1-й квартал 2008 г. // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2008. № 8. С. 24.

чально произвольно. Принципы создания, доведения до адресатов, обжалования норм права должны быть едины для всех форм права.

Законодательство о судебном правотворчестве должно решать многие вопросы, часть из которых обозначены В.В. Лазаревым в виде комментариев к своему предложению. Этому должно предшествовать более углубленное исследование видов прецедентов, названных В.В. Лазаревым, для точного определения полномочий судов. Принципиально важным вопросом, без практического решения которого не преодолеть произвол судебной власти,

является вывод судов из «естественного состояния», при котором, как писал Д. Локк, «каждый, когда нет никого другого, сам является судьей и палачом»: сам судит о своем праве, сам поддерживает свое право, над ним нет судьи, у находящегося под его властью нет свободы судить о своем праве и защищать его<sup>43</sup>. Теоретическое решение этого вопроса есть<sup>44</sup>.

До решения этих вопросов, то есть в настоящем времени, в российской правовой системе судебный прецедент существует, но не столько как форма права, сколько как форма произвола, фактор неопределенности в праве.

#### Библиография:

1. Антонов А.В. Позиция Пленума Верховного Суда РФ по применению ст. 256 УК РФ изменена в пользу браконьеров // Второй Пермский конгресс ученых-юристов: материалы Междунар. науч.-практ. конф. (г. Пермь, 28–29 октября 2011 г.). — Пермь: Перм. гос. нац. иссл. ун-т, 2011. — С. 293–294
2. Бондарь Н.С. Конституализация социально-экономического развития российской государственности (в контексте решений Конституционного Суда). — М.: Виктор Медиа, 2006. — 223 с.
3. Будагов Р.А. Закон многозначности слова // Русская речь. — 1972. — № 3. — С. 132–140.
4. Венгеров А.Б. Конституционный контроль в СССР // Правоведение. — 1970. — № 3. — С. 32–42.
5. Витрук Н.В. Конституционное правосудие в России (1991–2001 гг.): очерки теории и практики. — М.: Городец, 2001. — 508 с.
6. Власенко Н.А. Судебные правовые дефиниции: природа, функции, основания деления и виды // Журнал российского права. — 2009. — № 12. — С. 58–67.
7. Гаджиев Г.А. Феномен судебного прецедента в России // Судебная практика как источник права. — М.: Юрист, 2000. — С. 98–106.
8. Гук П.А. Судебная практика как форма судебного нормотворчества в правовой системе России: общетеоретический анализ: автореф. дис. ...д-ра юрид. наук. — М., 2012. — 49 с.
9. Долинская В.В. Судебная практика как источник гражданского права // Цивилист. — 2007. — № 2. — С. 187–189.
10. Евстигнеева Г.Б. Судебные решения как источник права: дис. ... канд. юрид. наук. — М., 2007. — 144 с.
11. Жуйков В.М. К вопросу о судебной практике как источнике права // Судебная практика как источник права. — М.: Юрист, 2000. — С. 78–90.
12. Зорькин В.Д. Прецедентный характер решений Конституционного Суда Российской Федерации // Журнал российского права. — 2004. — № 12. — С. 3–9.
13. Зорькин В.Д. Конституционно-правовое развитие России. — М.: Норма: Инфра-М, 2011. — 720 с.
14. Комментарий к постановлениям Конституционного Суда РФ: в 2 т. Т.1 / отв. ред. Б.С. Эбзеев. — М.: Юрист, 2000. — 589 с.
15. Крыжан В.А. Правовой обычай и судебная практика как источники трудового права (на фоне интеграции отраслей российского права и интеграции Российской Федерации в мировое сообщество государств): дис. ... канд. юрид. наук. — Пермь, 2006. — 205 с.
16. Лазарев В.В. Эффективность правоприменительных актов. — Казань: Изд-во Казан. ун-та, 1975. — 207 с.
17. Лазарев В.В. Прецеденты Конституционного Суда // Актуальные проблемы теории и практики конституционного судопроизводства: сб. науч. тр. — Вып. VII. — Казань: Изд-во Казан. ун-та, 2012. — С. 318–331.
18. Лазарев В.В. Нормативная природа судебного прецедента // Журнал российского права. — 2012. — № 4. — Вып. VII. — С. 92–99.
19. Лившиц Р.З. Судебная практика как источник права // Судебная практика как источник права. — М.: Норма, 1997. — С. 49–57.
20. Локк Д. Два трактата о правлении // Локк Д. Соч.: в 3 т. — М.: Мысль, 1988. — Т. 3. — С. 137–405.
21. Макарова О.В. Разъяснения Верховного Суда РФ и Высшего Арбитражного Суда РФ как форма судебного надзора // Журнал российского права. — 2012. — № 6. — С. 74–79.
22. Нешатаева Т.Н. К вопросу об источниках права-судебном прецеденте и доктрине // Судебная практика как источник права. — М.: Юрист, 2000. — С. 91–97.
23. Ображиев К.В. Судебное толкование и судебное нормотворчество: проблемы соотношения // Журнал российского права. — 2010. — № 3. — С. 98–103.
24. Победкин А.В. Постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации как форма толкования и преодоления пробелов уголовно-процессуального права // Государство и право. — 2008. — № 11. — С. 39–42.

тов федеральных органов исполнительной власти»; Правила подготовки нормативных правовых актов федеральных органов исполнительной власти и их государственной регистрации, утвержденные Постановлением Правительства РФ от 13.08.1997 № 1009 с последующими изменениями и дополнениями и др.

<sup>43</sup> Локк Д. Два трактата о правлении // Локк Д. Соч.: в 3 т. М.: Мысль, 1988. Т. 3. С. 313–314.

<sup>44</sup> См.: Поляков С.Б. Юридическая ответственность государства. М.: Юрид. мир, 2007. С.297–325, 366–368, 381–402; Он же. Правонарушитель — орган судебной власти? // Российский судья. 2010. № 9. С. 26–30.

25. Подольская Н.А. К вопросу о понятии прецедента как источника права // Судебная практика как источник права. — М.: Юрист, 2000. — С. 150–152
26. Поляков С.Б. Юридическая ответственность государства. — М.: Юрид. мир, 2007. — 432 с.
27. Поляков С.Б. Правонарушитель — орган судебной власти? // Российский судья. — 2010. — № 9. — С. 26–30.
28. Реутов В.П. Формы воздействия юридической практики на развитие законодательства // Государство, право, законность. — Пермь: Перм. гос. ун-т, 1970. — Вып. 2. — С. 182–198.
29. Черданцев А.Ф. Правовое регулирование и конкретизация права // Применение советского права: сб. ученых трудов. — Свердловск, 1974. — Вып. 30. — С. 122–127.
30. Эбзеев Б.С. Толкование Конституции Конституционным Судом Российской Федерации: теоретические и практические проблемы // Государство и право. — 1998. — № 5. — С. 5–12.

Материал поступил в редакцию 24 декабря 2013 г.

### **JUDICIAL PRECEDENT IN RUSSIA: FORM OF LAW OR FORM OF ABUSE OF DISCRETION?**

**Polyakov, Sergey Borisovich** — Doctor of Law, Professor, Department of Theory and History of State and Law, Perm State National Research University.

[psb59@rambler.ru]

614990, Russia, Perm, ul. Bukireva, 15.

**Review.** *In late years there were many scientific works substantiating judicial precedent and (or) judicial practice as a form of law within the Russian legal system. Based upon the objectively existing legal practice, which may not be blindly ignored, the authors substantiate the inevitability of judicial law-making and de facto law-making by judges. At the same time the scientists supporting judicial precedent as a form of Russian law do not provide ideas of parallel law-making or supremacy of judicial law-making over legislative law-making, giving the subsidiary position within the normative legal form. The arguments against judicial law making become extinct, and they mostly state that «it should not be», without abolishing de facto regulatory value for the unlimited number of persons and multiple application. An obvious fact is being ignored: no body in the Russian legal system has a right to revise judicial acts, which basically amend the legislative norms. The first approach supports positive value of judicial law-making for the legal order. What has to be is recognized as an existing matter, however, these two categories are not equal. In fact real de facto judicial law-making not limited by any laws or government bodies is not being adequately reflected in science. Firstly, the article shows the regulatory value of judicial acts, secondly, it discusses repeated patterns of violation of lawfulness. It establishes the problem of limitations to the judicial law-making in the Russian legal system.*

**Keywords:** *jurisprudence, form of law, judicial law-making, precedent, judicial practice, interpretation of law, legal specification, legal gap, legal definition, lawfulness.*

#### **Bibliography:**

1. Antonov A.V. Position of the Plenum of the Supreme Court of the Russian Federation on the application of Art. 256 of the Criminal Code of the Russian Federation: amendments in favor of poachers // 2<sup>nd</sup> Perm Congress of Legal Scholars. Materials of the International Scientific and Practical Conference (Perm, October 28–29, 2011). — Perm: Perm. gos. nats. issl. un-t, 2011. — P. 293–294
2. Bondar N.S. Constitutionalization of the social and economic development of the Russian statehood (within the context of the Decisions of the Constitutional Court of the Russian Federation). — М.: Viktor Media, 2006. — 223 p.
3. Budagov R.A. The law of multiple meanings of the word. // Russkaya rech. — 1972. — № 3. — P. 132–140.
4. Vengerov A.B. Constitutional control in the USSR // Pravovedenie. — 1970. — № 3. — P. 32–42.
5. Vitruk N.V. Constitutional justice in Russia (1991–2001): an essay on theory and practice. — М.: Gorodets, 2001. — 508 p.
6. Vlasenko N.A. Judicial legal definitions: nature, functions, grounds for categorization and types // Zhurnal rossiyskogo prava. — 2009. — № 12. — P. 58–67.
7. Gadzhiev G.A. Judicial precedent phenomenon in Russia // Judicial practice as the source of law. — М.: Yurist, 2000. — P. 98–106.
8. Guk P.A. Judicial practice as a form of the judicial norm-making within the Russian legal system: general theoretical analysis: Dissertation Thesis for the Doctor of Law Degree. — М., 2012. — 49 p.
9. Dolinskaya V.V. Judicial practice as the source of civil law // Tsivilist. — 2007. — N. 2. — P. 187–189.
10. Evstigneeva G.B. Judicial decisions as a source of law: Dissertation Thesis for the PhD in Law. — М., 2007. — 144 p.
11. Zhuykov V.M. On the issue of judicial practice as the source of law // Judicial practice as the source of law. — М.: Yurist, 2000. — P. 78–90.

12. Zorkin V.D., Precedent value of the Decisions of the Constitutional Court of the Russian Federation // Zhurnal rossiyskogo prava. — 2004. — № 12. — P. 3–9.
13. Zorkin V.D. Constitutional legal development of Russia. — M.: Norma: Infra-M, 2011. — 720 p.
14. Commentary to the Decisions of the Constitutional Court of the Russian Federation: v 2 V. T. 1 / resp. ed. by B.S. Ebzeev. — M.: Yurist, 2000. — 589 p.
15. Kryzhan V.A. Legal custom and judicial practice as sources of labor law (upon the background of the integration of the branches of the Russian law and integration of the Russian federation into the global community of states). Dissertation Thesis for the PhD in Law. — Perm, 2006. — 205 p.
16. Lazarev V.V. Efficiency of the law-enforcement acts. — Kazan: Izd-vo Kazan.un-ta, 1975. — 207 p.
17. Lazarev V.V. Precedents of the Constitutional Court // Topical problems of theory and practice of the constitutional judicial proceedings: collection of scientific works. — Vyip. VII. — Kazan: Izd-vo Kazan. un-ta, 2012. — P. 318–331.
18. Lazarev V.V. Normative nature of judicial precedent // Zhurnal rossiyskogo prava. — 2012. — № 4. — Vyip. VII. — P. 92–99.
19. Livshits R.Z. Judicial practice as a source of law // Judicial practice as a source of law. — M.: Norma, 1997. — P. 49–57.
20. Locke John. Two Treatises on Government // Works of J. Locke, V. 3 t. — M.: Myisl, 1988. — T. 3. — P. 137–405.
21. Makarova O.V. Clarifications of the Supreme Court of the Russian Federation and the Supreme Arbitration Court of the Russian Federation as a form of judicial supervision. // Zhurnal rossiyskogo prava. — 2012. — № 6. — P. 74–79.
22. Neshataeva T.N. On the issue of sources of law: judicial precedent and doctrine // Judicial practice as a source of law. — M.: Yurist, 2000. — P. 91–97.
23. Obrazhiev K.V. Judicial interpretation and judicial law-making: correlation issues // Zhurnal rossiyskogo prava. — 2010. — № 3. — P. 98–103.
24. Pobedkin A.V. Decrees of the Plenum of the Supreme Court of the Russian Federation as the form of interpretation and overcoming gaps in the criminal procedural law // Gosudarstvo i pravo. — 2008. — № 11. — P. 39–42.
25. Podolskaya N.A. On the issue of definition of precedent as a source of law. Judicial practice as a source of law. — M.: Yurist, 2000. — P. 150–152.
26. Polyakov S.B. Legal responsibility of the state. — M.: Yurid. mir, 2007. — 432 p.
27. Polyakov S.B. A judicial body as an offender? // Rossiyskiy sudya. — 2010. — № 9. — P. 26–30.
28. Reutov V.P. Forms of influence of the judicial practice upon the legislation development // Gosudarstvo, pravo, zakonnost. — Perm: Perm. gos. un-t, 1970. — Ed. 2. — P. 182–198.
29. Cherdantsev A.F. Legal regulation and making law more specific // Application of Soviet Law: Collection of Scholarly Works. — Sverdlovsk, 1974. — Ed. 30. — P. 122–127.
30. Ebzeev B.S. Interpretation of the Constitution by the Constitutional Court of the Russian Federation: theoretical and practical issues // Gosudarstvo i pravo. — 1998. — № 5. — P. 5–12.

## РЕШЕНИЕ ОБЪЕДИНЕНИЯ ЛИЦ О ВЫДАЧЕ ПОЛНОМОЧИЯ

**Аннотация.** Статья посвящена проблематике решения объединения лиц о выдаче полномочия. Автор характеризует решение и предусмотренную в нем выдачу полномочия как самостоятельные сделки, которые имеют разные фактические составы и направлены на вызывание разных правовых последствий. По нашему мнению, решение о выдаче полномочия представляет собой многостороннюю сделку, состоящую из взаимных волеизъявлений участников объединения, большинство из которых проголосовало со значением «да», а правовое последствие решения заключается в образовании общей воли участников объединения и в установлении обязанности каждого участника перед другими его участниками к совершению волеизъявления, служащего элементом их совместного уполномочивающего волеизъявления; тогда как выдача полномочия, по общему правилу, является односторонней сделкой, в фактический состав которой входят несколько обращенных к уполномочиваемому параллельных волеизъявлений участников объединения, и которая направлена на обоснование права уполномочиваемого быть представителем. В связи с изложенным подвергаются критике предписания гл. 9<sup>1</sup> ГК РФ, из которых следует, что решение объединения лиц не относится к сделкам, а также предписание п. 4 ст. 185 ГК РФ, согласно которому решение о выдаче полномочия «содержит» в себе это полномочие. Кроме того, в статье рассматриваются последствия вынесения оспоримого и ничтожного решений, а совершаемая во исполнение недействительного решения выдача полномочия квалифицируется в качестве оспоримой сделки.

**Ключевые слова:** решение объединения лиц, принцип подчинения меньшинства участвующих в вынесении решения их большинству, многосторонняя сделка, голосование, выдача полномочия, взаимные волеизъявления, параллельные волеизъявления, протокол о результате голосования, доверенность, оспоримая сделка, ничтожная сделка.

Участники объединения лиц могут вынести решение (Beschluss)<sup>1</sup> о выдаче третьему лицу полномочия на совершение опреде-

ленной сделки<sup>2</sup>. Это, например, имеет место, если, согласно п. 4 ст. 32 Федерального закона от 08.02.1998 № 14-ФЗ «Об обществах с ограниченной ответственностью», члены правления

<sup>1</sup> О проблематике, связанной с решением объединения лиц, см.: Tuhr A. Der allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen Rechts. München; Leipzig, 1914. Bd. 2. Hälfte 1. S. 232 ff.; Idem. Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts. Tübingen, 1924. Halbbd. 1. S. 122; Bartholomeyczik H. Der Körperschaftsbeschluss als Rechtsgeschäft // Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Konkursrecht. 1938. Bd. 105. S. 293 ff.; Idem. Die Anfechtung der Stimmabgabe zum Körperschaftsbeschluss // Archiv für die civilistische Praxis, 1938. Bd. 144. S. 287 ff.; Ennecerus L., Nipperdey H.C. Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts. 15. Aufl. Tübingen, 1960. Halbbd. 2. S. 911 f.; Baltzer J. Der Beschluss als rechtstechnisches Mittel organschaftlicher Funktion im Privatrecht. Köln; Berlin, 1965; Lindemann B.S. Die Beschlussfassung in der Einmann-GmbH: eine Studie über das Zustandekommen des Beschlusses in der Einmann-GmbH und über die Rechtsfolgen beim fehlerhaften Einmannbeschluss. Heidelberg, 1996; Larenz K., Wolf M. Allgemeiner Teil des

bürgerlichen Rechts. 8. Aufl. München, 1997. S. 446 f.; Schnorr R. Teilfehlerhafte Gesellschaftsbeschlüsse. Köln, 1997; Bork R. Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 3. Aufl. Tübingen, 2011. S. 173 f.; Ernst W. Der Beschluss als Organakt // Rechtsgeschäft, Methodenlehre und darüber hinaus: liber amicorum für Detlef Leenen. Berlin; Boston, 2012. S. 1 ff.; Крашенинников Е.А., Байгушева Ю.В. Односторонние и многосторонние сделки // Вестник ВАС РФ. 2012. № 7. С. 31, 46–50.

<sup>2</sup> Полномочие есть право представителя на совершение сделки от имени и с непосредственным действием для представляемого. В зависимости от того, является ли объединение, которое выносит решение о выдаче полномочия, органом юридического лица или нет, выдаваемое во исполнение этого решения полномочие управомочивает своего обладателя совершить сделку либо от имени юридического лица, либо от имени всех участников объединения.

общества решают наделить третье лицо полномочием на приобретение оборудования, или если, в соответствии с п. 5 ст. 1044 ГК РФ, стороны договора простого товарищества, которые совместно ведут общие дела, выносят решение о выдаче третьему лицу полномочия на продажу принадлежащей им вещи.

1. Подобно любому другому решению объединения лиц, решение о выдаче полномочия представляет собой многостороннюю сделку<sup>3, 4</sup>, которая, в отличие от договора, основывается не на принципе равенства его сторон, а на принципе подчинения меньшинства участвующих в вынесении решения их простому или квалифицированному большинству. Рассматриваемое решение выносится путем голосования<sup>5</sup> по вопросу о наделении соответствующего лица полномочием и включает в свой фактический состав взаимные волеизъявления участников, большинство из которых проголосовало со значением «да»; правовое последствие этого решения состоит в образовании общей воли участников объединения<sup>6</sup>, определяемой волей проголосовавших в пользу выдачи полномочия, а также в установлении обязанности каждого участника объединения перед другими его участниками к совершению волеизъявления, служащего элементом их совместного уполномочивающего волеизъявления; вытекающие из такого решения обязанности оформ-

ляют внутриорганизационные отношения между участниками объединения, которые складываются по поводу наделения третьего лица полномочием.

Совершаемая во исполнение решения объединения лиц выдача полномочия, как правило, является односторонней сделкой, в фактический состав которой входят несколько обращенных к уполномочиваемому параллельных волеизъявлений участников объединения<sup>7</sup>; однако она может быть и договором<sup>8</sup>, включающим в себя не только параллельные волеизъявления участников объединения, но и согласованное с ними волеизъявление уполномочиваемого<sup>9, 10</sup>. Выдача полномочия участниками объединения лиц направлена на обоснование права уполномочиваемого выступать в качестве представителя<sup>11</sup>, которое оформляет внешние для объединения отношения с уполномочиваемым.

Будучи самостоятельными сделками, которые имеют разные фактические составы и вызывают разные правовые последствия, решение объединения лиц о выдаче полномочия и предусмотренная им выдача полномочия обычно оформляются отдельными документами: первое — протоколом о результате голосования (п. 3 ст. 181<sup>2</sup> ГК РФ), вторая — доверенностью (п. 1 ст. 185 ГК РФ). Но полномочие во исполнение решения может быть выдано и без оформления доверенности через вручение уполномочиваемому протокола о положительном результате голосования, который в п. 4 ст. 185 ГК РФ приравнивается к доверенности. Если это проис-

<sup>3</sup> Регламентируя решения не в посвященной сделкам гл. 9, а в самостоятельной гл. 91 ГК РФ, российский законодатель тем самым отказывается признавать правосделочную природу решений. Однако решение отвечает всем признакам сделки — оно представляет собой фактический состав, который содержит несколько волеизъявлений, направленных на вызывание определенного правового последствия, — и поэтому есть не что иное, как сделка (о понятии и признаках сделки см.: Ennecerus L., Nipperdey H.C. Op. cit. S. 894 ff.; Larenz K. Allgemeiner Teil des deutschen bürgerlichen Rechts. München, 1967. S. 316 ff.; Крашенинников Е.А. Фактический состав сделки // Очерки по торговому праву. Ярославль: Изд-во Ярослав. гос. ун-та, 2004. Вып. 11. С. 5–10; Гражданское право / под ред. А.П. Сергеева. М.: РГ Пресс, 2010. Т. 1. С. 437–349 (автор параграфа — Е.А. Крашенинников)).

<sup>4</sup> «Многосторонними сделками... являются решения множества лиц» (Tuhr A. Der allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen Rechts. Bd. 2. Hälfte 1. S. 232). «К многосторонним сделкам принадлежат... решения» (Brox H. Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 8 Aufl. Köln; Berlin; Bonn; München, 1984. S. 53). «Многосторонней сделкой служит решение как акт обнаружения воли объединения лиц» (Köhler H. BGB. Allgemeiner Teil: ein Studienbuch. 23 Aufl. München, 1996. S. 113). «Решение есть... многосторонняя [сделка]» (Jauernig O. Vorbemerkungen zu § 104 // Jauernig O. Bürgerliches Gesetzbuch. 9 Aufl. München, 1999. S. 40).

<sup>5</sup> Голосование участников объединения может проходить в собрании или вне собрания, *nj tcnm* при одновременном присутствии голосующих или без такового (см.: Tuhr A. Der allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen Rechts. Bd. 2. Hälfte 1. S. 233; Крашенинников Е.А., Байгушева Ю.В. Указ. соч. С. 46). Это обстоятельство оказалось неучтенным в гл. 91 ГК РФ, в которой любое решение объединения лиц неточно именуется «решением собрания».

<sup>6</sup> Если голосующее объединение выступает органом юридического лица, то образование общей воли участников объединения признается образованием воли самого этого лица.

<sup>7</sup> Одностороннюю сделку с подобным фактическим составом называют совместным актом (*Gesamtakt*) (см., например: Larenz K., Wolf M. Op. cit. S. 444).

<sup>8</sup> Допустимость заключения договора о выдаче полномочия вытекает из принципа свободы договоров (ст. 421 ГК РФ) и признается многими цивилистами (см., например: Tuhr A. Der allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen Rechts. München; Leipzig, 1918. Bd. 2. Hälfte 2. S. 379; Larenz K. Op. cit. S. 560 mit Anm. 2; Flume W. Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts. 4 Aufl. Berlin; Heidelberg; N.-Y., 1992. Bd. 2. S. 823; Крашенинников Е.А., Байгушева Ю.В. Выдача и объем полномочия // Вестник ВАС РФ. 2011. № 1. С. 50, 54–56).

<sup>9</sup> Хотя в этом договоре участвуют несколько лиц, он заключается между двумя сторонами, так как уполномочивающие выступают на одной и той же стороне договора.

<sup>10</sup> Вместо всех участников объединения полномочие может выдать их общий представитель, например лицо, председательствовавшее на общем собрании участников общества с ограниченной ответственностью, где было вынесено решение о выдаче полномочия (п. 5 ст. 37 Федерального закона «Об обществах с ограниченной ответственностью»).

<sup>11</sup> По этому признаку выдача полномочия отличается от сопровождаемого ею согласия уполномочивающих на сделку уполномочиваемого с третьим лицом, а также от договора между уполномочивающими и уполномочиваемым (чаще всего — договора поручения), который почти всегда лежит в основании выдачи полномочия. Указанные согласие и договор направлены соответственно на вступление доверенной сделки в силу и на обоснование обязанности уполномочиваемого к совершению этой сделки (см.: Крашенинников Е.А., Байгушева Ю.В. Выдача и объем полномочия. С. 56–57, 61–62).

ходит, то решение и выдача полномочия сохраняют себя как внешние друг другу, а полномочие, вопреки формулировке п. 4 ст. 185 ГК РФ, не «содержится в решении собрания», а предусматривается в нем в качестве права, которое следует предоставить третьему лицу.

II. Решение объединения лиц о выдаче полномочия может оказаться оспоримой или ничтожной сделкой (п. 1 ст. 166 ГК РФ)<sup>12</sup>. Оспоримое решение вызывает соответствующее его содержанию правовое последствие. Однако наличие опорочивающего обстоятельства (например существенного нарушения правил проведения собрания, которое повлияло на содержание волеизъявлений его участников — подп. 1 п. 1 ст. 181<sup>4</sup> ГК РФ) обосновывает для заинтересованного лица право на оспаривание решения, направленное на аннулирование вызванного им правового последствия и являющееся по своей правовой природе преобразовательным притязанием<sup>13</sup>. Ничтожное решение о выдаче полномочия (например решение, вынесенное при отсутствии необходимого кворума, — подп. 2 ст. 181<sup>5</sup> ГК РФ) есть противоправное действие, и поэтому не вызывает желаемого сторонами правового последствия. Его вынесение приводит к возникновению у заинтересованного лица установительного притязания, уполномочивающего это лицо требовать от суда признания отсутствия правового последствия, на вызывание которого было направлено решение<sup>14</sup>.

#### Библиография:

1. Гражданское право / под ред. А.П. Сергеева. — М.: РГ Пресс, 2010. — Т. 1. — 1008 с.
2. Крашенинников Е.А. Последствия совершения порочных сделок // Проблемы понятийного аппарата наук гражданского и гражданского процессуального права: сб. науч. тр. / под ред. В.А. Носова. — Ярославль: Изд-во Ярослав. гос. ун-та, 1987. — С. 41–51.

<sup>12</sup> На существование оспоримого и ничтожного решений указывается в абз. 1 п. 1 ст. 1813 ГК РФ, формулировка которого почти дословно совпадает с определяющей понятия оспоримой и ничтожной сделок формулировкой п. 1 ст. 166 ГК РФ. Сказанное служит дополнительным доказательством того, что решение является сделкой, поскольку и здесь оно не обнаруживает каких-либо принципиально отличающих его от сделки признаков.

<sup>13</sup> Преобразовательное притязание связывает своего носителя не с тем, против кого осуществляется оспаривание, а с судом, потому что только суд может удовлетворить требование уполномоченного об аннулировании вызванного сделкой правового последствия (см.: Крашенинников Е.А. Последствия совершения порочных сделок // Проблемы понятийного аппарата наук гражданского и гражданского процессуального права. Ярославль: Изд-во Ярослав. гос. ун-та, 1987. С. 44–47; Он же. К теории права на иск. Ярославль: Изд-во Ярослав. гос. ун-та, 1995. С. 39–41).

<sup>14</sup> Об установительных притязаниях см.: Крашенинников Е.А. Установительные притязания // Правовое государство. Проблемы правотворчества. Тарту: Изд-во ТГУ, 1989. С. 120–125.

При наличии обстоятельства, которое опорочивает только одно из волеизъявлений, входящих в фактический состав решения о выдаче полномочия, к этому волеизъявлению, хотя оно само по себе и не является сделкой, соответственно применяются предписания ГК РФ о недействительности сделок. Так, например, голосование участника объединения, который действовал под влиянием обмана, может быть оспорено (абз. 1 п. 2 ст. 179 ГК РФ), а голосование недееспособного участника признается ничтожным (абз. 1 п. 1 ст. 171 ГК РФ)<sup>15</sup>. Эффективное оспаривание или ничтожность входящего в решение волеизъявления приводит к недействительности решения в целом лишь тогда, когда вследствие недействительности этого волеизъявления решение оказывается вынесенным меньшинством, половиной или, поскольку для вынесения решения требуется квалифицированное большинство, простым большинством голосов<sup>16</sup>.

Если полномочие выдается во исполнение недействительного решения, то ввиду несовпадения общей воли участников объединения и ее обращенного к уполномочиваемому внешнего выражения выдача полномочия по аналогии со ст. 178 и ст. 179 ГК РФ считается оспоримой сделкой. Следовательно, в момент ее совершения она обосновывает предусмотренное ею полномочие, которое затем может быть аннулировано с помощью права на оспаривание<sup>17</sup>.

<sup>15</sup> То обстоятельство, что входящее в фактический состав решения волеизъявление может быть оспоримым или ничтожным, имеет значение при определении субъектов обязанности по возмещению убытков, причиненных вынесением этого решения. Так, в соответствии с абз. 3 п. 2 ст. 71 Федерального закона от 26.12.1995 № 208-ФЗ «Об акционерных обществах», который здесь применяется по аналогии, член правления акционерного общества не обязан возмещать причиненные обществу решением правления убытки, если он голосовал в пользу этого решения под влиянием угрозы и впоследствии эффективно оспорил свое голосование (см.: Крашенинников Е.А., Байгушева Ю.В. Односторонние и многосторонние сделки. С. 50. Прим. 89).

<sup>16</sup> «Действительность решения затрагивается недействительностью голосования одного участника лишь тогда, когда его голос был необходим для требуемого большинства» (Tuhr A. Der allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen Rechts. Leipzig, 1910. Bd. 1. S. 517).

<sup>17</sup> Об особенностях оспаривания выдачи полномочия см.: Stüsser R. Die Anfechtung der Vollmacht nach bürgerlichem Recht und Handelsrecht. Berlin, 1986; Schwarze R. Die Anfechtung der ausgeübten (Innen-)Vollmacht. Ein Lehrstück über Konstruktion und Wertung // Juristen Zeitung. 2004. S. 588 ff.; Крашенинников Е.А., Байгушева Ю.В. Обоснование полномочия добровольного представителя // Очерки по торговому праву. Ярославль: Изд-во Ярослав. гос. ун-та, 2010. Вып. 17. С. 35–40; Они же. Выдача и объем полномочия. С. 67–69.

3. Крашенинников Е.А. Установительные притязания // Правовое государство. Проблемы правотворчества. — Тарту: Изд-во ТГУ, 1989. — С. 123–125.
4. Крашенинников Е.А. К теории права на иск. — Ярославль: Изд-во Ярослав. гос. ун-та, 1995. — 73 с.
5. Крашенинников Е.А. Фактический состав сделки // Очерки по торговому праву. Ярославль: Изд-во Ярослав. гос. ун-та, 2004. Вып. 11. — С. 5–10.
6. Крашенинников Е.А., Байгушева Ю.В. Обоснование полномочия добровольного представителя // Очерки по торговому праву. — Ярославль: Изд-во Ярослав. гос. ун-та, 2010. — Вып. 17. — С. 5–51.
7. Крашенинников Е.А., Байгушева Ю.В. Выдача и объем полномочия // Вестник ВАС РФ. — 2011. — № 1. — С. 49–88.
8. Крашенинников Е.А., Байгушева Ю.В. Односторонние и многосторонние сделки // Вестник ВАС РФ. — 2012. — № 7. — С. 30–50.
9. Baltzer J. Der Beschluß als rechtstechnisches Mittel organschaftlicher Funktion im Privatrecht. — Köln; Berlin, 1965.
10. Bartholomeyczik H. Der Körperschaftsbeschluß als Rechtsgeschäft // Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Konkursrecht. — 1938. — Bd. 105.
11. Bartholomeyczik H. Die Anfechtung der Stimmabgabe zum Körperschaftsbeschluß // Archiv für die civilistische Praxis, 1938. — Bd. 144.
12. Bork R. Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 3 Aufl. — Tübingen, 2011.
13. Brox H. Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 8 Aufl. — Köln; Berlin; Bonn; München, 1984.
14. Enneccerus L., Nipperdey H.C. Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts. 15 Aufl. — Tübingen, 1960. — Halbbd. 2.
15. Ernst W. Der Beschluss als Organakt // Rechtsgeschäft, Methodenlehre und darüber hinaus: liber amicorum für Detlef Leenen. — Berlin; Boston, 2012.
16. Flume W. Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts. 4 Aufl. — Berlin; Heidelberg; New York, 1992. Bd. 2.
17. Jauernig O. Vorbemerkungen zu § 104 // Jauernig O. Bürgerliches Gesetzbuch. 9 Aufl. — München, 1999.
18. Köhler H. BGB. Allgemeiner Teil: ein Studienbuch. 23 Aufl. — München, 1996.
19. Larenz K. Allgemeiner Teil des deutschen bürgerlichen Rechts. — München, 1967.
20. Larenz K., Wolf M. Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts. 8 Aufl. — München, 1997.
21. Lindemann B.S. Die Beschlussfassung in der Einmann-GmbH: eine Studie über das Zustandekommen des Beschlusses in der Einmann-GmbH und über die Rechtsfolgen beim fehlerhaften Einmannbeschluss. — Heidelberg, 1996.
22. Schnorr R. Teilfehlerhafte Gesellschaftsbeschlüsse. — Köln, 1997.
23. Schwarze R. Die Anfechtung der ausgeübten (Innen-)Vollmacht. Ein Lehrstück über Konstruktion und Wertung // Juristen Zeitung. — 2004.
24. Stüsser R. Die Anfechtung der Vollmacht nach bürgerlichem Recht und Handelsrecht. — Berlin, 1986.
25. Tuhr A. Der allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen Rechts. — Leipzig, 1910. — Bd. 1.
26. Tuhr A. Der allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen Rechts. — München; Leipzig, 1914. — Bd. 2. Hälfte 1.
27. Tuhr A. Der allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen Rechts. — München; Leipzig, 1918. — Bd. 2. Hälfte 2.
28. Tuhr A. Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts. — Tübingen, 1924. — Halbbd. 1.

Материал поступил в редакцию 5 мая 2014 г.

## DECISION OF AN ASSOCIATION OF PERSONS ON AUTHORIZATION

**Baigusheva, Yulia Valerievna** — PhD in Law, Senior Lecturer of the Department of Law and Civil Law Disciplines of the International Academy of Business and New Technologies.

[uvb80@list.ru]

150000, Russia, Yaroslavl, ul. Sovetskaya, 80.

**Review.** *The article is devoted to the problems regarding decision of an association of persons on issuing authorization. The author characterizes decision and the provided authorization as independent deals, which include different facts and which are aimed at different legal consequences. In her opinion the decision on authorization is a multilateral deal, including mutual expression of wills of participants of an association, most of whom had voted in favor, while the legal consequence of the decision is formation of the common will of the participants of the association and establishment of the obligation of every participant towards other participants on expression of will, serving as an element of common authorizing expression of will. At the same time issuance of authorization is generally a unilateral deal, including several parallel expressions of will of the participants of an association towards the person being authorized, and it is aimed at providing for the right of an authorized person to represent them. Due to the above-mentioned matters, the author criticizes the provisions of Chapter 9 1 of the Civil Code of the Russian Federation, providing that decision of an association of person is not a deal, as well as the provision of p. 3 of Art. 185 of the Civil Code of the Russian Federation, according to which the decision on authorization «contains» authorization. Additionally, the article concerns consequences of issuing disputable and void decision, and the authorization under a void decision is regarded as a disputable deal.*

**Keywords:** *decision of an association of persons, the principle of compliance of the minority to the majority, multilateral deal, voting, authorization, mutual expression of will, parallel expressions of will, protocol on the results of voting, letter of authorization, disputable deal, void deal.*

**Bibliography:**

1. Civil law / ed. by A.P. Sergeev. — M.: RG Press, 2010. — T. 1. — 1008 p.
2. Krasheninnikov E.A. Consequences of conclusion of faulty deals // Problems of definition apparatus of the sciences of civil and civil procedural law: collection of scholarly works / ed. by V.A. Nosov. — Yaroslavl': Izd-vo Yaroslavl.gos. un-ta, 1987. — P. 41–51.
3. Krasheninnikov E.A. Establishing challenges // Rule-of-law state. Law-making problems. — Tartu: Izd-vo TGU, 1989. — P. 123–125.
4. Krasheninnikov E.A. On the theory of the right to claim. — Yaroslavl': Izd-vo Yaroslavl.gos. un-ta, 1995. — 73 p.
5. Krasheninnikov E.A. Factual elements of a deal // Essays on Trade Law. — Yaroslavl': Izd-vo Yaroslavl.gos. un-ta, 2004. Issue 11. — P. 5–10.
6. Krasheninnikov E.A., Baygusheva, Y.V. Substantiation for the competence of voluntary representation // Essays on Trade Law. — Yaroslavl': Izd-vo Yaroslavl.gos. un-ta, 2010. — Issue 17. — P. 5–51.
7. Krasheninnikov E.A., Baygusheva Y.V. Issuance and amount of competence // Vestnik VAS RF. — 2011. — № 1. — P. 49–88.
8. Krasheninnikov E.A., Baygusheva Y.V. Unilateral and multilateral deals // Vestnik VAS RF. — 2012. — № 7. — P. 30–50.
9. Baltzer J. Der Beschluß als rechtstechnisches Mittel organschaftlicher Funktion im Privatrecht. — Köln; Berlin, 1965.
10. Bartholomeyczik H. Der Körperschaftsbeschluß als Rechtsgeschäft // Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Konkursrecht. — 1938. — Bd. 105.
11. Bartholomeyczik H. Die Anfechtung der Stimmabgabe zum Körperschaftsbeschluß // Archiv für die civilistische Praxis, 1938. — Bd. 144.
12. Bork R. Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 3 Aufl. — Tübingen, 2011.
13. Brox H. Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 8 Aufl. — Köln; Berlin; Bonn; München, 1984.
14. Enneccerus L., Nipperdey H.C. Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts. 15 Aufl. — Tübingen, 1960. — Halbbd. 2.
15. Ernst W. Der Beschluss als Organakt // Rechtsgeschäft, Methodenlehre und darüber hinaus: liber amicorum für Detlef Leenen. — Berlin; Boston, 2012.
16. Flume W. Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts. 4 Aufl. — Berlin; Heidelberg; New York, 1992. Bd. 2.
17. Jauernig O. Vorbemerkungen zu § 104 // Jauernig O. Bürgerliches Gesetzbuch. 9 Aufl. — München, 1999.
18. Köhler H. BGB. Allgemeiner Teil: ein Studienbuch. 23 Aufl. — München, 1996.
19. Larenz K. Allgemeiner Teil des deutschen bürgerlichen Rechts. — München, 1967.
20. Larenz K., Wolf M. Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts. 8 Aufl. — München, 1997.
21. Lindemann B.S. Die Beschlussfassung in der Einmann-GmbH: eine Studie über das Zustandekommen des Beschlusses in der Einmann-GmbH und über die Rechtsfolgen beim fehlerhaften Einmannbeschluss. — Heidelberg, 1996.
22. Schnorr R. Teilfehlerhafte Gesellschaftsbeschlüsse. — Köln, 1997.
23. Schwarze R. Die Anfechtung der ausgeübten (Innen-)Vollmacht. Ein Lehrstück über Konstruktion und Wertung // Juristen Zeitung. — 2004.
24. Stüsser R. Die Anfechtung der Vollmacht nach bürgerlichem Recht und Handelsrecht. — Berlin, 1986.
25. Tuhr A. Der allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen Rechts. — Leipzig, 1910. — Bd. 1.
26. Tuhr A. Der allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen Rechts. — München; Leipzig, 1914. — Bd. 2. Hälfte 1.
27. Tuhr A. Der allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen Rechts. — München; Leipzig, 1918. — Bd. 2. Hälfte 2.
28. Tuhr A. Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts. — Tübingen, 1924. — Halbbd. 1.

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

Н.В. Щедрин\*

## НОВЫЙ УГОЛОВНЫЙ КОДЕКС РОССИИ В КОНТЕКСТЕ СОЦИАЛЬНОГО УПРАВЛЕНИЯ

**Аннотация.** В основу статьи положен тезис о том, что противодействие преступности — разновидность социального управления, которое осуществляется посредством использования двух рычагов: стимулирования и ограничения. Под этим углом зрения рассматривается одна из ключевых категорий противодействия преступности — уголовное воздействие. Выделяются подсистемы уголовно-управляющего воздействия, выстраивается иерархия их целей, исследуются проблемы развития уголовного права на стадиях уголовного правотворчества, правоприменения и правоисполнения, анализируется социально-правовая природа диспозиций и санкций уголовного закона. При подготовке статьи, помимо формально-юридического и сравнительно-правового анализов, синтеза, индукции, дедукции и других логических методов, использован метод системного анализа. В контексте социального управления критически интерпретируются характеристики таких подсистем, как «меры воздействия», «объект», «субъект» и «ресурсы». Чрезмерная криминализация и пенализация приводит к невозможности переработать реально совершаемое количество преступлений, а следовательно, и к неизбежно сопутствующим перегрузке злоупотреблениям. Обосновывается одна из концептуальных идей нового УК РФ — «четырёхколейная» модель, в соответствии с которой видами уголовного воздействия являются санкции наказания, безопасности, восстановления и поощрения. На суд читателя выносятся авторская редакция Раздела УК «Меры уголовного воздействия».

**Ключевые слова:** социальное управление, противодействие преступности, уголовное воздействие, антикриминальная безопасность, ресурсное обеспечение, новый уголовный кодекс, меры наказания, меры безопасности, меры поощрения, меры восстановления.

Юристы — профессиональные спорщики. Недаром говорят, «где два юриста, там три мнения». Но особо ярые спорщики — криминологи, про которых можно сказать: «где два криминолога — там пять мнений».

Тем не менее мне удалось обнаружить тезис, по которому (о, чудо!) пока еще нет дискуссий. Он формулируется так: «противодействие (предупреждение) преступности — разновидность социального управления». Наиболее четкое выражение этот тезис получил в трудах «криминологического профиля»: А.Г., Г.Г. и Г.Н. Горшенко-

© Щедрин Н.В., 2015

\* Щедрин Николай Васильевич — доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой деликтологии и криминологии Сибирского федерального университета.

[sveroboy@mail.ru]

660075, Россия, г. Красноярск, ул. Маерчака, д. 6, оф. 122.

вых<sup>1</sup>, В.Н. Кудрявцева<sup>2</sup>, Э.Э. Раска<sup>3</sup>, П.П. Осипова<sup>4</sup>, Н.В. Щедрина<sup>5</sup> и др.

В науке уголовного права это положение декларируется реже, но и здесь переход от «статичного» к «динамичному» видению уголовного права отражается даже в терминологии. Если раньше писали главным образом об «уголовной ответственности» или «уголовно-правовом регулировании», то сейчас более модным становится термин «уголовно-правовое (уголовное) воздействие»<sup>6</sup>.

О.Н. Бибик для обозначения всего комплекса отношений, связанных «с деятельностью государства по профилактике, предупреждению, пресечению преступлений, а также восстановлению нарушенных прав и законных интересов потерпевших», предлагает использовать не привычный термин «уголовная политика», а словосочетание «государственное управление в сфере противодействия преступности»<sup>7</sup>.

Не вдаваясь в терминологические «разборки» по поводу соотношения понятий «уголовная политика» и «государственное управление в сфере противодействия преступности», сам посыл к рассмотрению проблем противодействия преступности в управленческом ключе мы считаем верным и очень своевременным. При этом комплекс противодействия следует рассматривать не столько в контексте государственного, сколько социального управления. Новая модель противодействия преступности должна исходить, прежде всего, из интересов социума, а потом уже государства.

Необходимость ограничения конституционных прав и свобод граждан в процессе противодействия преступности обуславливает более строгое правовое регулирование в этой части

по принципу «все, что прямо не разрешено федеральным законом, запрещено», который вытекает из положения, сформулированного в ч. 3 ст. 55 Конституции РФ. Преступность — совокупность преступлений, а понятие преступления и виды принудительной реакции на него закреплены в уголовном законе. Поэтому борьбу с преступностью в определенном смысле можно рассматривать не просто как «социальное», а как «социально-правовое» управление.

Система противодействия преступности является элементом системы более высокого уровня, но и сама, в свою очередь, состоит из элементов — подсистем, которые в определенном ракурсе исследования можно рассматривать как самостоятельные системы, состоящие из ряда нижестоящих.

В системе «социально-правового управления противодействием преступности» можно выделить функции правотворчества, правоприменения и правоисполнения. Они реализуются с помощью двух групп подсистем, обеспечивающих материальную и процедурно-процессуальную стороны.

В сегменте управления, который регламентируется в рамках уголовных отраслей (система уголовного воздействия), следует выделять три подсистемы: уголовного правотворчества (?), уголовного правоприменения (!), уголовного правоисполнения (!). Их реализацию призваны обеспечивать подсистемы (системы): уголовно-правотворческий процесс (?), уголовно-правоприменительный процесс (!) и уголовно-правоисполнительный процесс (?). Из перечисленных подсистем в полной мере оформились только те, которые отмечены нами восклицательным знаком. Нормативная основа для них есть в уголовном, уголовно-процессуальном и уголовно-исполнительном кодексах. Материальные и процедурные нормы уголовного правотворчества как самостоятельные и обособленные подсистемы находятся «под вопросом». Уголовно-исполнительный процесс еще не обособился от материального уголовно-исполнительного права. Становление незавершенных отраслей в самостоятельные, развитые подсистемы должно стать одним из важнейших направлений формирования современной концепции противодействия преступности.

Уголовное воздействие в системе противодействия, безусловно, важное, но не единственное и отнюдь не универсальное средство. Противодействие преступности можно сравнить с комплексом мер, которые используются для обеспечения здоровья организма: правила здорового образа жизни, санитария, терапия и хирургия. Меры уголовного воздействия, как и всякое хирургическое вмешательство, должны применяться только в качестве последнего

<sup>1</sup> См.: Горшенков А.Г., Горшенков Г.Г., Горшенков Г.Н. Преступность как объект управленческого воздействия: учеб. пособие. Сыктывкар: Коми респуб. академия госслужбы и упр., 1999.

<sup>2</sup> См.: Теоретические основы предупреждения преступности. М.: Юрид. лит., 1977. С. 30–40.

<sup>3</sup> См.: Раска Э.Э. Борьба с преступностью и социальное управление: теоретические и методологические аспекты. Таллин: Эести раамат, 1985.

<sup>4</sup> См.: Комплексное изучение системы воздействия на преступность. Л.: Изд-во ЛГУ, 1978. С. 12–25.

<sup>5</sup> Щедрин Н.В. Основы общей теории предупреждения преступности: учеб. пособие. Красноярск: Изд-во Краснояр. гос. ун-та, 1999. С. 2–16.

<sup>6</sup> Полагаем, что термины «уголовно-правовое воздействие» и «уголовное воздействие» являются синонимами. Упреки в том, что слово «уголовное» якобы указывает на его криминальный характер, нами не принимаются. С такими аргументами можно настаивать на переименовании Уголовного кодекса РФ в Уголовно-правовой.

<sup>7</sup> Бибик О.Н. Концепция развития уголовного законодательства РФ как основа для формирования новой модели государственного управления в сфере противодействия преступности // Современная уголовная политика: поиск оптимальной модели: материалы VII Рос. конгресса уголовного права. М.: Проспект, 2012. С. 15

средства (принцип *ultima ratio*) для охраны особо значимых ценностей общества. И обязательно в сочетании с другими средствами. Иначе скоро социальный организм превратится в «покрытый шрамами обрубок».

В основе выделения и обособления систем (подсистем) управления лежит принцип целеполагания. «Матрешечная» иерархия систем определяется «деревом целей». Конечная цель любой управляющей системы является промежуточной по отношению к вышестоящей системе и, наоборот, конечная цель нижестоящей должна рассматриваться как промежуточная по отношению к конечной цели вышестоящей системы. Заметим, что основная часть дискуссий, которые имеют место в науке уголовного права по поводу целей мер уголовного воздействия, вызвана отсутствием понимания их иерархичности. Например, в действующей редакции УК РФ перед уголовным наказанием поставлены цели системы более высокого уровня. Эффективность противодействия преступности в значительной мере определяется правильной постановкой конечной цели, а также построением иерархии промежуточных целей (задач).

В дискуссиях о **цели** системы противодействия преступности наиболее плодотворной нам представляется идея М.М. Бабаева, согласно которой стержнем уголовной политики должна стать криминологическая<sup>8</sup>, а в нашей интерпретации — антикриминальная безопасность<sup>9</sup>. Антикриминальную безопасность можно определить как состояние защищенности системообразующих ценностей социума (объектов особой охраны) от опасностей, исходящих от криминальных деяний физических лиц и организаций (источники опасности), обеспечиваемое посредством установления правил особой безопасности (диспозиций статей Особенной части УК), соблюдение которых поддерживается стимулирующими, а нарушение преследуется ограничительными уголовными санкциями.

Антикриминальная безопасность — это не только *состояние*, но и **цель системы противодействия преступности**, достигаемая через поддержание уровня уголовных деяний ниже порога, за которым начнется распад или трансформация одной общественной системы в другую.

**Цель подсистемы (системы) уголовного воздействия** — защита особо охраняемых объектов посредством: а) установления правил

особой безопасности (диспозиций), уголовных санкций и правил их применения (назначения); б) применения (назначения) уголовных санкций к лицам, нарушившим правила особой безопасности; в) исполнения назначенных санкций.

В трактовке понятия «уголовное воздействие» следует выходить за пределы правоприменительной деятельности<sup>10</sup>. В его объем должны включаться также правотворчество и правоисполнение. Вряд ли кто-то будет отрицать информационное воздействие самого текста уголовного закона. Устанавливая меры реагирования за посягательства на особо охраняемые ценности, правотворец тем самым оказывает «уголовно-управляющее» воздействие. А исполнение правоприменительного акта корректирует, часто искажая или ослабляя правотворческие и правоприменительные управленческие импульсы.

Соответствующим образом должны быть «расписаны» цели подсистем уголовного правотворчества, правоприменения и правоисполнения, а также цели обеспечивающих их процессуальных подсистем. Несущие конструкции (устои, главные ценности, «скрепы»), на которых стоит современная Россия, провозглашены и закреплены в Конституции: права и свободы человека и гражданина, собственность, общественный порядок и общественная безопасность, безопасная окружающая среда, конституционный строй, мир и безопасность человечества...

**Цель уголовно-правотворческой подсистемы** — создание уголовного закона, в котором должны быть закреплены правила их особой охраны, а также санкции, которые следует применять к нарушителям этих правил. **Цель уголовно-правоприменительной подсистемы** заключается в защите объектов особой охраны посредством установления фактов нарушения правил особой безопасности (деяний, запрещенных уголовным законом) и применения мер уголовного воздействия к лицам, допустившим эти нарушения. **Цель уголовно-правоисполнительной подсистемы** состоит в организации исполнения мер уголовного воздействия, которые возложены правоприменителем на лицо, нарушившее уголовный закон.

Поскольку уголовное воздействие может быть прямым и косвенным, оно реализуется на всех трех названных стадиях. Прямое воздействие адресовано уголовному правонарушителю и осуществляется посредством изменения его правового статуса, а косвенное воздействие адресовано всем гражданам и осуществляется посредством угрозы изменения правового

<sup>8</sup> См.: Бабаев М.М. Криминологические основы уголовной политики // Современная уголовная политика: поиск оптимальной модели. С. 319–340.

<sup>9</sup> См.: Щедрин Н.В. Категории антикриминальной безопасности // Проблемы кодификации уголовного закона: история, современность, будущее (посвящается 200-летию проекта Уголовного уложения 1813 г.): материалы VIII Рос. конгресса уголовного права (Москва, 30–31 мая 2013 г.) / отв. ред. В.С. Комиссаров. М.: Юрлитформ, 2013. С. 248–252.

<sup>10</sup> К подобному более широкому определению уголовно-правового воздействия склоняет нас М.В. Бавсун, который, кроме применения включает в него создание средств воздействия (Бавсун М.В. Методологические основы уголовно-правового воздействия: монография. М.: Юрлитформ, 2012. С. 27).

статуса, если граждане совершат деяния, запрещенные уголовным законом.

Рассматривая *систему «противодействия преступности»* в контексте управления следует выделять как минимум четыре подсистемы: *«меры воздействия»*, *«объект»*, *«субъект»* и *«ресурсы»*.

Подсистема *«меры воздействия»* включает в себя полный комплекс средств антикриминального воздействия, независимо от уровня, масштаба, субъекта, метода и отрасли права, которая их регламентирует.

А.В. Малько подчеркивает, что все виды социального управления можно представить:

1) в виде *со-действия* удовлетворению социально-ценных интересов, то есть стимулирования;

2) в виде *противо-действия* удовлетворению интересов антиобщественных, то есть ограничения<sup>11</sup>.

Соответственно, противодействие преступности предполагает две взаимоувязанные стратегии: стимулирование (в том числе поощрение) бережного отношения к объектам охраны и ограничение вредного влияния источников криминальной опасности.

Все меры воздействия можно подразделить на две большие группы: а) меры, связанные с ограничением; и б) меры, не связанные с ограничением прав и свобод граждан. В свою очередь, первая группа мер подразделяется на: правила безопасности и санкции наказания, безопасности и восстановления (реституции)<sup>12</sup>.

*Правила безопасности* — это части социальных (правовых) норм (диспозиции), содержащие специальные обязанности и запреты, которые необходимо соблюдать, чтобы свести к минимуму вред от определенного источника опасности и (или) предотвратить причинение вреда объекту охраны любым источником опасности. Перефразируя очень популярное в советское время не очень популярное ныне классика марксизма-ленинизма выражение, можно сказать, что правила безопасности существуют там и тогда, где и когда есть объекты охраны и источники опасности. Правила безопасности необходимо дифференцировать на *правила безопасности, правила повышенной безопасности и правила особой безопасности*.

Разделение технологических правил и правил безопасности, а также дифференциация последних по строгости — занятие очень непростое. Тем не менее это — не прихоть теоретиков или упражнение для обучения студентов. Право-

вое регулирование предполагает нормирование. Кроме того, обеспечение правил безопасности требует гораздо больше ресурсов, чем обеспечение технологических правил, а правила особой безопасности — особо затратны.

Реализация правил безопасности — «дорогое удовольствие» для любых бюджетов. Пора и нам научиться «по одежке протягивать ножки», и сообразно этому, охранять только истинные ценности и пресекать вред реальных, а не придуманных источников опасности.

Диспозиции статей административных кодексов — это правила повышенной безопасности, а диспозиции статей уголовных кодексов — это правила особой безопасности: не убий, не укради, не насилуй... Нарушение правил безопасности влечет за собой применение санкций: наказания, восстановления и безопасности.

*Санкции наказания* — это части ограничительных социальных (правовых) норм, которые применяются к физическому лицу, нарушившему правило безопасности, и заключаются в лишении законных благ или ограничении прав и свобод соразмерно опасному и противоправному деянию в целях формирования установок о неприемлемости и невыгодности подобных нарушений как у самого нарушителя, так и у окружающих.

*Санкции восстановления* — это части ограничительных социальных (правовых) норм, которые применяются к физическому лицу или к организации, нарушившим правила безопасности и причинившим при этом вред, и заключаются в обязанности этого лица или этой организации возместить ущерб или иным образом загладить причиненный вред.

*Санкции безопасности* — это части ограничительных социальных (правовых) норм, которые применяются к физическим лицам или к организациям, нарушившим правила безопасности, и заключаются в обнародовании сведений, изъятии имущества, возложении специальных запретов и обязанностей, ограничивающих возможность повторного нарушения правил безопасности.

Санкции наказания соразмерны опасному деянию; санкции восстановления — ущербу, который причинен объекту охраны; а санкции безопасности — опасности деятеля. Как и правила безопасности, все три вида ограничительных санкций являются межотраслевыми, так как представлены во всех отраслях права (законодательства). За нарушение правил повышенной безопасности применяются санкции административно-деликтного права, за нарушение правил особой безопасности — санкции уголовного права.

Перечень *субъектов* управления противодействием преступности обширен и разнообразен. В соответствии со сказанным выше их можно разделить на три группы субъектов:

<sup>11</sup> См.: Малько А.В. Стимулы и ограничения в праве. 2-е изд. пераб. и доп. М.: Юрист, 2005. С. 37.

<sup>12</sup> См.: Концептуально-теоретические основы правового регулирования и применения мер безопасности: монография / под науч. ред. Н.В. Щедрина. Красноярск: СФУ, 2010.

правотворчества, правоприменения и правоисполнения. В каждой из названных групп есть негосударственные субъекты, что подтверждает тезис о том, что противодействие преступности — не столько государственное, сколько социальное управление. Место и роль негосударственных и немунципальных субъектов требует специального исследования. Но ряд предложений на этот счет можно сформулировать уже сейчас. Негосударственные субъекты могут реализовать свой предупредительный потенциал в сферах, не связанных с ограничением прав и свобод граждан, — мерах социальной профилактики. Деятельность этих субъектов в реализации ограничительных мер должна быть вспомогательной и детально регламентированной. Применение ограничительных мер воздействия — это сугубо профессиональная деятельность, которая требует специальной компетенции (в частности, корреспондирующих праву на принуждение, особых обязанностей и повышенной ответственности за злоупотребления правом) субъекта, а также специализированной и длительной профессиональной подготовки. И в этом плане взятый ныне курс на расширение участия ответственности в охране правопорядка должен быть подвергнут критическому анализу.

Вторая функция негосударственных субъектов — оценочная. Поскольку конечным потребителем услуг безопасности является население, то здесь обязательна обратная связь. В систему противодействия преступности должны быть встроены различные формы оценки профессионального правотворчества, правоприменения и правоисполнения. Народный здравый смысл призван «ококорачивать» юридическую бюрократию, устремленную к доведению всего и вся до нормативного абсурда, причем в индустриальном масштабе<sup>13</sup>. В организации уголовного воздействия эту функцию здравого смысла призваны выполнять критикуемые ныне суды присяжных.

С позиций теории социального управления «объектом» является не человек, не микросреда, не социальная группа, а совокупность связей — отношений. «Дойдя до человека, коллектива или общества в целом, управленческий импульс закладывает в них или через них программу развития общественных отношений. Акт же управления совершается только тогда, когда складываются новые, предусмотренные управляющей идеей общественные отношения»<sup>14</sup>.

К какой конфигурации общественных отношений должна быть устремлена система про-

тиводействия преступности, нам еще предстоит уточнить. Но очевидно, что противодействие — это двусторонний процесс: прерывание негативных отношений и втягивание правонарушителя в позитивные.

С учетом специфики уголовного воздействия, верное направление, как нам кажется, предложили исследователи, которые объектом уголовно-правового воздействия считают «правовой статус лица, совершившего общественно опасное деяние»<sup>15</sup>. Однако уголовное воздействие следует трактовать шире. На уровне правотворческой, правоприменительной и правоисполнительной стадий уголовное воздействие может осуществляться в информационно-психологической форме, в виде угрозы изменения правового статуса. И не только в отношении лица, совершившего запрещенное уголовным законом деяние (например условное осуждение), но и в отношении неопределенного круга лиц, которые воздерживаются от подобных действий, ознакомившись с текстом уголовного закона или получив информацию о реальном применении санкций. На наш взгляд, объектом уголовного воздействия является просто «правовой статус», без добавления «лица, совершившего общественно опасное деяние».

Специфика правоприменительного уголовного воздействия состоит в том, что оно направлено именно на уголовного правонарушителя и имеет «отрезвляюще-тормозящий» и «пресекающий» характер. Однако при этом косвенное воздействие осуществляется на потерпевшего, родственников и близких, а также других лиц, осведомленных о положениях уголовного закона и практике его применения и исполнения<sup>16</sup>.

Репрессивно-пресекающий потенциал правоприменительного и правоисполнительного уголовного воздействия должен быть щадящим, в минимально-необходимой мере ограничивая социально-полезные отношения, а если последнее затруднительно, меры по восстановлению прерванных и воссозданию новых социально-полезных связей должны быть предусмотрены в рамках уголовного правоприменения и правоисполнения или в рамках других подсистем противодействия преступности.

Подсистема «ресурсы» включает в себя: финансово-экономическое, организационное, информационно-аналитическое, научное, кадровое, нормативное и информационно-про-

<sup>13</sup> См.: Кристи Н. Борьба с преступностью как индустрия. Вперед, к Гулагу западного образца / пер. с англ. А. Петрова, В. Пророковой; предисл. Я. Гилинского. 2-е изд. М.: Центр содействия реформе уголовного правосудия, 2001.

<sup>14</sup> Богодухов А.С. К вопросу об объекте управления // Проблемы совершенствования гражданско-правового регулирования. Томск: Изд-во Том. ун-та, 1982. С. 162.

<sup>15</sup> Чучаев А.И., Фирсова А.П. Уголовно-правовое воздействие: понятие, объект, механизм, классификация. М.: Проспект, 2010. С. 101.

<sup>16</sup> См.: Щедрин Н.В. О «теории относительности» уголовного наказания и ее экспериментальной проверке // Тезисы участников 14 Международной Балтийской конференции «Преступление и наказание в современном мире» (Санкт-Петербург, 24-26 июня 2011 г.). С. 134–139. URL: <http://deviantology.spb.ru/etc/24-baltic-crime-seminar-theses.pdf>

пагандистское обеспечение. Именно от наличия ресурсов мы должны отталкиваться в проектировании новой концептуальной модели управления в сфере противодействия преступности и нового УК.

Объем и качество системы противодействия ограничено количеством, а главное, качеством имеющихся у нее ресурсов<sup>17</sup>. Использование незаконных методов, укрывательство преступлений, манипуляции со статистикой и другие негативные явления, по большому счету, есть следствие невозможности переработать реально совершаемое количество деяний, которые в настоящее время запрещены уголовным законом. «По одежке протягивай ножки», «выше головы не прыгнешь», «дурная голова ногам покоя не дает» — правила, «отлитые» народом в половицы, чрезвычайно актуальны для современного этапа развития уголовного права. Система уголовного воздействия, так же как и самая красивая женщина из известного афоризма, «может дать только то, что она может дать».

Меры уголовного воздействия в обязательном порядке должны рассматриваться через призму категорий «издержки — польза», а результаты анализа предъявляться налогоплательщику, после чего многое в наших головах «встанет на свои места». При погружении в финансовые расчеты, карательные притязания электората, а затем и «избранников», принимающих законы, претерпят существенные изменения.

Можно предположить, что профессиональный финансово-экономический анализ благоприятно скажется и на *организационном* обеспечении системы противодействия преступности. Странно, но факт: категория «менеджмент» сегодня используется во всех сферах управления, кроме противостояния преступности. Неудивительно, что при таком раскладе российская система противодействия преступности продолжает развиваться экстенсивным методом.

Субъекты противодействия привычно продолжают управлять, игнорируя механизм обратной связи. Необходимая для адекватного управления *информационно-аналитическая* составляющая — в этой системе одно из самых слабых мест. Мониторинг последствий применения мер уголовно-правового воздействия не ведется. Даже одно из преимуществ, которые имеет Россия — сплошное статистическое наблюдение, в полной мере не используется из-за ведомственной закрытости и манипулятивных искажений.

Деятельность по предупреждению преступности — не менее наукоемкая область, чем, например, ядерная физика. Однако *научно-исследовательский* потенциал, который задей-

ствован в настоящее время для изучения преступности, несоизмерим с масштабами этого сложнейшего социального явления. Научное сопровождение системы уголовного воздействия, мягко говоря, оставляет желать лучшего. Уголовно-правовая наука продолжает приращивать главным образом за счет усилий вузовских преподавателей, «замордованных» возрастающими бюрократией и учебной нагрузкой. И оптимистических перспектив в этом направлении не просматривается. Корпусов для уголовно-правовых НИИ в наукоградах, увы, не запланировано, «криминологических коллаидеров» строить не собираемся. Последствия уголовного законотворчества не прогнозируются даже с помощью экспертных оценок. Криминологическая экспертиза уголовного закона и его проектов не осуществляется. Многочисленные обращения ученого сообщества игнорируются.

Законодательная власть перед введением в УК новых уголовно-правовых мер не считает нужным апробировать их даже через региональные правовые эксперименты. Если уж «наломаем дров», так сразу в федеральном масштабе. Сегодня вводим кратные штрафы как якобы действенное средство против коррупционных преступлений, а завтра их отменяем уже как неэффективное. Или наоборот: сегодня отменяем конфискацию, завтра вводим ее в другом обличье. Так почему бы предлагаемые новеллы по изменению санкций не вводить посредством экспериментальной проверки? Принять, например, федеральный закон «О правовом эксперименте на территории Республики N и R-ской области по введению кратных штрафов в качестве уголовного наказания», не менее 5 лет мониторить результаты и только после этого внедрять эту меру во всероссийском масштабе.

В подготовке кадров для «правоприменительного управления» преобладает юридическая догматика, а подготовку или повышение квалификации «правотворцев» не осуществляет ни одно образовательное учреждение. Теория «криминализации — декриминализации» из учебных планов по уголовному праву «испарилась», а криминология в разряд обязательных дисциплин по новым стандартам не входит.

Тем не менее практическая потребность в использовании знаний социально-управленческого характера постепенно пробивает себе дорогу и в уголовной юстиции. Показательна в этом плане рекомендация п. 4 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 01.02.2011 № 1 «О судебной практике применения законодательства, регламентирующего особенности уголовной ответственности и наказания несовершеннолетних»: «Специализация судей по делам несовершеннолетних предусматривает необходимость обеспечения их профессиональной компетентности

<sup>17</sup> См.: Жалинский А.Э. Уголовное право в ожидании перемен: теоретико-инструментальный анализ. 2-е изд., перераб. и доп. М.: Проспект, 2009. С. 76–78.

путем обучения и переподготовки не только по вопросам права, но и по вопросам педагогики, социологии, подростковой психологии, криминологии, виктимологии, применения ювенальных технологий, используемых в рамках процессуального законодательства».

Структура, стилистика и язык уголовного закона все более и более усложняется. После огромного количества внесенных за полтора десятилетия противоречивых поправок, логику уголовного закона с трудом постигают даже специалисты. А.З. Рыбак ставит вопрос об использовании при подготовке уголовного закона нейrolингвистического программирования<sup>18</sup>, но судя по последним законодательным новеллам, не проводится даже элементарная лингвистическая экспертиза.

До адресата, не обремененного юридическим образованием, «уголовно-управляющий импульс» доходит с еще большим искажением. Необходима специально организованная *информационно-пропагандистская* и разъяснительная работа.

В профессиональном сообществе все настойчивее идут разговоры о необходимости подготовки и принятия нового УК. Действующий УК РФ, по оценкам многих специалистов, был принят как законодательный акт переходного периода. С 1996 г. социальные, экономические и другие параметры российского общества существенно изменились. За прошедший период в Кодекс внесено огромное количество дополнений и изменений, значительная часть которых ставит под сомнение его такие важные качества, как внутренняя непротиворечивость и системность. Сложилась ситуация гоголевской «Шинели»: «заплаточки не на чем положить» — надо шить новую.

Однако есть опасения, что в сложившейся социально-политической и нравственной атмосфере новый УК может получиться еще хуже, чем действующий. Если ножницы законодателя без конца перекраивают нынешний Кодекс, то на чем основывается надежда, что новый уголовный закон будет выкроен по научно выверенным лекалам?

По нашему мнению, спешить с принятием нового УК не следует. Можно и нужно провести «капитальную расчистку» действующего и приступить к обсуждению концептуальных основ нового УК. Цель настоящей статьи — проектирование уголовного законодательства нового поколения должно осуществляться в контексте социального управления. Часть подлежащих учету закономерностей в достаточно общем виде изложена выше. Некоторые из предложений опробуем детализировать ниже.

Параметры проектируемого дома в значительной мере определяются средствами, которые заказчик может потратить на его строительство. Основные параметры нового УК должны определяться ресурсами, которые общество может задействовать для охраны наиболее значимых ценностей. В действующем Кодексе, например, в качестве вида наказания предусматривался арест, но средств на арестные дома в казне так до сих пор и не нашли...

Криминализируя и пенализируя неопасные, незначительно опасные или вообще экзотические деяния («оскорбление чувств», «искажение истории»), нынешний законодатель стреляет из уголовно-правовых «пушек по воробьям» или даже просто «по площадям», отвлекая ограниченные ресурсы от защиты подлинных ценностей демократического общества, перечень и иерархия которых закреплены в Конституции РФ.

Согласно Конституции РФ высшей ценностью является человек, его права и свободы (ст. 2). Но если посмотреть на вроде бы бессистемную криминализацию последних лет, просматривается приоритет интересов властно-бюрократического аппарата, а точнее, находящейся при власти социальной группы, основные интересы которой состоят в удержании этой власти. Неадекватное использование дорогостоящих мер уголовной репрессии в отношении оппозиционеров приводит обратному эффекту. Даже далеко не героические представители противоборствующего лагеря получают статус безвинно пострадавших мучеников. А поскольку система уголовной юстиции на преследование оппозиции бросает свои лучшие силы, по-настоящему опасные посягательства на конституционные права и свободы рядовых граждан, в том числе и от властного произвола, остаются без надлежащего реагирования.

При «расчистке» действующего и создании нового УК должна преобладать тенденция декриминализации. Это позволит разгрузить систему уголовной юстиции и сконцентрировать ее потенциал на борьбе с особо опасными для общества деяниями. Для борьбы с деяниями, являющимися источниками опасности и источниками повышенной опасности, следует задействовать другие отрасли права, религию, мораль, корпоративные нормы... Сэкономить уголовную репрессию поможет введение категории «уголовный проступок».

Доктрина российского уголовного права продолжает исходить из устаревших положений классической школы, согласно которой системообразующие категории уголовного права — это «преступление» и «наказание». Мы полагаем, что категориями первого порядка должны стать «*уголовное деяние*» и «*уголовное воздействие*». Преступление — это только один из

<sup>18</sup> См.: Рыбак А.З. Метамоделю языка уголовного права. URL: <http://crimpravo.ru/blog/3208.html#comments> (дата посещения: 12.05.2014).

видов уголовного деяния, а наказание — один из видов мер уголовного воздействия.

Системное толкование ст. 14 УК РФ позволяет однозначно утверждать, что, помимо преступления — то есть «виновно совершенного общественно опасного деяния», существует «невиновно совершенное общественно опасное деяние», и оба являются видами категории более высокого уровня — «общественно опасного деяния». УК РФ оперирует также словосочетаниями «общественно опасное посягательство» (ст. 37), «причинение вреда охраняемым уголовным законом интересам» (ст. 39, 40, 41, 42), ни одно из которых непосредственно в уголовном законе не определено, а потому не ясно, как они соотносятся друг с другом и, соответственно, с понятием «преступление».

Все юридические факты, с которыми уголовный закон связывает возникновение уголовных правоотношений, должны быть определены непосредственно в УК. На наш взгляд, главным из них должно быть *уголовное деяние*, видами которого являются *уголовное посягательство*, *уголовный проступок* и *уголовное преступление*.

Введение в УК РФ разд. VI «Иные меры уголовно-правового характера» еще более обнажило тенденцию, в соответствии с которой российское уголовное законодательство из «одноколейно-наказательного» постепенно превращается в «многоколейное» — наказание и иные меры уголовно-правового характера. Хотя в последние годы появилось немало публикаций, отвергающих монополию «преступления» и «наказания»<sup>19</sup>, тем не менее сложившаяся ситуация «многоколейности» и ее перспективы недостаточно артикулированы.

В нашей трактовке действующая модель российского уголовного права уже является «четырёхколейной», то есть включает в себя четыре вида правовых последствий уголовного деяния — *мер уголовного воздействия*: *санкции наказания*, *безопасности*, *восстановления* и *поощрения*<sup>20</sup>.

*Из четырех названных санкций в действующем уголовном законе легальное определение*

*имеет только санкция наказания* (ст. 43 УК РФ). Несколько сложнее обстоит дело с *санкциями безопасности*. Несмотря на то, что эти меры давно «квартируют» в российском уголовном законодательстве в виде принудительных мер медицинского характера, режимов уголовно-исполнительных учреждений, специальных обязанностей для условно осужденных и условно-досрочно освобожденных, они до сих пор не удостоились легального определения и полноценного признания в теории. Меры безопасности представлены в уголовном законодательстве в двух ипостасях: 1) в качестве правил особой безопасности, которыми являются диспозиции всех статей Особенной части УК; 2) в качестве одного из четырех видов санкции, которые следуют за нарушение указанных правил, — *уголовных санкций безопасности*<sup>21</sup>.

*Санкции восстановления* в системе российского права «прописаны» главным образом в гражданско-правовой отрасли. Но в последние годы мы наблюдаем начало их «миграции» в уголовное право (ст. 90 УК РФ). Уверены, что меры восстановления в ближайшей перспективе должны поменять статус «нелегальных мигрантов» и обрести «равноправие» с другими уголовными санкциями. Пример тому — уголовное законодательство ФРГ, где в последние десятилетия достаточно успешно реализуется модель «преступник — жертва — компенсация» (Täter-Opfer-Ausgleich — TOA), в связи с чем немецкие ученые отмечают появление в уголовном праве третьей «колеи» — мер восстановления (die Wiedergutmachung)<sup>22</sup>.

В научной литературе меры уголовного воздействия традиционно сводятся к правоприменительным мерам принудительно-ограничительного характера<sup>23</sup>. Но разве меры, стимулирующие к возмещению вреда и к примирению, или различные виды освобождения от наказания не входят в объем уголовного воздействия? Если нет, то как они попали в Уголовный кодекс?

Словосочетание «*санкции поощрения*» применительно к уголовному праву ввергает многих коллег-криминалистов почти в шоковое состояние и вызывает у них резкое неприятие. Между тем наличие поощрительных норм (как диспозиций, так и санкций), в том числе и в уголовном законодательстве, давно доказано в работах В.М. Баранова, Ю.В. Голика, И.Э. Звечаровского, А.В. Малько, В.Н. Кудрявцева, Р.А. Сабитова и

<sup>19</sup> См.: Карпов К.Н. *Иные меры уголовно-правового характера: система, виды*: монография. М.: Юрлитформ, 2012; Пимонов В.А. *Иные (некарательные) меры в уголовном законодательстве России: современное состояние и перспективы*. URL: [http://www.crimpravo.ru/blog/u\\_zakon/1653.html](http://www.crimpravo.ru/blog/u_zakon/1653.html) (дата посещения: 30.03.2012)

<sup>20</sup> См.: Кылина О.М., Щедрин Н.В. Российское уголовное право в контексте доктринальных моделей построения уголовно-правовых санкций // *Криминологический журнал Байкальского государственного университета экономики и права*. 2008. № 3. С. 40–49; Щедрин Н.В. Четыре «колеи» российского уголовного права // *Уголовное право*. 2008. № 4. С. 59–62; Он же. Основные направления реформирования системы мер уголовного воздействия: опыт законодательного проектирования // *Криминологический журнал Байкальского государственного университета экономики и права*. 2012. № 2. С. 5–13. URL: <http://cj.isea.ru/reader/article.asp?id=12353>. (Дискуссию по теме см.: [http://crimpravo.ru/blog/u\\_zakon/1644.html](http://crimpravo.ru/blog/u_zakon/1644.html))

<sup>21</sup> См.: Концептуально-теоретические основы правового регулирования и применения мер безопасности. Красноярск: СФУ, 2010.

<sup>22</sup> См.: Roxin Cl. *Op. cit.* P. 3.

<sup>23</sup> Авторы одной из последних монографий уголовно-правовое воздействие определяют «как целенаправленную активную деятельность государства, заключающуюся в основном в уголовном законе принуждающем влиянии посредством лишения либо ограничения прав и свобод лица, совершившего общественно опасное деяние» (См.: *Уголовно-правовое воздействие* / под. ред. А.И. Рапога. М.: Проспект, 2012. С. 21).

других авторитетных исследователей. Санкции поощрения указаны в качестве общепризнанной категории права даже в учебном пособии, которое рекомендовано Министерством образования для студентов учреждений среднего профессионального образования<sup>24</sup>.

Как видим, на сегодняшний день в «юридической системе» санкций уголовного права мы имеем четыре основных «элемента». Однако «без примесей» в уголовном законодательстве они встречаются так же редко, как в природе «чистые» металлы. В большинстве своем меры уголовного воздействия — это «сплавы», в которых параллельно или последовательно сочетаются четыре названных санкции.

При этом часто одни и те же ограничения *многофункциональны*, то есть в зависимости от целевого предназначения могут выполнять функцию санкций наказания и (или) санкций безопасности и (или) санкций восстановления. Например, «лишение права занимать определенные должности и заниматься определенной деятельностью» одновременно является и мерой наказания и мерой безопасности. Любопытно, что в уголовном праве России эта мера значится в перечне мер наказания, а в уголовном праве Германии — в перечне мер безопасности.

Ограничение свободы передвижения может быть как мерой наказания (лишение свободы), так и мерой безопасности (принудительное лечение в психиатрическом стационаре). В самом же наказании в виде лишения свободы при внимательном рассмотрении обнаруживаются элементы кары и мер безопасности (режимы уголовно-исполнительных учреждений), которые создают условия для организации на осужденного интенсивного воспитательного воздействия. В свою очередь, режим психиатрического стационара, помимо обеспечения безопасности самого невменяемого и общества, создает ограничительные «берега» для благоприятного медицинского воздействия.

В уголовно-правовой науке продолжается дискуссия по поводу правовой природы конфискации. А.А. Пропостин считает, что конфискация — это административно-правовая мера безопасности<sup>25</sup>. По мнению Д.В. Толкова, конфискация имущества имеет двойственную уголовно-правовую природу: мера безопасности и иная мера, имеющая своей целью восстановление правового положения, нарушенного в результате совершенного преступления<sup>26</sup>. Одна из

основных идей диссертации С.Ю. Самойловой состоит в том, что конфискация в уголовном праве должна использоваться как мера наказания и как иная мера уголовно-правового характера<sup>27</sup>. В предлагаемой нами трактовке конфискация должна быть закреплена в УК РФ как санкция наказания (общая конфискация), как санкция безопасности (специальная конфискация) и как санкция восстановления (восстановительная конфискация)<sup>28</sup>.

Мы также полагаем, что часть мер, которые используются в уголовном праве, следует считать *комплексными*, так как они соединяют в себе разные виды уголовных санкций<sup>29</sup>. К таковым относятся: условное осуждение, условно-досрочное освобождение, освобождение от наказания с применением принудительных мер воспитательного воздействия. В рамках названных комплексов соединяются санкции наказания, определенные судом за совершенное преступление, санкции поощрения (освобождение от наказания в ответ на уголовно значимую заслугу), санкции безопасности в виде специальных запретов и обязанностей и санкции восстановления в виде обязанности возместить (загладить) причиненный преступлением ущерб.

«Четырехколейная» модель уголовного права позволяет относительно безболезненно решить проблему уголовного воздействия на криминальные организации. Вместо уголовной ответственности (читай — наказания) к юридическим лицам, введение которой предполагает наличие искусственной конструкции «вины», мы предлагаем возложение на криминальные организации санкций безопасности и санкций восстановления<sup>30</sup>.

Несмотря на то, что изложенные выше концептуальные идеи доведены до коллег в многочисленных публикациях, ожидаемого признания они пока не получили. Впрочем, как и аргументированной критики. Это дает нам право самонадеянно полагать, что мнение профессионального сообщества относительно сформулированных выше тезисов находится где-то между: «этого не может быть никогда» и «в этом что-то есть».

<sup>27</sup> См.: Самойлова С.Ю. Указ. соч. С. 11.

<sup>28</sup> См.: Щедрин Н.В. Многоликая конфискация // Уголовное право : стратегия развития в XXI в.: материалы X Междунар. науч.-практ. конф. (Москва, 24–25 января 2013 г.). Москва: Проспект, 2013. С. 203–205

<sup>29</sup> См.: Щедрин Н., Речицкий А. О комплексном характере института условного осуждения // Уголовное право. 2009. № 5. С. 102–105; Щедрин Н.В., Никитина Н.А. О правовой природе и перспективах института освобождения с применением принудительных мер воспитательного воздействия // Актуальные проблемы российского права. 2013. № 8 (33). С. 1007–1011.

<sup>30</sup> См.: Щедрин Н.В., Востоков А.А. Меры уголовно-правового характера в отношении преступных организаций // Совершенствование борьбы с организованной преступностью, коррупцией и экстремизмом. М.: Рос. криминолог. ассоциация, 2008. С. 123–132.

<sup>24</sup> См.: Малько А.В. Теория государства и права: учебник. М.: Юристъ, 2000. С. 252–256.

<sup>25</sup> См.: Пропостин А.А. Конфискация имущества: прошлое, настоящее, будущее: монография. М.: Юрлитформ, 2011. С. 173–176.

<sup>26</sup> См.: Толков Д.В. Конфискация имущества как институт уголовного права: автореф. дис. ...канд. юрид. наук. Рязань. 2010. С. 9–10.

Один из контраргументов против «четырёхколейной» модели состоит в том, что ее якобы трудно внедрить в уголовное законодательство. Но, как мы уже отмечали выше, фактически эта модель уже воплощена. Ее можно «усилить» путем внесения в действующий УК соответствующих поправок. Однако самый лучший вариант — сделать указанную модель одной из концептуальных идей нового УК РФ.

Чтобы развеять сомнения по поводу возможности практического внедрения «четырёхколейной» модели в российскую систему уголовного права, мы попытались довести ее до инструментального уровня. Предлагаем для обсуждения и критики предварительный набросок структуры одного из разделов «Меры уголовного воздействия», а также редакцию некоторых статей этого и других разделов будущего УК РФ.

## ОБЩАЯ ЧАСТЬ

### Раздел... УГОЛОВНЫЙ ЗАКОН

#### Глава... ЗАДАЧИ И ПРИНЦИПЫ УГОЛОВНОГО КОДЕКСА РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ

##### Статья... Цель Уголовного кодекса Российской Федерации

1. Целью настоящего Кодекса является: охрана прав и свобод человека и гражданина, собственности, общественного порядка и общественной безопасности, окружающей среды, конституционного строя, мира и безопасности человечества и других объектов и ценностей, провозглашенных Конституцией Российской Федерации.

2. Для осуществления этой цели настоящий Кодекс решает следующие задачи: а) устанавливает, какие опасные для личности, общества, государства и человечества деяния запрещаются под угрозой мер уголовного воздействия; б) устанавливает виды и размеры мер уголовного воздействия, принципы, основания и правила их применения.

### Раздел... УГОЛОВНОЕ ДЕЯНИЕ

#### Статья... Понятие уголовного деяния

Уголовным деянием признаются общественно опасное действие или бездействие физического лица или организации, причиняющие или угрожающие причинением существенного вреда объектам охраны и ценностям, провозглашенным Конституцией Российской Федерации, и запрещенные настоящим Кодексом под угрозой применения мер уголовного воздействия.

#### Статья... Виды уголовных деяний

Видами уголовных деяний признаются:

- а) уголовное посягательство;
- б) уголовный проступок;
- в) уголовное преступление.

#### Статья... Понятие уголовного посягательства

Уголовным посягательством признаются:

- а) уголовное деяние, совершенное не достигшим возраста уголовного наказания физическим лицом;
- б) уголовное деяние, совершенное невменя-

емым физическим лицом;

в) уголовное деяние, невиновно совершенное физическим лицом;

г) уголовное деяние, совершенное организацией.

#### Статья... Понятие уголовного проступка

Уголовным проступком признается виновно совершенное достигшим возраста уголовного наказания совершенное достигшим возраста уголовного наказания вменяемым физическим лицом уголовное деяние, за совершение которого предусмотрена уголовная санкция наказания в виде лишения свободы менее чем на 1 год или уголовная санкция наказания, не связанная с лишением свободы.

#### Статья... Понятие уголовного преступления

Уголовным преступлением признается виновно совершенное достигшим возраста уголовного наказания вменяемым физическим лицом уголовное деяние, за совершение которого предусматривается уголовная санкция наказания в виде лишения свободы на срок от 1 года и выше.

#### Статья... Иные уголовно значимые юридические факты

Иными уголовно значимыми юридическими фактами признаются противоправные и правомерные деяния, события и обстоятельства, с которыми настоящий Кодекс связывает изменение правового статуса физического лица или организации, совершивших уголовное деяние.

#### Статья... Уголовно значимая заслуга

Уголовно значимой заслугой признается социально одобряемое деяние, событие или иное обстоятельство, с которым уголовный закон связывает исключение применения меры уголовного воздействия, освобождение от нее или ее смягчение.

### Раздел... МЕРЫ УГОЛОВНОГО ВОЗДЕЙСТВИЯ

#### Глава... ПОНЯТИЕ, ЦЕЛИ И ПРИНЦИПЫ ПРИМЕНЕНИЯ МЕР УГОЛОВНОГО ВОЗДЕЙСТВИЯ

##### Статья... Понятие мер уголовного воздействия

Меры уголовного воздействия есть предусмотренные настоящим Кодексом меры государственного принуждения, а также меры, полностью или частично отменяющие или смягчающие меры государственного принуждения.

#### Статья... Виды мер уголовного воздействия

Видами мер уголовного воздействия являются:

- а) уголовные санкции наказания;
- б) уголовные санкции безопасности;
- в) уголовные санкции восстановления;
- г) уголовные санкции поощрения.

#### Статья... Принцип соединения мер уголовного воздействия

Уголовные санкции наказания, безопасности, восстановления и поощрения могут назначаться одновременно или друг за другом в любой последовательности.

**Статья... Запрет одновременного назначения основных уголовных санкций наказания**

Не допускается одновременное назначение основных уголовных санкций наказания.

**Статья... Принцип неотвратимости мер уголовного воздействия**

Каждое уголовное деяние должно получить соответствующую уголовно-правовую оценку, а лицо, его совершившее, — меру уголовного воздействия.

**Статья... Принцип соразмерности мер уголовного воздействия**

Уголовные санкции наказания должны быть соразмерны характеру и степени тяжести уголовного преступления или уголовного проступка.

Уголовные санкции безопасности должны быть соразмерны общественной опасности физического лица или организации, которая выразилась в уголовных деяниях и иных уголовно значимых юридических фактах.

Уголовные санкции восстановления должны быть соразмерны характеру и размеру ущерба, причиненного уголовным деянием.

Уголовные санкции поощрения должны быть соразмерны уголовно значимой заслуге.

**Глава... УГОЛОВНЫЕ САНКЦИИ НАКАЗАНИЯ****Статья... Уголовная санкция наказания**

Уголовная санкция наказания есть предусмотренная настоящим Кодексом мера государственного принуждения, назначаемая судом.

Уголовные санкции наказания применяются к физическому лицу, совершившему уголовное преступление или уголовный проступок, и заключаются в лишении законных благ или ограничении прав и свобод этого лица.

**Статья... Цели уголовных санкций наказания**

Уголовные санкции наказания применяются в целях формирования установок о неприемлемости и невыгодности совершения уголовных деяний как у самого лица, совершившего уголовное преступление или проступок, так и у окружающих.

**Статья... Давность применения уголовных санкций наказания****Статья... Виды уголовных санкций наказания**

Видами уголовных санкций наказания являются:

- а) уголовное порицание;
- б) публикация приговора;
- в) штраф;
- г) лишение права занимать определенные должности или заниматься определенной деятельностью;
- д) лишение специальных и почетных званий, государственных наград, классовых чинов;
- е) обязательные работы;
- ж) принудительные работы;
- з) общая конфискация;
- и) ограничение свободы;
- к) лишение свободы.

**Статья... Основные и дополнительные санкции наказаний**

Исправительные работы, принудительные работы, обязательные работы, ограничение свободы, арест, лишение свободы применяются только в качестве основных санкций наказаний.

Уголовное порицание, штраф, лишение права занимать определенные должности и заниматься определенной деятельностью применяются как в качестве основных, так и дополнительных санкций наказаний.

Лишение специального и почетного звания, государственной награды или классового чина и публикация приговора применяются только в качестве дополнительных санкций наказаний.

**Глава... УГОЛОВНЫЕ САНКЦИИ БЕЗОПАСНОСТИ****Статья... Понятие уголовных санкции безопасности**

Уголовная санкция безопасности есть предусмотренная настоящим Кодексом мера государственного принуждения, назначаемая судом.

Уголовная санкция безопасности применяется к физическому лицу или к организации, которые совершили уголовное деяние, и заключается в обнародовании сведений, изъятии имущества, возложении специальных запретов и обязанностей.

**Статья... Цели уголовных санкций безопасности**

Уголовные санкции безопасности применяются к физическому лицу или организации в целях ограничения возможности совершения ими новых преступных деяний и создания условий для эффективного воспитательного и медицинского воздействия.

**Статья... Давность применения уголовных санкций безопасности****Статья... Виды уголовных санкций безопасности**

Видами санкций безопасности являются:

- а) публикация судебного решения о применении мер безопасности;
- б) включение в перечень преступных организаций;
- в) специальная конфискация;
- г) специальные запреты;
- д) специальные обязанности;
- е) специальные режимы.

**Статья... Публикация судебного решения о применении уголовных санкций безопасности**

Решение суда о применении уголовных санкций безопасности в необходимых случаях может быть опубликовано в средствах массовой информации.

**Статья... Включение в перечень криминальных организаций**

В перечень криминальных организаций, подлежащий опубликованию, включаются организации, в отношении которых принято судебное решение о ликвидации или запрете деятельности.

**Статья... Специальная конфискация имущества**

Специальная конфискация имущества есть принудительное, безвозмездное обращение в пользу государства следующего имущества:

- а) денег, ценностей и иного имущества, полученных в результате совершения преступлений;
- б) денег, ценностей и иного имущества, используемых или предназначенных для финансирования терроризма, организованной группы, незаконного вооруженного формирования, преступного сообщества (преступной организации);
- в) орудий, оборудования или иных средств совершения преступлений.

**Статья... Специальные запреты**

1. На физическое лицо могут возлагаться специальные запреты:

- а) занимать определенные должности;
- б) заниматься определенной деятельностью;
- в) посещать определенные места;
- д) покидать жилище;
- ж) покидать административный район;
- з) контактов с определенными лицами.

2. На организацию могут возлагаться специальные запреты:

- а) ликвидация юридического лица;
- б) запрет на осуществление деятельности;
- в) запрет на осуществление определенной деятельности;
- г) временный запрет на осуществление деятельности.

**Статья... Специальные обязанности**

1. На физическое лицо могут возлагаться обязанности:

- а) регистрации;
- б) освидетельствования;
- в) пройти курс социально-психологического тренинга;
- г) пройти курс лечения от алкоголизма или наркомании;
- д) пройти процедуру медиации;
- е) пройти курс обучения.

**Статья... Специальные режимы безопасности**

Специальный режим безопасности есть комплекс специальных запретов и обязанностей, возлагаемых на физическое лицо или организацию.

- 1. К физическим лицам могут быть применены:
  - а) режим закрытого лечебного заведения для алкоголиков и наркоманов;
  - б) режим закрытого лечебного заведения для оказания психиатрической помощи;
  - в) режим закрытого учебно-воспитательного учреждения;
  - г) режим превентивного надзора.
- 2. К организациям может быть применен режим ограничения предпринимательской деятельности.

**Глава... УГОЛОВНЫЕ САНКЦИИ ВОССТАНОВЛЕНИЯ****Статья... Понятие уголовной санкции восстановления**

Уголовная санкция восстановления есть предусмотренная настоящим Кодексом мера государственного принуждения, назначаемая судом.

Уголовная санкция восстановления применяется к физическому лицу или к организации, которые совершили уголовное деяние, и заключается в обязанности этого лица или этой организации возместить ущерб или иным образом загладить вред, причиненный этим уголовным деянием.

**Статья... Цели уголовных санкций восстановления**

Меры уголовного восстановления применяются в целях возмещения и заглаживания морального и материального вреда, причиненного уголовным деянием.

**Статья... Давность применения уголовных санкций восстановления****Статья... Виды уголовных санкций восстановления**

Видами уголовных санкций восстановления являются:

- а) обязанность принести публичное извинение;
- б) обязанность возместить вред в натуральном виде;
- в) обязанность возместить вред в денежном эквиваленте;
- г) восстановительная конфискация.

**Глава... УГОЛОВНЫЕ САНКЦИИ ПОощРЕНИЯ****Статья... Понятие уголовной санкции поощрения**

Уголовная санкция поощрения есть предусмотренная настоящим Кодексом мера государственного позитивного стимулирования, назначаемая судом.

Уголовная санкция поощрения применяется к физическому лицу или к организации, которые хотя и совершили уголовное деяние, но имеют уголовно значимую заслугу для исключения применения меры уголовного воздействия, для освобождения от нее или ее смягчения.

**Статья... Цель уголовных санкций поощрения**

Уголовные санкции поощрения применяются в целях стимулирования социально одобряемого поведения физического лица или деятельности организации.

**Статья... Виды уголовных санкций поощрения**

Видами уголовных санкций поощрения являются:

- а) исключение применения мер уголовного воздействия;
- б) освобождение от мер уголовного воздействия;
- в) применение более мягкой меры уголовного воздействия;
- г) смягчение мер уголовного воздействия.

**Статья... Давность применения уголовных санкций поощрения****Статья... Уголовно значимые юридические факты, исключающие применение мер уголовного воздействия**

Уголовно значимыми юридическими фактами, исключающими применение мер уголовного воздействия, являются:

- а) необходимая оборона;
- б) причинение вреда при задержании лица, совершившего уголовно-наказуемое деяние;
- в) крайняя необходимость;
- г) физическое и психическое принуждение;
- д) обоснованный риск;
- е) выполнение приказа или распоряжения.

**Глава... КОМПЛЕКСНЫЕ МЕРЫ УГОЛОВНОГО ВОЗДЕЙСТВИЯ****Статья... Понятие комплексных мер уголовного воздействия**

Комплексные меры уголовного воздействия есть меры, в которых параллельно или последовательно соединяются уголовные санкции наказания, безопасности, восстановления и поощрения.

**Статья... Виды комплексных мер уголовного воздействия**

Комплексными мерами уголовного воздействия являются:

- а) условное осуждение;
- б) условно-досрочное освобождение;
- в) освобождение от наказания с назначением принудительных мер воспитательного воздействия.

**Глава... НАЗНАЧЕНИЕ МЕР УГОЛОВНОГО ВОЗДЕЙСТВИЯ****Статья... Общие правила назначения мер уголовного воздействия****Статья... Общие правила назначения уголовных мер наказания****Статья... Уголовно значимые юридические факты, отягчающие уголовные меры наказания**

Уголовно значимыми юридическими фактами, отягчающими уголовные санкции наказания, являются:

**Статья... Уголовно значимые юридические факты, смягчающие уголовные санкции наказания**

Уголовно значимыми юридическими фактами, смягчающими уголовные санкции наказания, являются:

**Статья... Общие правила назначения уголовных санкций безопасности****Статья... Общие правила назначения уголовных санкций восстановления****Статья... Общие правила назначения уголовных санкций поощрения****Статья... Общие правила назначения комплексных мер уголовного воздействия****Глава... ОСОБЕННОСТИ ПРИМЕНЕНИЯ МЕР УГОЛОВНОГО ВОЗДЕЙСТВИЯ В ОТНОШЕНИИ НЕСОВЕРШЕННОЛЕТНИХ****Глава... ОСОБЕННОСТИ МЕР УГОЛОВНОГО ВОЗДЕЙСТВИЯ В ОТНОШЕНИИ ЛИЦ ПОЖИЛОГО ВОЗРАСТА****Глава... ОСОБЕННОСТИ МЕР УГОЛОВНОГО ВОЗДЕЙСТВИЯ ПРИ МНОГОКРАТНОМ СОВЕРШЕНИИ УГОЛОВНЫХ ДЕЯНИЙ И ИХ РЕЦИДИВЕ****Глава... ОСОБЕННОСТИ МЕР УГОЛОВНОГО ВОЗДЕЙСТВИЯ В ОТНОШЕНИИ АЛКОГОЛИКОВ, НАРКОМАНОВ И ЛИЦ, СТРАДАЮЩИХ ПСИХИЧЕСКИМИ ЗАБОЛЕВАНИЯМИ****Глава... ОСОБЕННОСТИ МЕР УГОЛОВНОГО ВОЗДЕЙСТВИЯ В ОТНОШЕНИИ ОРГАНИЗАЦИЙ****Библиография:**

1. Бабаев М.М. Криминологические основы уголовной политики // Современная уголовная политика: поиск оптимальной модели: материалы Рос. конгресса уголовного права (31 мая — 1 июня 2012 г.) . — М.: Проспект, 2012. — С. 319–340.
2. Бавсун М.В. Методологические основы уголовно-правового воздействия: монография. — М.: Юрлитформ, 2012. — 200 с.
3. Бибик О.Н. Концепция развития уголовного законодательства РФ как основа для формирования новой модели государственного управления в сфере противодействия преступности // Современная уголовная политика: поиск оптимальной модели : материалы VII Рос. конгресса уголовного права. — М.: Проспект, 2012. — С. 14–18.
4. Богодухов А.С. К вопросу об объекте управления // Проблемы совершенствования гражданско-правового регулирования. — Томск : Изд-во Том. ун-та, 1982. — С. 162.
5. Горшенков А.Г., Горшенков Г.Г., Горшенков Г.Н. Преступность как объект управленческого воздействия: учеб. пособие. — Сыктывкар: Коми респуб. академия госслужбы и упр, 1999. — 92 с.
6. Жалинский А.Э. Уголовное право в ожидании переман: теоретико-инструментальный анализ. — 2-е изд., перераб. и доп. — М.: Проспект, 2009. — 400 с.
7. Карпов К.Н. Иные меры уголовно-правового характера: система, виды: монография. — М.: Юрлитформ, 2012. — 208 с.
8. Комплексное изучение системы воздействия на преступность. — Л.: Изд-во ЛГУ, 1978. — С. 12–25.
9. Концептуально-теоретические основы правового регулирования и применения мер безопасности: монография / под науч. ред. Н.В. Щедрина. — Красноярск: СФУ, 2010. — 324 с.
10. Кристи Н. Борьба с преступностью как индустрия. Вперед, к Гулагу западного образца / пер. с англ. А. Петрова, В. Пророковой; предисл. Я. Гилинского. — 2-е изд. — М.: Центр содействия реформе уголовного правосудия, 2001. — 224 с.

11. Кылина О.М., Щедрин Н.В. Российское уголовное право в контексте доктринальных моделей построения уголовно-правовых санкций // Криминологический журнал Байкальского государственного университета экономики и права. — 2008. — № 3. — С. 40–49.
12. Малько А.В. Теория государства и права: учебник. — М.: Юристъ, 2000. — 304 с.
13. Малько А.В. Стимулы и ограничения в праве. — 2-е изд. пераб. и доп. — М.: Юристъ, 2005. — 250 с.
14. Пимонов В.А. Иные (некарательные) меры в уголовном законодательстве России: современное состояние и перспективы. URL: [http://www.crimpravo.ru/blog/u\\_zakon/1653.html](http://www.crimpravo.ru/blog/u_zakon/1653.html).
15. Пропостин А.А. Конфискация имущества: прошлое, настоящее, будущее: монография. — М.: Юрлитформ, 2011. — 264 с.
16. Раска Э.Э. Борьба с преступностью и социальное управление: теоретические и методологические аспекты. — Таллин: Эсти раамат, 1985. — 215 с.
17. Рыбак А.З. Метамодел ь языка уголовного права. URL: <http://crimpravo.ru/blog/3208.html#comments>.
18. Самойлова С.Ю. Конфискация имущества в российском уголовном законодательстве: дис. ... канд. юрид. наук. — Омск. 2011. — 197 с.
19. Теоретические основы предупреждения преступности. — М.: Юрид. лит., 1977. — 256 с.
20. Толков Д.В. Конфискация имущества как институт уголовного права: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — Рязань. 2010. — 23 с.
21. Уголовно-правовое воздействие: монография / под ред. А.И. Рапога. — М.: Проспект, 2012. — 288 с.
22. Чучаев А.И., Фирсова А.П. Уголовно-правовое воздействие: понятие, объект, механизм, классификация: монография. — М.: Проспект, 2010. — 320 с.
23. Щедрин Н.В. Категории антикриминальной безопасности // Проблемы кодификации уголовного закона: история, современность, будущее (посвящается 200-летию проекта Уголовного уложения 1813 г.): материалы VIII Рос. конгресса уголовного права (Москва, 30-31 мая 2013 г.) / отв. ред. В.С. Комиссаров. — М.: Юрлитформ, 2013. — С. 248–252.
24. Щедрин Н.В. Многоликая конфискация // Уголовное право: стратегия развития в XXI в.: материалы X Международ. науч.-практ. конф. (Москва, 24–25 января 2013 г.). — М.: Проспект, 2013. — С. 203–205.
25. Щедрин Н.В. Основные направления реформирования системы мер уголовного воздействия: опыт законодательного проектирования // Криминологический журнал Байкальского университета экономики и права. — Иркутск. — 2012. № 2. — С. 5–13. URL: <http://cj.isea.ru/reader/article.asp?id=12353>.
26. Щедрин Н.В. Основы общей теории предупреждения преступности: учеб. пособие. — Красноярск: Изд-во Краснояр. гос. ун-та, 1999. — 58 с.
27. Щедрин Н.В. О «теории относительности» уголовного наказания и ее экспериментальной проверке // Тезисы участников 14 Международной Балтийской конференции «Преступление и наказание в современном мире» (Санкт-Петербург, 24–26 июня 2011 г.). — С. 134–139. URL: <http://deviantology.spb.ru/etc/24-baltic-crime-seminar-theses.pdf>
28. Щедрин Н.В. Четыре «колеи» российского уголовного права // Уголовное право. — 2008. — № 4. — С. 59–62.
29. Щедрин Н.В., Востоков А.А. Меры уголовно-правового характера в отношении преступных организаций // Совершенствование борьбы с организованной преступностью, коррупцией и экстремизмом. — М.: Рос. криминолог. ассоциация, 2008. — С. 123–132.
30. Щедрин Н.В., Никитина Н.А. О правовой природе и перспективах института освобождения с применением принудительных мер воспитательного воздействия // Актуальные проблемы российского права. — 2013. — № 8 (33). — С. 1007–1011.
31. Щедрин Н., Речицкий А. О комплексном характере института условного осуждения // Уголовное право. — 2009. — № 5. — С. 102–105.
32. Roxin Cl. Strafrecht. Allgemeiner Teil. 3 Aufl. Bd. 1. — München: Verlag C.H. Beck, 1997.

Материал поступил в редакцию 23 августа 2014 г.

### NEW CRIMINAL CODE OF RUSSIA WITHIN THE FRAMEWORK OF SOCIAL ADMINISTRATION

**Schedrin, Nikolay Vasilievich** — Doctor of Law, Professor, Head of the Department of Delict Studies and Criminology of the Siberian Federal University.

[sveroboy@mail.ru]

660075, Russia, Krasnoyarsk, ul. Mayerchaka, 6, of. 122.

**Review.** *The article is based upon the thesis that fighting crime is a type of social administration, and it is performed via two means: stimulation and limitation. From this standpoint the author views one of the key categories in the sphere of fighting crime: criminal influence. The author singles out the subsystems of criminal administrative influence, forming hierarchy of its goals, studying the problems of development of criminal law at various stages of law-making, implementation and execution of law, analyzing social legal nature of dispositions and sanctions in criminal law. When preparing the article the author used systemic analysis, formal legal and comparative legal analysis, synthesis, induction, deduction, and other logical methods. Within the context of social administration, the author provides critical interpretations of subsystems, such as «means of influence», «object», «subject», «resources». Excessive criminalization and penalization of acts*

causes the situation when it becomes impossible to deal with the amount of crimes, and to the abuses following from overloading the system. The author substantiates one of the conceptual ideas of the new Criminal Code of the Russian Federation, which is the «four-lane» model, according to which the types of criminal influence are sanctions of punishment, security, restoration and encouragement. The author also provides his own version of the Chapter of the Criminal Code «Measures of criminal influence».

**Keywords:** social administration, fighting crime, criminal influence, anti-criminal security, resources guarantees, new criminal code, means of punishment, means of encouragement, means of restoration.

#### Bibliography:

1. Babaev M.M. Criminological fundamentals of criminal policy // Modern criminal policy: searching for an optimum model: materials of the Russian Criminal Law Congress (May 31 — June 1, 2012). — M.: Prospekt, 2012. — P. 319–340.
2. Bavsun M.V. Methodological fundamentals of the criminal law influence: a monograph. — M.: Yurлитform, 2012. — 200 p.
3. Bibik O.N. Development concept for criminal legislation in the Russian Federation as the basis for the formation of the new model of state administration in the sphere of fighting crime // Modern criminal policy: searching for an optimum model: materials of the Russian Criminal Law Congress. — M.: Prospekt, 2012. — P. 14–18.
4. Bogodukhov A.S. On the issue of object of administration // Problems of improvement of civil law regulation. — Tomsk: Izd-vo Tom. un-ta, 1982. — P. 162.
5. Gorshenkov A.G., Gorshenkov G.G., Gorshenkov G.N. Crime as an object 5 for administrative influence: manual. — Syktyvkar: Komi respub. akademiya gossluzhby i upr, 1999. — 92 p.
6. Zhalinskiy A.E. Criminal law waiting for a change: theoretical and instrumental analysis. 2<sup>nd</sup> Ed. — M.: Prospekt, 2009. — 400 p.
7. Karpov K.N. Other measures of criminal legal character: system, types: a monograph. — M.: Yurлитform, 2012. — 208 p.
8. Complex studies of the system of influence upon crime. — L.: Izd-vo LGU, 1978. — P. 12–25.
9. Conceptual and theoretical fundamentals of the legal regulation and application of security measures: a monograph / Sci. Ed. by N.V. Shchedrin. — Krasnoyarsk: SFU, 2010. — 324 p.
10. Christie N. Crime Control as Industry: Towards Gulags, Western Style / Translation by A. Petrov, V. Prorokova; foreword by Y. Gilinskiy. — 2-nd ed. — M.: Tsentr sodeystviya reforme ugovolnogo pravosudiya, 2001. — 224 p.
11. Kyлина O.M., Shchedrin N.V. Russian criminal law within the context of doctrinal models for the formation of criminal law sanctions // Kriminologicheskiy zhurnal Baykal'skogo gosudarstvennogo universiteta ekonomiki i prava. — 2008. — № 3. — P. 40–49.
12. Malko A.V. Theory of state and law: manual. — M.: Yurist, 2000. — 304 p.
13. Malko A.V. Stimuli and limitations in law. — 2nd Ed. — M.: Yurist, 2005. — 250 p.
14. Pimonov V.A. Other (non-punitive) measures in criminal legislation of Russia: modern situation and perspectives. URL: [http://www.crimpravo.ru/blog/u\\_zakon/1653.html](http://www.crimpravo.ru/blog/u_zakon/1653.html).
15. Propostin A.A. Confiscation of property: past, present and future: a monograph. — M.: Yurлитform, 2011. — 264 p.
16. Raska E.E. Fighting crime and social administration: theoretical and methodological aspects. — Tallin: Eestiraa-mat, 1985. — 215 p.
17. Rybak A.Z. Meta-model of language of criminal law. URL: <http://crimpravo.ru/blog/3208.html#comments>.
18. Samoylova S.Y. Confiscation of property in Russian criminal law: Dissertation Thesis for PhD in Law. nauk. — Omsk. 2011. — 197 p.
19. Theoretical fundamentals of crime prevention. — M.: Yurid. lit., 1977. — 256 p.
20. Tolkov D.V. Confiscation of property as an institution of criminal law: Dissertation Thesis for PhD in Law. — Ryazan'. 2010. — 23 p.
21. Criminal law influence: a monograph / Ed. by A.I. Raroga. — M.: Prospekt, 2012. — 288 p.
22. Chuchaev A.I., Firsova A.P. Criminal law influence: definition, object, mechanism, classification: a monograph. — M.: Prospekt, 2010. — 320 p.
23. Shchedrin N.V. Categories of anti-crime security // Problems of codification in criminal law: history, modern situation, future (devoted to the 200th anniversary of the draft Criminal Code of 1813): materials of the VIII Russian Congress of Criminal Law (Moscow, May, 30–31, 2013) / Ex. ed. V.S. Komissarov. — M.: Yurлитform, 2013. — P. 248–252.
24. Shchedrin N.V. Many faces of confiscation // Criminal law: strategy of development in the XXI century. Materials of the XI International Scientific and Practical Conference, Moscow, January 24–25, 2013). — M.: Prospekt, 2013. — P. 203–205.
25. Shchedrin N.V. Main directions for the reform of the system of measures of criminal influence: legislative drafting experience. Irkutsk. — 2012. — № 2. — P. 5–13. URL: <http://cj.isea.ru/reader/article.asp?id=12353>.
26. Shchedrin N.V. Fundamentals of the crime prevention theory: manual. — Krasnoyarsk: Izd-vo Krasnoyar. gos. un-ta, 1999. — 58 p.
27. Shchedrin N.V. On the probability theory in criminal punishment and its experimental proof // Theses of Participants of the 14<sup>th</sup> International Baltic Conference «Crime and Punishment in the Modern World» (St. Petersburg, June 24–26, 2011). — P. 134–139. URL: <http://deviantology.spb.ru/etc/24-baltic-crime-seminar-theses.pdf>
28. Shchedrin N.V. Four «lanes» of the Russian criminal law. // Ugolovnoe pravo. — 2008. — № 4. — P. 59–62.
29. Shchedrin N.V., Vostokov A.A. Means of criminal legal character against criminal organizations // Improvement of fighting against organized crime, corruption and extremism. — M.: Ros.kriminolog. assotsiatsiya, 2008. — P. 123–132.
30. Shchedrin N.V., Nikitina N.A. On the legal nature and perspectives of the institute of release with application of forced educational measures // Aktual'nye problemy rossiyskogo prava. — 2013. — № 8 (33). — P. 1007–1011.
31. Shchedrin N., Rechitskiy A. On complex character of the institution of criminal prosecution // Ugolovnoe pravo. — 2009. — № 5. — P. 102–105.
32. Roxin Cl. Strafrecht. Allgemeiner Teil. 3 Aufl. Bd. 1. — München: Verlag C.H. Beck, 1997.

## ОБЩЕСТВЕННАЯ ОПАСНОСТЬ И ЕЕ ВЛИЯНИЕ (УЧЕТ) ПРИ КОНСТРУИРОВАНИИ НОРМ ОБЩЕЙ ЧАСТИ УК РФ

**Аннотация.** Категория общественной опасности, используемая в уголовном законодательстве, рассматривается в качестве основания для категоризации преступлений, закрепленной в ст. 14 УК РФ. Содержание общественной опасности и классификация преступлений анализируются с позиций действующего уголовного закона и доктрины уголовного права, а также в историческом аспекте, с учетом положений УК РСФСР. Внимание уделяется малозначительному деянию, в результате вносятся предложения: о дополнении ст. 14 УК РФ в части определения понятия малозначительного деяния и критериев, положенных в его основу; о привлечении в установленных законом случаях лица к административной ответственности. Приводится аргументация о необходимости дополнения категории тяжких преступлений и неосторожными преступлениями, посягающими на жизнь человека, и наказуемыми на срок свыше 5 лет. Обосновывается целесообразность возвращения к первоначальному определению преступлений небольшой тяжести как деяний, наказуемых не свыше 2 лет лишения свободы. Критике подвергается ч. 6 ст. 15 УК РФ, с позиции системности уголовного закона доказывается необходимость ее исключения из УК РФ.

**Ключевые слова:** общественная опасность, степень и характер общественной опасности, малозначительное деяние, категории преступлений, преступление небольшой тяжести, преступление средней тяжести, тяжкое и особо тяжкое преступление.

Общественная опасность как признак преступления в настоящее время признается многими теоретиками уголовного права, она также является и законодательной характеристикой преступления, выступая в качестве обязательной предпосылки криминализации того или иного деяния, его запрещенности уголовным законом под угрозой наказания (ст. 14 УК РФ). На законодательном уровне в гл. 1, посвященной задачам и принципам УК РФ, закреплены такие важные ее компоненты, как характер и степень общественной опасности. Именно они должны обеспечивать справедливость наказания и иных мер уголовно-правового характера (ст. 6 УК), будучи учтенными при следовании требованиям, изложенным в ч. 3 ст. 60 УК. Таким образом, общественная опасность совершенного преступления существенным образом влияет на последующее, посткриминальное положение виновного, определяет те правовые ограничения, которые на него налагает суд в связи с со-

деянным через назначение ему определенного вида, срока или размера наказания. В приведенном случае, как представляется, общественная опасность напрямую проявляет свое значение в практическом, материально-процессуальном смысле.

Вместе с тем категория общественной опасности используется законодателем опосредованно через классификацию (категоризацию) преступлений, в основу деления которых также положены характер и степень общественной опасности (ст. 15 УК). В результате об общественной опасности того или иного деяния приходится судить, исходя из категории преступления, при решении таких важных вопросов, как рецидив преступлений (ст. 18 УК); определение вида исправительного учреждения (ст. 58 УК); освобождение от уголовной ответственности (гл. 11 УК) и наказания (гл. 12 УК), в том числе и несовершеннолетних (гл. 14 УК); погашение судимости (ст. 86 УК).

© Устинова Т.Д., 2015

\* Устинова Тамара Дмитриевна — доктор юридических наук, профессор кафедры уголовного права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА).

[td\_ustinova@rambler.ru]

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

Н.Д. Дурманов определял преступление в качестве общественно опасного деяния, как «вредоносное посягательство на жизненные условия общества»<sup>1</sup>. Именно вредоносность как отличительная особенность содержательной стороны общественной опасности подчеркивается и другими авторами, предлагающими определение преступления в ее контексте. Она предполагает повышенную вредность, причинение существенного вреда охраняемым законом интересам<sup>2</sup>. В то же время существует ряд деяний, которые криминализованы без учета наступления вредных последствий в силу того, что сами по себе они содержат угрозу наступления вредных последствий, которые следует предотвращать на стадии совершения действия (бездействия), не дожидаясь их наступления. Поэтому общественная опасность выражается не только в причинении вреда охраняемым уголовным законом различным объектам, но и в создании угрозы наступления вредных последствий. Последнее утверждение поддерживается многими авторами<sup>3</sup>, и является господствующим в учебной литературе<sup>4</sup>.

Еще УК РСФСР 1922 г. в ст. 6 общественную опасность деяния определял как «угрозу основам советского строя». Именно в силу наличия столь существенной особенности преступления при определении малозначительности деяния в первоначальной редакции ч. 2 ст. 14 УК РФ 1996 г. деяние, не представляющее общественной опасности, определялось как «не причинившее вреда и не создавшее угрозы причинения вреда личности, обществу или государству». Однако это уточнение Федерального закона от 25.06.1998 № 92-ФЗ, на наш взгляд, не вполне оправданно было исключено из УК, поскольку посредством использования приема отрицания на законодательном уровне пояснялось, в чем состоит суть общественной опасности. Фактически существующее определение малозначительности повторяет редакцию ст. 7 УК РСФСР, действовавшей на момент разработки нового УК в 1993–1994 г.<sup>5</sup>

<sup>1</sup> Дурманов Н.Д. Понятие преступления. М.: Изд-во АН СССР, 1948. С. 88.

<sup>2</sup> См.: Наумов А.В. Российское уголовное право. Общая часть. 2-е изд. М.: Юрид. лит., 2000. С. 127.

<sup>3</sup> См.: Пудовочкин Ю.Е. Учение о преступлении. М.: Юрлитинформ, 2009. Пудовочкин Ю.Е. Учение о преступлении. М., 2009. С. 24.

<sup>4</sup> См.: Полный курс уголовного права: в 5 т. Т. 1: Преступление и наказание / под ред. А.И. Коробеева. СПб.: Юрид. центр Пресс, 2008. С. 260; Уголовное право РФ. Общая и Особенная части: учебник / под ред. А.И. Чучаева. М.: Контракт, Инфра-М, 2013. С. 39; Уголовное право России. Части Общая и Особенная: учебник / отв. ред. А.И. Рарог. М.: Проспект, 2013. С. 39.

<sup>5</sup> Нельзя не упомянуть, что и доктринальный 1993 г. и официальный 1994 г. проекты УК предприняли попытку отказаться от общественной опасности как признака преступления.

Однако определение деяния в качестве малозначительного, не представляющего общественной опасности, на практике вызывает серьезные затруднения, поскольку на законодательном уровне не определены критерии малозначительности. На наш взгляд, не вполне удачной является и ссылка на то, что деяние не представляет общественной опасности, так как противоречит законодательному утверждению о том, что такое деяние формально содержит признаки какого-либо преступления (ч. 2 ст. 14 УК). Как отмечается в научной литературе, в малозначительном деянии присутствуют признаки состава преступления<sup>6</sup>. Поэтому трудно согласиться с мнением, что малозначительное деяние признается таковым «в силу отсутствия признаков состава преступления»<sup>7</sup>. Известно, что преступным является только общественно опасное деяние, оно не может одновременно быть и преступным и не преступным. Полагаем, что в уголовном законе вместо словосочетания, вызвавшего критику, следовало бы следующим образом отразить объективную несправедливость привлечения лица к уголовной ответственности: «в силу малозначительности не обладающее (или не характеризующееся) достаточной степенью общественной опасности». Отдельные авторы подчеркивают, что малозначительное деяние «объективно не обладает минимальной для соответствующего преступления степенью общественной опасности»<sup>8</sup>. В предложенной нами новелле упор сделан именно на степень общественной опасности ввиду того, что она является изменяющейся, не постоянной характеристикой, в отличие от характера общественной опасности, которая всегда определяется объектом посягательства. Так, характер общественной опасности кражи всегда остается неизменным. При его определении мы исходим из того, что это посягательство на отношения собственности, независимо от способов и стоимости изъятого имущества. Исключение составляют административные правонарушения: кража, мошенничество (во всех его проявлениях, закрепленных в УК), присвоение или растрата, совершенные без отягчающих обстоятельств, и на сумму, не превышающую 1 тыс. руб. В юридической литературе высказывается мнение о необходимости в самом уголовном законе, в частности применительно к краже, в диспозиции ч. 1 ст. 158 УК прямо указать, что подобное «деяние не содержит признаков административно наказуемого хищения»<sup>9</sup>. Оценивая подобную новацию, не можем не обратить внимание на то, что

<sup>6</sup> См.: Блинные В.А. Система обстоятельств, исключаящих преступность деяния в уголовном праве России. Ставрополь: Ставроп. гос. ун-т, 2001. С. 46.

<sup>7</sup> Пудовочкин Ю.Е. Указ. соч. С. 35.

<sup>8</sup> Уголовное право России. Общая часть: учебник / под ред. Н.М. Кропачева, Б.В. Волженкина, В.В. Орехова. СПб.: Изд. дом СПбГУ, 2006. С. 361.

<sup>9</sup> Адоевская О.А. Дифференциация ответственности за кражу по уголовному праву России: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Самара, 2007. С. 7.

поскольку уголовная ответственность и за иные формы хищения наступает только при превышении указанной выше суммы, видимо, в целях соблюдения системности уголовного законодательства приведенное выше уточнение следовало бы изложить в примечании к ст. 158 УК.

Степень общественной опасности хищения, к примеру кражи, варьируется в зависимости от того, каким образом происходит изъятие чужого имущества. Она поднимается по восходящей линии от простой кражи (ч. 1 ст. 158 УК), совершенной одним человеком, до кражи, совершенной группой лиц по предварительному сговору (ч. 2 ст. 158 УК), или организованной группой (ч. 4 ст. 158 УК); от простой кражи (ч. 1 ст. 158 УК) до кражи с проникновением в жилище (ч. 3 ст. 158 УК) и т.п. Вместе с тем уместно привести высказывание Н.Ф. Кузнецовой о том, что малозначительные деяния являются таковыми, «если малозначительность была и объективной, и субъективной, то есть когда лицо желало совершить именно малозначительное деяние»<sup>10</sup>. На необходимость установления именно субъективного отношения виновного к содеянному обращает внимание Верховный Суд РФ в постановлениях Пленума Верховного Суда РФ от 27.12.2002 № 29 «О судебной практике по делам о краже, грабеже и разбое»<sup>11</sup>, от 27.12.2007 № 51 «О судебной практике по делам о мошенничестве, присвоении и растрате»<sup>12</sup> Соответственно, в п. 25 и п. 27 названных постановлений указывается, что подобные деяния совершаются «при обстоятельствах, свидетельствующих об умысле совершить хищение в крупном или особо крупном размере». Если лицо при совершении кражи действовало с неопределенным или альтернативным умыслом, либо собиралось совершить хищение в определенном размере, но фактически завладело незначительной денежной суммой, то в первых двух случаях содеянное следует квалифицировать как оконченное преступление в зависимости от наступившего вреда; в последнем случае — как покушение на кражу в значительном, крупном или особо крупном размере.

Трудно согласиться с утверждением, что малозначительное деяние может быть лишь умышленным<sup>13</sup>. Малозначительным может быть признано и преступление, совершенное по неосторожности, если наступившие последствия варьируются от незначительных до более тяжелых. В качестве примера позволим привести ст. 251 УК (Загрязнение атмосферы), в которой установлена ответственность за нарушение правил выброса в атмосферу загрязняющих ве-

ществ или нарушение эксплуатации установок, сооружений и иных объектов, если эти деяния повлекли загрязнение или иное изменение природных свойств воздуха. Как представляется, если показатели загрязнения или изменения природных свойств воздуха незначительно превышают установленные безопасные параметры, то правомерно ставить вопрос о признании деяния малозначительным.

С учетом изложенного, одновременно с изменением формулировки ч. 2 ст. 14 УК было бы целесообразно включить примечание к этой статье, в котором дать некие ориентиры содержательной стороны малозначительности. Например: «При определении малозначительности деяния следует исходить из суммы причиненного ущерба, размера иного вида вреда, формы вины, направленности умысла, мотивов и целей совершенного преступления». Наличие такой рекомендации в уголовном законе должно способствовать тому, что правоохранительные и судебные органы будут более тщательно обсуждать вопрос о признании деяния малозначительным, не возбуждать, но и не прекращать уголовные дела без достаточных к тому оснований.

В связи с присутствием в уголовном законе нормы о малозначительности, которая является основанием для непривлечения лица к уголовной ответственности, поскольку такое деяние не признается преступлением, возникает очень своеобразная ситуация, при которой лицо, совершившее деяние, формально содержащее все признаки преступления, например кражу на сумму 1050 руб., не привлекается к уголовной ответственности, так как превышение суммы похищенного имущества на 50 руб. правомерно может быть признано незначительным, а само деяние малозначительным. Будет справедливым не применять к такому правонарушителю наиболее строгий вид ответственности, каковой является уголовная ответственность, ведь только, образно говоря, 50 руб. отделяют преступление от административного правонарушения (ст. 7.27 КоАП РФ). Вместе с тем человек нарушил определенные законодательные установления: о неприкосновенности чужой собственности, базирующейся на положениях Конституции РФ запрет на совершение мелкого хищения. Однако государство в лице соответствующих органов лишено возможности отреагировать на неправомерность поступка, дать ему отрицательную оценку и в соответствии со степенью общественной опасности содеянного наложить на лицо определенное взыскание. Получается, что такой правонарушитель, формально и фактически совершивший преступление, окажется в лучшем положении, чем лицо, совершившее кражу на сумму 200, 500 и т.п. руб. (в пределах до 1 тыс.), которому может быть назначен административный штраф в размере до

<sup>10</sup> Энциклопедия уголовного права. Т. 3: Понятие преступления / под. ред. В.Б. Малинина. СПб.: Изд. проф. Малинина, 2005. С. 93.

<sup>11</sup> Бюллетень Верховного Суда РФ. 2003. № 2. С. 6.

<sup>12</sup> Там же. С. 8.

<sup>13</sup> См.: Полный курс уголовного права. С. 279.

пятикратной стоимости похищенного имущества, но не менее 1 тыс. руб., или административный арест на срок до 15 суток.

Стоит обратиться в связи с описанной ситуацией к ст. 50.1 УК РСФСР, введенной Указом Президиума Верховного Совета РСФСР от 11.03.1977 г., в которой предусматривалось освобождение от уголовной ответственности с привлечением к административной ответственности. Прямой аналогии с положениями о малозначительности, конечно, не просматривается, так как освобождение от уголовной ответственности и непривлечение к ней — различные правовые явления. Кроме этого, освобождение от ответственности на основании ст. 50.1 УК РСФСР регламентировалось рядом других условий, изложенных как в ст. 50, так и ст. 50.1 УК РСФСР. Но сама возможность обращения к административной ответственности представляется вполне обоснованной и в современных условиях в связи с наличием приведенных выше пограничных ситуаций: уже не административное правонарушение, но еще и не преступление. Поэтому, как представляется, было бы целесообразным ввести в ст. 14 УК ч. 3 следующего содержания: «Лицо, деяние которого признано малозначительным, в зависимости от степени общественной опасности содеянного и его личности, может быть привлечено к административной ответственности в случаях, предусмотренных в Особенной части Уголовного кодекса». Соответственно, к статьям Особенной части УК, в которых содержатся преступления, отличающиеся от административных правонарушений по тем или иным криминообразующим признакам, будет необходимо ввести примечания соответствующего содержания. Так, например, в случае принятия предложенного дополнения к ст. 14 УК, следует предусмотреть прим. 5 к ст. 158 УК такого содержания: «Лицо, совершившее хищение, предусмотренное частями первыми ст. 158, 159, 159.2, 160 настоящего Кодекса, может быть привлечено к административной ответственности по ст. 7.27 КоАП РФ на основании положений ч. 3 ст. 14 настоящего Кодекса». Подобными примечаниями могут быть дополнены и иные статьи Особенной части УК РФ, если законодатель считает это целесообразным при наличии схожих правонарушений в административном и уголовном кодексах.

Общественная опасность деяний всегда принималась во внимание при их разграничении по этому показателю, она учитывалась и при установлении за них наказания. Так, Уголовное уложение 1903 г. полностью так и не вступившее в силу, выделяло: тяжкие преступления, за которые могли быть назначены в качестве самого строгого наказания смертная казнь, каторга или

ссылка на поселение; преступления, которые наказывались заключением в исправительном доме, крепости или тюрьме; проступки, наказуемые штрафом или денежной пеней. Если сравнивать последнюю группу с классификацией в действующем УК РФ, то входящие в нее преступления по современной терминологии, видимо, можно отнести к преступлениям небольшой тяжести. Небезынтересно, что покушение на такие проступки было ненаказуемо.

Впервые деление всех преступлений на определенные категории было закреплено в УК РФ 1996 г. В уголовных кодексах РСФСР и союзных республик термин «категория» не использовался, но тем или иным образом законодатель выражал свое отношение к сущности совершенных преступлений в зависимости от их тяжести. Вместе с тем законодатель не очень последовательно подошел к их градации в том смысле, что не пытался провести их ранжировку по восходящей или по нисходящей степени общественной опасности. В ст. 7.1 УК РСФСР, введенной Указом Президиума Верховного Совета РСФСР от 23.06.1972 г., давалось определение только тяжкого преступления, как представляющего «повышенную общественную опасность» и приводился исчерпывающий перечень подобных деяний, который дополнялся вплоть до принятия нового УК РФ.

Вместе с тем в ст. 24 УК РСФСР (Лишение свободы) появляются такие виды, как «особо тяжкие преступления», «преступления, повлекшие особо тяжкие последствия», за которые возможно назначение наказания в виде лишения свободы на срок до 15 лет, в то время как по общему правилу лишение свободы устанавливалось на срок от 3 месяцев до 10 лет (ч. 1 ст. 24 УК РСФСР). Исходя из приведенных положений уголовного закона того времени, можно прийти к выводу, что тяжкие преступления — это деяния, наказуемые лишением свободы на срок до 10 лет, а особо тяжкие — на срок свыше 10 лет, но не более 15 лет. Однако если вникнуть в перечень преступлений, которые приводятся в ч. 2 ст. 7.1 УК РСФСР, и проанализировать их санкции, то можно увидеть, что среди преступлений, именуемых тяжкими, присутствуют преступления, которые, руководствуясь их санкциями, следует в результате сделанных выше умозаключений отнести к особо тяжким. Так, например, за бандитизм (ст. 77 УК РСФСР), который входил в перечень тяжких преступлений, предусматривалось наказание в виде лишения свободы на срок от 3 до 15 лет; за умышленное убийство при отягчающих обстоятельствах (ст. 102 УК РСФСР) — от 8 до 15 лет и т.д. Важно отметить, что все тяжкие и особо тяжкие преступления были только умышленными, что было зафиксировано в ч. 1 ст. 7.1 УК РСФСР.

Наряду с отмеченным, в ст. 49 УК РСФСР (Освобождение от уголовной ответственности и наказания), в ст. 51 УК РСФСР (Освобождение от уголовной ответственности с передачей дела в товарищеский суд) и ст. 52 УК РСФСР (Освобождение от уголовной ответственности с передачей на поруки) устанавливалось, что применение указанных норм возможно при совершении преступления, «не представляющего большой общественной опасности». В ст. 51 УК РСФСР, помимо общих указаний, были перечислены конкретные преступления, в отношении которых возможно было применить положения данной статьи. Это — причинение легкого вреда здоровью и побои (ч. 2 ст. 112 УК РСФСР), клевета (ст. 130 УК РСФСР), оскорбление (ст. 131 УК РСФСР) и кража малоценных предметов потребления и быта, находящихся в личной собственности граждан, при условии, что виновный и потерпевший являются членами одного коллектива (ч. 1 ст. 144 УК РСФСР).

Санкции приведенных статей в качестве наиболее строгого вида наказания предусматривали лишение свободы на срок до 1 года, за исключением кражи, наказуемой до 3 лет лишения свободы. Но, видимо, предполагалось, что при соблюдении всех установленных в уголовном законе условий, наказание за подобный вид кражи также будет назначено в основном в пределах до 1 года. Судя по тому, что в ч. 2 ст. 51 УК РСФСР говорилось дословно: «иные деяния, за которые, согласно статье Особенной части настоящего кодекса, допускается применение мер общественного воздействия», то к преступлениям, не представляющим большой общественной опасности, относились не только умышленные, но и неосторожные деяния. Следовательно, позиция законодателя была такова, что неосторожные преступления не могут признаваться не только особо тяжкими, но и тяжкими, даже несмотря на то, что за них в санкции статьи Особенной части может быть предусмотрено наказание до 10 лет лишения свободы, например ч. 2 ст. 211 (Нарушение правил безопасности движения и эксплуатации транспортных средств лицами, управляющими транспортными средствами).

Таким образом, несмотря на то, что в УК РСФСР не было четкой классификации преступлений, некое ее подобие все-таки существовало в разрозненном виде, вытекало из положений различных статей УК. Вместе с тем было непонятно, как именовать все иные преступления, которые не попадали под определение тяжких и особо тяжких, да и эти две группы не отличались особой четкостью, перечень входящих в них преступлений был противоречивым и непоследовательным, давал возможность двоякого толкования, о чем уже говорилось выше. Еще более неопределенным было понятие пре-

ступлений, «не представляющих большой общественной опасности», так как толкование этого термина отдавалось полностью на усмотрение суда. Но в то же время нельзя не отрицать, что была предпринята попытка классификации преступлений, в основу которой были положены характер и степень общественной опасности деяния, которые определялись в первую очередь с учетом объекта посягательства и всех иных обстоятельств (признаков), отражающих степень вредоносности определенного деяния: формы вины, особенностей объективной стороны преступления, в том числе тяжести наступивших последствий, а также признаков субъекта. Так, к тяжким преступлениям, исходя из перечисленного, относилось только такое нарушение равноправия граждан (ст. 74 УК РСФСР), которое было совершено с применением насилия, обманом или угрозами, а равно должностным лицом (ч. 2 ст. 74 УК РСФСР) либо группой лиц, или повлекшее гибель людей, или иные тяжкие последствия (ч. 3 ст. 74 УК РСФСР).

УК РФ 1996 г. воспринял терминологию УК РСФСР, выделив также тяжкие и особо тяжкие преступления. Менее общественно опасные деяния были поделены на две группы: преступления небольшой тяжести и преступления средней тяжести. Критерием отнесения того или иного преступления к определенной категории был признан размер наиболее тяжкого наказания в виде лишения свободы. Следовательно, степень общественной опасности преступления определялась опосредованно через возможное наказание в рамках санкции статьи Особенной части. Если сравнивать в классификации преступлений в УК РСФСР и УК РФ наименее опасные преступления, то можно сделать вывод, что в некоторой части по своей сути они совпадали. К самой низшей по степени общественной опасности категории в УК РФ — преступлениям небольшой тяжести — относились умышленные и неосторожные деяния, максимальное наказание за которые не превышало 2 лет лишения свободы, или за них могли быть назначены другие более мягкие наказания. Выше уже отмечалось, что в УК РСФСР к самой низкой по степени общественной опасности категории преступлениям, не представляющим большой общественной опасности, относились умышленные или неосторожные деяния, за которые наказание в виде лишения свободы не превышало 1 года. Законодатель в новом УК проявил большую либеральность, так как верхняя планка у преступлений небольшой тяжести была поднята еще на 1 год — до 2 лет. Однако в целом сохранялась некая преемственность в терминологии и подходах к отнесению преступлений в ту или иную группу, исходя из размеров наказания, установленного в санкциях статей Особенной части УК РФ и

формы вины. Как писала Н.Ф. Кузнецова, «основанием классификации преступлений может быть их общественная опасность в целом либо конкретный признак преступного деяния, либо сочетание таких признаков»<sup>14</sup>.

Категории преступлений в УК РФ в первоначальной редакции ст. 15 выглядели следующим образом. К преступлениям небольшой тяжести относились умышленные и неосторожные деяния, за совершение которых максимальное наказание не превышало 2 лет лишения свободы. К преступлениям средней тяжести относились умышленные и неосторожные деяния, за совершение которых максимальное наказание не превышало 5 лет лишения свободы. Тяжкими признавались умышленные и неосторожные преступления, за совершение которых максимальное наказание не превышало 10 лет лишения свободы, особо тяжкими были лишь умышленные преступления, за которые было предусмотрено наказание в виде лишения свободы на срок свыше 10 лет или более строгое наказание. При категоризации учитывались и возможные наказания и форма вины.

Как видно из приведенной классификации, неосторожные преступления не признавались особо тяжкими, фактически и формально они располагались в пределах первых трех категорий. Однако со временем законодатель посчитал, что неосторожные преступления не могут входить в категорию тяжких, и Федеральным законом от 09.03.2001 № 25-ФЗ неосторожные преступления были выведены из круга тяжких преступлений. На сегодняшний день неосторожные преступления могут быть только двух категорий: небольшой или средней тяжести. Таким образом, приоритет был отдан форме вины, но не наказанию. Вместе с тем с этой позицией трудно согласиться, поскольку при данном подходе был проигнорирован такой признак, как характер общественной опасности, определяемый объектом посягательства, да и степень общественной опасности также не учитывалась в полной мере. Так, например, нарушение правил безопасности движения и эксплуатации железнодорожного, воздушного, морского внутреннего водного транспорта и метрополитена (ч. 3 ст. 263 УК), а также нарушение правил дорожного движения и эксплуатации транспортных средств (ч. 5 ст. 264 УК), повлекшие по неосторожности смерть 2 и более человек, и наказуемые лишением свободы на срок до 7 лет, тем не менее отнесены к преступлениям средней тяжести. Последнее деяние, совершенное лицом в состоянии опьянения и наказуемое на срок до 9 лет лишения свободы, также отнесено к преступлениям средней тяжести.

С таким подходом трудно согласиться, ведь виновный, лишивший жизни людей в результате сознательного нарушения соответствующих правил, получит более льготные условия при отбытии наказания, будет находиться в лучшем положении при применении условно-досрочного освобождения, сроков давности и т.п. Так, лицо, совершившее наезд на 2 пешеходов, закончившийся их смертью, и осужденное к 6 годам лишения свободы, может условно-досрочно освободиться от наказания через 2 года (после отбытия одной трети срока).

При обсуждении проекта Основ уголовного законодательства Союза ССР и союзных республик 1991 г., а также УК РФ, вносились предложения включить в классификацию отдельную категорию — «тяжкие неосторожные преступления». Думается, что в подобном предложении содержалось рациональное зерно. С позиций современного состояния неосторожной преступности, сопровождающейся причинением вреда жизни человека, представляется оправданным в определении тяжкого преступления (ч. 4 ст. 15 УК) внести дополнение следующего содержания: после слов «десяти лет лишения свободы», «а также неосторожные преступления, посягающие на жизнь человека и наказуемые на срок свыше пяти лет». Все иные неосторожные преступления, не повлекшие смерть человека, останутся в рамках преступлений средней тяжести.

В.А. Нерсисян внес предложение об установлении в УК РФ категорий отдельно для умышленных и неосторожных преступлений<sup>15</sup>. Последние подразделялись на преступления небольшой тяжести, средней тяжести и преступления, повлекшие особо тяжкие последствия, за совершение которых максимальное наказание превышает 5 лет лишения свободы. Однако с подобным предложением трудно согласиться в связи с громоздкостью редакции ст. 15 УК и повторением одних и тех же положений, характеризующих и умышленные и неосторожные деяния небольшой и средней тяжести. Кроме того, термин особо тяжкие последствия является оценочным и не будет способствовать единообразному применению уголовного закона, в то время как предложенное нами определение четко очерчивает круг неосторожных преступлений, признаваемых тяжкими.

Реформирование уголовного закона о категориях преступлений продолжалось по линии либерализации, и Федеральным законом от 07.12.2011 № 420-ФЗ в ст. 15 УК были внесены изменения, в соответствии с которыми к преступлениям небольшой тяжести стали относиться умышленные и неосторожные деяния, макси-

<sup>14</sup> Кузнецова Н.Ф. Преступление и преступность. М.: Изд-во МГУ, 1969. С. 134.

<sup>15</sup> См.: Нерсисян В.А. Ответственность за неосторожные преступления: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2007. С. 29–30.

мальное наказание за которые не превышает 3 лет лишения свободы. Следует отметить, что редакционно эти изменения не были проведены надлежащим образом, поэтому если следовать строго букве закона, то получается, что преступления, за которые предусмотрены иные наказания, кроме лишения свободы, «повисают в воздухе», и не относятся ни к одной из категорий. Таких преступлений в УК РФ немало. Это — умышленное причинение легкого вреда здоровью (ч. 1 ст. 115 УК, ч. 1 ст. 116 УК, ст. 151<sup>1</sup> УК ст. 155 УК, ч. 1 ст. 156 УК), вандализм (ст. 214 УК) и ряд других. Безусловно, необходимо было указать в законе, что за преступления небольшой тяжести предусмотрено: «или иное более мягкое наказание».

Возвращаясь к категории преступлений небольшой тяжести, на наш взгляд, необоснованно был поднят верхний предел этой группы до 3 лет лишения свободы. В эту категорию теперь попадают деяния, характер общественной опасности которых не предполагает подобной оценки. Достаточно назвать некоторые из них. Это — преступления против жизни: убийство, совершенное при превышении мер, необходимых для задержания лица, совершившего преступление (ч. 2 ст. 108 УК), причинение смерти по неосторожности вследствие ненадлежащего исполнения своих обязанностей (ч. 2 ст. 109 УК), доведение до самоубийства (ст. 110 УК); против здоровья: умышленное причинение средней тяжести вреда здоровью (ч. 1 ст. 112 УК), истязание (ч. 1 ст. 117 УК); против общественной безопасности: вандализм, совершенный по экстремистским мотивам (ч. 2 ст. 214 УК), нарушение правил безопасности на объектах атомной энергетики (ч. 1 ст. 215 УК), приведение в негодность объектов жизнеобеспечения (ч. 1 ст. 215<sup>2</sup> УК); против основ конституционного строя и безопасности государства: публичные призывы к осуществлению экстремистской деятельности (ч. 1 ст. 280 УК), публичные призывы к осуществлению действий, направленных на нарушение территориальной целостности РФ (ст. 280<sup>1</sup> УК), организация деятельности экстремистской организации (ч. 1 ст. 282<sup>2</sup> УК); так называемые должностные преступления: нецелевое расходование средств государственных внебюджетных фондов (ч. 1 ст. 285<sup>2</sup> УК), получение взятки (ч. 1 ст. 290 УК). Невозможно скрыть удивление по поводу того, что посредничество во взяточничестве (ч. 1 ст. 291<sup>1</sup> УК) по сравнению с получением взятки наказывается до 5 лет лишения свободы и относится к категории преступлений средней тяжести!

Думается, что подобные метаморфозы произошли потому, что при переводе преступлений из одной категории в другую законодатель руководствовался лишь чисто арифметически-

ми приемами (цифровыми показателями), не принимая во внимание характер общественной опасности, опосредуемой объектом посягательства, а также ее степень. Как не вспомнить слова Н.Ф. Кузнецовой, прозвучавшие много лет назад, суть которых заключается в том, что исходить из установленных за преступления «санкций можно лишь при условии соответствующего пересмотра принятых санкций и подчинения их более глубокой качественной классификации преступлений по степени их тяжести (общественной опасности)»<sup>16</sup>.

Нельзя забывать и о том, что деление всех преступлений на категории — не декларация. Каждая категория предполагает как определенные ограничения для виновного (осужденного), так и послабления. Так, приведенные выше преступления, посягающие на жизнь и здоровье, тем не менее не лишают человека возможности быть освобожденным от уголовной ответственности в связи с деятельным раскаянием или примирением с потерпевшим, что нельзя признать вполне справедливым с точки зрения тех задач, которые стоят перед уголовным законодательством.

Подняв планку наказания для категории преступлений небольшой тяжести, законодатель не учел, что при этом и срок давности за такие преступления, следуя общей логике и системности, должен быть более высоким. Однако он для подобных деяний остался на прежнем уровне — 2 года (п. «а» ч. 1 ст. 78 УК). До сих пор законодатель не исправил свою оплошность! Категоризация преступлений была предпринята не ради самого процесса классификации, а для того чтобы «обеспечить дифференцированное, социально справедливое и юридически единообразное применение уголовного закона»<sup>17</sup>, что соответствовало бы всем параметрам характера и степени общественной опасности. Однако эта идея оказалась искаженной в связи с многочисленными дополнениями ст. 15 УК РФ, что особенно ярко проявилось в результате дополнения ст. 15 УК РФ частью шестой<sup>18</sup>. В соответствии с ее положениями в настоящий момент суд с учетом фактических обстоятельств преступления и степени его общественной опасности, а также при отсутствии отягчающих и наличии смягчающих обстоятельств, вправе изменить категорию пре-

<sup>16</sup> Кузнецова Н.Ф. Указ. соч. С. 142.

<sup>17</sup> Уголовный закон. Опыт теоретического моделирования. М.: Наука, 1987. С. 51.

<sup>18</sup> Изменения, внесенные в УК РФ Федеральным законом от 07.12.2011 г., без учета системного подхода внесли некоторую нечеткость в решение вопросов об избрании конкретной меры наказания. Так, в ч. 1 ст. 56 УК наложен запрет на назначение наказания в виде лишения свободы за совершение впервые преступления небольшой тяжести и при отсутствии отягчающих обстоятельств. Исключение составляют преступления, предусмотренные ч. 1 ст. 228, ч. 1 ст. 231 УК и ст. 233 УК. Оно не может быть реализовано, если лишение свободы является единственным видом наказания.

ступления на менее тяжкую, но не более чем на одну категорию. При этом должны быть соблюдены определенные требования, именуемые условиями, изложенные в данной норме и касающиеся вида наказания, а также и его срока, если было назначено наказание в виде лишения свободы. Конкретно эти условия сводятся к следующему: так, за преступление средней тяжести должно быть назначено наказание, не превышающее 3 лет лишения свободы, или другое более мягкое наказание; за тяжкое преступление — наказание, не превышающее 5 лет лишения свободы или другое более мягкое наказание; за особо тяжкое — не превышающее 7 лет лишения свободы. Как представляется, подобное нововведение в корне противоречит той основополагающей идее, на которой строится уголовное законодательство и в соответствии с которой преступность деяния определяется прежде всего его общественной опасностью. Даже при отсутствии отягчающих обстоятельств убийство остается преступлением против жизни человека, то есть характер его общественной опасности не изменяется, а наличие смягчающих обстоятельств не может изменить и степень его общественной опасности, тем более что все смягчающие обстоятельства, как правило, характеризуют либо личность преступника, либо мотивы, цели, обстоятельства совершения деяния, которые лежат за пределами состава преступления. Если же отдельные смягчающие обстоятельства и имеют отношение к признакам состава преступления, то они уже учтены законодателем и, как нам известно, не могут учитываться повторно (ч. 3 ст. 61 УК).

Критикуемое положение нельзя признать положительным, и более того, его следует назвать вредным, перечеркивающим принцип справедливости, в силу того что при отсутствии отягчающих и наличии смягчающих обстоятельств в УК уже содержится ряд норм, которые позволяют реализовать либеральные и гуманные подходы к правонарушителю. Так, при отсутствии отягчающих и наличии смягчающих обстоятельств, предусмотренных п. «и» и (или) «к» ч. 1 ст. 61 УК, срок или размер наказания не могут превышать двух третей максимального срока или размера наиболее строгого вида наказания, предусмотренного статьей особенной части УК (ч. 1 ст. 62 УК); при отсутствии отягчающих и наличии смягчающих обстоятельств, предусмотренных п. «и» ч. 1 ст. 61 УК, в случае заключения досудебного соглашения срок или размер наказания не могут превышать половины максимального срока или размера наиболее строгого вида наказания, предусмотренного статьей особенной части УК (ч. 2 ст. 62 УК). Часть 4 ст. 62 УК уточняет отдельные моменты, относящиеся к досудебному соглашению о сотрудничестве, заключенном

лицом. Если за совершенное преступление, исходя из санкции статьи, ему может быть назначено пожизненное лишение свободы или смертная казнь, они не назначаются, а срок или размер наказания не могут превышать двух третей максимального срока или размера наиболее строгого наказания в виде лишения свободы, предусмотренного статьей Особенной части УК (ч. 1 ст. 62 УК). Представим себе такую ситуацию: лицо совершило разбойное нападение с причинением тяжкого вреда здоровью человека и заключило досудебное соглашение о сотрудничестве при соблюдении всех положений, содержащихся в ч. 2 ст. 62 УК. При таком условии ему может быть назначено лишение свободы на срок не выше 7, 5 лет (половина от 15 лет). Суд назначает ему наказание в виде 7 лет лишения свободы и, руководствуясь ч. 6 ст. 15 УК, понижает категорию преступления с особо тяжкого на тяжкое.

Вместе с тем в уголовном законе не указана цель, которую преследует данное нововведение, не нашло в нем отражение и соотношение данной новеллы с иными нормами, в которых те или иные правовые последствия для осужденного зависят от категории совершенного преступления.

Возникает несколько вопросов, на которые уголовный закон в действующей редакции не дает ответа.

Каким образом влияет изменение категории преступления на дальнейшую судьбу осужденного, если вспомнить о таких институтах, как условное осуждение; условно-досрочное освобождение; отсрочка исполнения приговора; погашение судимости? Так, в приведенном выше примере реальное особо тяжкое преступление, которое и осталось таковым по своей сути, теперь фиктивно стало преступлением иной категории. Следовательно, преступник незаслуженно оказывается в более льготном положении, поскольку, видимо, и условно-досрочное освобождение, и погашение судимости будут определяться по правилам, имеющим отношение к тяжким преступлениям. Ему надо будет отбыть половину срока назначенного наказания против двух третей для условно-досрочного освобождения (п. «б» ч. 3 ст. 79 УК); судимость будет погашена по истечении 8 лет (п. «г» ч. 3 ст. 86 УК) против 10 лет. Наряду с этим улучшение положения лица в отношении названных институтов не произойдет в случае понижения категории со средней тяжести на преступление небольшой тяжести, поскольку указанные сроки и для преступлений небольшой и средней тяжести — одинаковые: соответственно одна треть, как в п. «а» ч. 3 ст. 79 УК, так и в п. «в» ч. 3 ст. 86 УК. Таким образом, законодатель, как это происходит часто в последнее время, не только не учел системный подход при введении дополнений, но в основном улучшил положение лиц, совершивших тяжкие и особо тяжкие преступления.

Нельзя не отметить, что, на наш взгляд, понижение категории преступления, которое отражается на применении иных институтов Общей части УК, не имеет под собой строгих законодательных оснований. Так, в ст. 86 УК при установлении сроков погашения судимости говорится о лицах, «осужденных к лишению свободы» за преступления определенной категории. Поскольку в ч. 6 ст. 15 УК в качестве неременного условия понижения категории преступления указываются определенные сроки лишения свободы (не более 3 лет за преступления небольшой тяжести, 5 лет — за преступления средней тяжести и т.д.), которые уже назначены судом виновному до понижения категории, то следует придти к выводу, что при определении сроков погашения судимости нужно руководствоваться не «новой» категорией преступления, а той, которая действительно отражает степень его общественной опасности. В таком случае становится не совсем понятным смысл нововведения, содержащегося в ч. 6 ст. 15 УК, которое явно было направлено на гуманизацию и либерализацию уголовно-правового воздействия.

Нестыковка положений ч. 6 ст. 15 УК и ст. 86 УК очевидна. Видимо, наряду с введением новой части ст. 15 УК, надо было внести корреспондирующие дополнения и в ст. 86 УК примерно следующего содержания. Если в отношении осужденного лица применялись положения ст. 15 УК о понижении категории совершенного им преступления, то сроки погашения судимости при осуждении за преступление средней тяжести составляют новый пониженный период (например, 2,5 года); при осуждении за тяжкие и особо тяжкие преступления также уменьшаются до определенного предела (например, до 7 лет и 9 лет соответственно).

Что касается условно-досрочного освобождения, то также неясно, какую категорию преступления («старую» или «новую») следует иметь в виду. Полагаем, что все-таки ту, которая изначально отражает степень общественной опасности содеянного, так как в ч. 3 ст. 79 УК прямо говорится о том, что необходимо отбыть определенную часть «срока наказания, назначенного за преступление». Как явствует из ч. 6 ст. 15 УК, суд сначала назначает наказание за преступление определенной категории, а потом переводит его в иную категорию.

Как и в случае с погашением судимости, надо было внести соответствующие дополнения и в ст. 79 УК. Они четко определили бы одно из возможных последствий понижения категории преступления: либо исчисление необходимого к отбытию срока следует производить в зависимости от «назначенного наказания» (то есть истинной категории преступления), либо установить какие-то определенные льготы для лиц, к которым были применены положения ч. 6 ст. 15 УК.

Наконец, последнее, что хотелось бы отметить в связи с поднятой проблемой, это порядок определения вида исправительного учреждения при осуждении к лишению свободы. В ст. 58 УК, как и в приведенных выше, акцент сделан на том, что лицо «осуждено» за совершение преступления определенной категории, то есть ему назначено наказание без учета понижения категории. Следовательно, необходимо было бы также уточнить в самой уголовно-правовой норме, как влияет (или не влияет) понижение категории на избрание вида исправительного учреждения.

Основная идея, которой мы руководствовались, исследуя правомерность дополнения ст. 15 УК новыми положениями, заключается в том, что они находятся в противоречии с истинной общественной опасностью содеянного, которая волюнтаристски понижается, чем нарушается принцип законности. В свете сказанного, мягко говоря, вызывает недоумение п. 26 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 27.06.2013 № 19 «О применении судами законодательства, регламентирующего основания и порядок освобождения от уголовной ответственности»<sup>19</sup>, в котором указано, что суд при изменении категории преступления на менее тяжкую «при наличии оснований, предусмотренных ст. 75, 76, 76.1 и 78 УК РФ освобождает осужденного от отбывания назначенного наказания». Фактически создана новая норма уголовного закона, которая позволяет освободить лицо от уголовной ответственности после ее применения, поскольку указанные статьи содержатся в главе «Освобождение от уголовной ответственности».

Проведенный сопоставительный анализ ч. 6 ст. 15 УК и иных статей УК РФ, в том числе в контексте содержания общественной опасности, позволяет, как представляется, прийти к единственно правильному выводу о том, что ее следует исключить из уголовного закона, как неоправданно введенную и не отвечающую задачам уголовного законодательства.

#### Библиография:

1. Блинников В.А. Система обстоятельств, исключаящих преступность деяния в уголовном праве России. — Ставрополь: Ставроп. гос. ун-т, 2001. — 235 с.
2. Дурманов Н.Д. Понятие преступления. — М.: Изд-во АН СССР, 1948. — 315 с.
3. Кузнецова Н.Ф. Преступление и преступность. — М.: Изд-во МГУ, 1969. — 232 с.

<sup>19</sup> Российская газета. 2013. 5 июля.

4. Наумов А.В. Российское уголовное право. Общая часть. — 2-е изд. — М.: Юрид. лит., 2000. — 496 с.
5. Полный курс уголовного права: в 5 т. Т. 1: Преступление и наказание / под ред. А.И. Коробеева. — СПб.: Юрид. центр Пресс, 2008. — 1131 с.
6. Пудовочкин Ю.Е. Учение о преступлении. — М.: Юрлитинформ, 2009. — 224 с.
7. Уголовное право России. Общая часть: учебник / под ред. Н.М. Кропачева, Б.В. Волженкина, В.В. Орехова. — СПб.: Изд. дом СПбГУ, 2006. — 1061 с.
8. Уголовное право России. Части Общая и Особенная: учебник / отв. ред. А.И. Рарог. — М.: Проспект, 2013. — 496 с.
9. Уголовное право РФ. Общая и Особенная части: учебник / под ред. А.И. Чучаева. — М.: Контракт, Инфра-М, 2013. — 703 с.
10. Уголовный закон. Опыт теоретического моделирования. — М.: Наука, 1987. — 276 с.
11. Энциклопедия уголовного права. Т. 3: Понятие преступления / под. ред. В.Б. Малинина. — СПб.: Изд. проф. Малинина, 2005. — 522 с.

Материал поступил в редакцию 1 июня 2014 г.

### **PUBLIC DANGER AND ITS INFLUENCE (CONSIDERATION) IN CONSTRUCTION OF THE NORMS OF THE GENERAL PART OF THE CRIMINAL CODE OF THE RUSSIAN FEDERATION**

**Ustinova, Tamara Dmitrievna** — Doctor of Law, Professor of the Department of Criminal Law of the Kutafin Moscow State Law University.

[td\_ustinova@rambler.ru]

125993, Russia, Moskva, ul. Sadovaya-Kudrinskaya, 9.

**Review.** *The category of public danger, which is used in criminal legislation, is viewed as the basis for dividing crimes into categories under Art. 14 of the Criminal Code of the Russian Federation. Contents of public danger and classification of crimes are analyzed from the standpoint of current criminal law and the doctrine of criminal law, as well as in its historical aspect, with due consideration for the Criminal Code of the RSFSR. Attention is paid to the insignificant act and the criteria for its distinction, cases when a person is brought to administrative responsibility. The author substantiates the need to amend the category of grave crimes with negligent crimes against human life with criminal punishment of over 5 years of imprisonment. The author substantiates the viability of return to the initial definition of crimes of insignificant gravity as crimes with punishment of no more than 2 years of imprisonment. The author criticizes the provisions of p. 6 of Art. 15 of the Criminal Code of the Russian Federation from the standpoint of systemic character of criminal law, proving the need to exclude it from the Criminal Code of the Russian Federation.*

**Keywords:** *public danger, degree and character of public danger, insignificant act, categories of crimes, crimes of insignificant gravity, crimes of medium gravity, grave and especially grave crimes.*

#### **Bibliography:**

1. Blinnikov V.A. System of circumstances excluding criminality of an act in the criminal law of the Russian Federation. — Stavropol': Stavrop. gos. un-t, 2001. — 235 p.
2. Durmanov N.D. Definition of crime. — М.: Izd-vo AN SSSR, 1948. — 315 p.
3. Kuznetsova N.F. Crime and criminality. — М.: Izd-vo MGU, 1969. — 232 p.
4. Naumov A.V. Russian criminal law. General part. — 2<sup>nd</sup> ed. — М.: Yurid. lit., 2000. — 496 p.
5. Complete Course of Criminal Law: 5 v. V. 1: Crime and punishment / ed. by A.I. Korobeev. — СПб.: Yurid. tsentr Press, 2008. — 1131 p.
6. Pudovochkin Y.E. Teaching of crime. — М.: Yurlitinform, 2009. — 224 p.
7. Criminal law of Russia. General Part. Manual / ed. by N.M. Kropachev, B.V. Volzhenkin, V.V. Orekhov. — СПб.: Izd. dom SPbGU, 2006. — 1061 p.
8. Ugolovnoe pravo Rossii. Chasti Obshchaya i Osobennaya: uchebnik / ed. by A.I. Rarog. — М.: Prospekt, 2013. — 496 p.
9. Criminal law of Russia. General and Special Parts. Manual / ed. by A.I. Chuchaeva. — М.: Kontrakt: Infra-M, 2013. — 703 p.
10. Criminal law. Theoretical modeling experience. — М.: Nauka, 1987. — 276 p.
11. Encyclopedia of Criminal Law. V. 3: Definition of crime / ed. by V.B. Malinina. — СПб.: Izd. prof. Malinin, 2005. — 522 p.

## СИСТЕМА ОБСТОЯТЕЛЬСТВ, ИСКЛЮЧАЮЩИХ ПРЕСТУПНОСТЬ ДЕЯНИЯ

**Аннотация.** В статье приводятся аргументы, свидетельствующие о неточности названия гл. 8 УК, поскольку в нормах, включенных в нее, определяется не только обстановка, но и параметры поведения человека, которое, несмотря на причинение вреда, не признается преступлением. Предлагается заменить существующее название главы на «Разрешенное причинение вреда при обстоятельствах, исключающих преступность деяния». Показываются отличия обстоятельств, исключающих преступность деяния, от обстоятельств, исключающих уголовную ответственность. Положения гл. 8 УК рассматриваются с позиции их системности и полноты. Выделяются и анализируются наиболее типичные признаки обстоятельств, исключающих преступность деяния, которые, по мнению автора, должны быть для них общими, «модельными». К ним отнесены: наделение лица правом на причинение вреда при наличии определенных оснований и обязательном соблюдении условий, содержащихся в ст. 37–42 УК; причинение вреда осознанным и волевым поведением человека; указание на то, что причинение вреда не является преступным; особая социальная сущность поведения, которое может быть признано общественно полезным, поскольку не только направлено на защиту интересов личности, общества, государства, но и реально способствует спасению этих ценностей, либо допустимым, целесообразным; наличие специальной цели. С помощью рассмотренных «модельных» признаков показывается недостаточная системность гл. 8 УК, инородность для нее положений о непреодолимом физическом принуждении и исполнении приказа. Анализируется сущность непреодолимого принуждения, делается вывод о том, что его следует отнести к одному из источников непреодолимой силы, которая до настоящего времени не нашла закрепления в УК. Рассматриваются возможности дополнения гл. 8 УК новыми обстоятельствами, делается вывод о желательности включения в нее норм о причинении разрешенного вреда при исполнении закона и о согласии лица на причинение вреда.

**Ключевые слова:** исключение преступности деяния, правомерное причинение вреда, общие признаки обстоятельств, необходимая оборона, крайняя необходимость, задержание преступника, непреодолимое принуждение, непреодолимая сила, исполнение приказа, невиновное причинение вреда, субъективное основание обстоятельств, объективное основание обстоятельств, исполнение закона, согласие потерпевшего.

Название гл. 8 УК РФ «Обстоятельства, исключающие преступность деяния» было заимствовано из теоретической модели уголовного закона, созданной отечественными юристами в 80-х гг. прошлого века<sup>1</sup>. Ранее в науке уголовного права были распространены разные термины: «обстоятельства, исключаю-

щие уголовную ответственность»<sup>2</sup>; «обстоятельства, исключающие общественную опасность деяния»<sup>3</sup>; «основания, уничтожающие преступ-

<sup>1</sup> См.: Уголовный закон. Опыт теоретического моделирования / отв. ред. В.Н. Кудрявцев, С.Г. Келина. М.: Наука, 1987. С. 119.

<sup>2</sup> См., например: Слуцкий И.И. Обстоятельства, исключающие уголовную ответственность. Л.: Изд-во ЛГУ, 1956.

<sup>3</sup> См., например: Пионтковский А.А. Учение о преступлении по советскому уголовному праву. М.: Госюриздат, 1961. С. 410; Милюков С.Ф. Обстоятельства, исключающие общественную опасность деяния. СПб.: Знание, 1998.

ность деяния»<sup>4</sup>; «обстоятельства, исключющие общественную опасность и противоправность деяния»<sup>5</sup>. Несмотря на такие различия, причинение вреда, не являющееся преступлением и разрешенное уголовным законом, в отечественной доктрине традиционно рассматривается как обстоятельство (иногда основание), что отражено и в действующем УК.

Однако является ли такой подход достаточно точным? Думается, что нет, поскольку под обстоятельством следует понимать не само поведение, а обстановку, события, влияющие на поведение человека. Так, в словаре С.И. Ожегова следующим образом поясняется термин «обстоятельство»: «явление, сопутствующее какому-либо другому явлению и с ним связанное. Условия, определяющие положение, существование кого-нибудь, чего-нибудь, обстановка»<sup>6</sup>. Вместе с тем в нормах гл. 8 УК определяется не только обстановка, но и параметры поведения человека, которое, несмотря на причинение вреда, не рассматривается как преступление. Это позволило некоторым авторам сделать вывод о неточности названия данной главы УК, с которым можно согласиться. Например, А.И. Трахов отмечал, что «наименование гл. 8 УК не соответствует содержанию, так как речь в ней идет не об обстоятельствах, исключющих преступность деяния, а о деяниях, совершенных при них»<sup>7</sup>. С.В. Пархоменко в названии своей монографии использовала термин «деяния, преступность которых исключается в силу социальной полезности и необходимости»<sup>8</sup>. Соглашаясь с социальной оценкой деяний, отметим в дополнение к этому, что рассматриваемые нормы содержат указание не только на деяния, но и на причиненный вред, и именно на последнем в них делается акцент.

Существующее название гл. 8 УК представляется неудачным и в ином аспекте. В уголовном законе содержится еще ряд обстоятельств, которые не в меньшей степени, чем включенные в указанную главу, могут быть отнесены к обстоятельствам, исключющим преступность деяния в широком смысле слова, хотя их социально-правовая природа абсолютно иная. Таковыми являются, например, малозначитель-

ность деяния, невменяемость и т.п. Поэтому обоснованным видится вывод А.А. Тер-Акопова о возможности выделения в Общей части УК двух групп обстоятельств, исключющих преступность деяния<sup>9</sup>.

Первая группа обстоятельств (сначала условно назовем их «обстоятельствами в широком смысле слова», хотя возможным является и термин «обстоятельства, исключющие уголовную ответственность») находится за пределами гл. 8 УК и включает в себя разнообразные обстоятельства, в связи с которыми отсутствует один из признаков преступления либо какой-либо признак (признаки) состава. Совокупность всех признаков состава и уголовная противоправность деяния взаимосвязаны, хотя и далеко не тождественны, и при отсутствии даже одного признака состава нельзя говорить об уголовной противоправности деяния. Поэтому при невменяемости или недостижении возраста уголовной ответственности лицо, например, причинившее смерть другому человеку, совершает не преступление, а общественно опасное деяние. В доктрине преобладает мнение о том, что указанные обстоятельства следует именовать основаниями (или обстоятельствами), исключющими уголовную ответственность<sup>10</sup>, а некоторые из них — обстоятельствами, исключющими виновность деяния<sup>11</sup>. Термин «обстоятельства, исключющие уголовную ответственность» можно рассматривать как удачную альтернативу термину «обстоятельства, исключющие преступность деяния, в широком смысле слова», и в этом нет противоречия, поскольку в силу отсутствия признаков преступления или какого-либо признака состава преступления для уголовной ответственности нет основания, она невозможна. К тому же термин «обстоятельства, исключющие уголовную ответственность», применяемый к обстоятельствам, находящимся за пределами гл. 8 УК, позволяет точнее обозначить обособленность указанной группы. Видами таких обстоятельств в Общей части УК следует признать недостижение возраста уголовной ответственности, невменяемость, невиновное причинение вреда, добровольный отказ от преступления, приготовление к преступлениям небольшой или средней тяжести, малозначительность деяния.

Однако включение отдельными авторами в эту группу некоторых обстоятельств представляется ошибочным. Так, вызывает сомнение обо-

<sup>4</sup> См.: Таганцев Н.С. Русское уголовное право. Т. 1: Часть Общая. Тула: Автограф, 2001. С. 406.

<sup>5</sup> См., например: Курс советского уголовного права. Т. 1: Часть Общая / отв. ред. Н.А. Беляев, М.Д. Шаргородский. Л.: Изд-во ЛГУ, 1968. С. 460; Курбанов Г.С. Обстоятельства, устраняющие общественную опасность и противоправность деяния. Баку: Гянджлик, 1991.

<sup>6</sup> Ожегов С.И. Словарь русского языка. М.: Рус. язык, 1984. С. 374.

<sup>7</sup> Трахов А.И. Уголовный закон в теории и судебной практике: дис. ... д-ра юрид. наук. Майкоп, 2001. С. 29.

<sup>8</sup> См.: Пархоменко С.В. Деяния, преступность которых исключается в силу социальной полезности и необходимости. СПб.: Юрид. центр Пресс, 2004.

<sup>9</sup> См.: Тер-Акопов А.А. Преступление и проблемы нефизической причинности в уголовном праве. М.: Юрнота, 2003. С. 155.

<sup>10</sup> См., например: Орехов В.В. Необходимая оборона и иные обстоятельства, исключющие преступность деяния. СПб.: Юрид. центр Пресс, 2003. С. 20.

<sup>11</sup> См., например: Дагель П.С., Котов Д.П. Субъективная сторона преступления и ее установление. Воронеж: Изд-во Воронеж. ун-та, 1974. С. 203–207.

снованность объединения добровольного отказа от преступления, малозначительности деяния и освобождения от уголовной ответственности в связи с истечением сроков давности в одну группу. По мнению В.В. Орехова, в уголовно-правовых нормах, предусмотренных ст. 31, 78 и ч. 2 ст. 14 УК, «наличествуют все признаки преступления или неоконченного преступления, поэтому они имеют иную юридическую природу и не могут быть отнесены к обстоятельствам, исключающим преступность деяния»<sup>12</sup>. Думается, что приведенное положение можно адресовать только давности уголовной ответственности, которая применяется при отсутствии своевременного реагирования правоохранительных органов на совершенное преступление, если истекли предусмотренные законом сроки со дня совершения преступления и лицо не уклонялось от следствия и суда. Вместе с тем данный вывод неприменим к добровольному отказу и малозначительности. При добровольном отказе нет ни состава неоконченного, ни состава оконченного преступления, то есть отсутствует основание уголовной ответственности, а при малозначительности отсутствует признак общественной опасности в силу прямого указания закона (ч. 2 ст. 14 УК), и деяние не является преступлением. Следовательно, оба эти случая относятся к ситуациям исключения уголовной ответственности (а также и преступности деяния).

В уголовном законе нет специального перечня, который содержал бы указание на все обстоятельства, исключающие уголовную ответственность, но при анализе положений его Общей части можно со всей очевидностью утверждать, что к таковым относится широкий круг ситуаций. Они не имеют общего определения в законе, четко выраженной системы, расположены в разных разделах и главах УК, входят в разные институты, из которых их невозможно вычленишь и сосредоточить в одной главе Общей части УК. Так, добровольный отказ законодателем обоснованно рассматривается в контексте неоконченного преступления как поведение человека, который добровольно и окончательно прекратил приготовление либо деяние, непосредственно направленное на совершение преступления, осознавая возможность доведения преступления до конца. Невменяемость и недостижение возраста уголовной ответственности невозможно оторвать от характеристики субъекта, невиновное причинение вреда является компонентом института вины. Это обусловлено тем, что все они содержат негативные признаки, свидетельствующие в одних случаях об отсутствии субъекта преступления, а в других — об отсутствии вины. Единственным объединяющим правовым

последствием при содержательной разобщенности таких обстоятельств, их принадлежности к разным институтам, безусловно, является исключение оснований для уголовной ответственности лица.

Важно учитывать, что при невменяемости, недостижении возраста уголовной ответственности, невиновном причинении и иных перечисленных выше обстоятельствах, исключающих уголовную ответственность, деяние (за исключением малозначительности и добровольного отказа) характеризуется общественной опасностью. Именно признак общественной опасности таких деяний и отсутствие правомерности причинения вреда демонстрирует их наиболее яркое отличие от поведения при обстоятельствах, предусмотренных гл. 8 УК. Вместе с тем в доктрине предлагается все эти обстоятельства и положения гл. 8 УК рассматривать с позиции единой группы обстоятельств, исключающих уголовную ответственность. При этом высказывается мнение о бесполезности акцентирования внимания на своеобразии социальной сущности поведения при двух указанных группах обстоятельств, поскольку их объединяет общее правовое последствие — «невозможность наступления уголовной ответственности»<sup>13</sup>. Правильность такого подхода вызывает сомнения, поскольку социальная характеристика поведения далеко не безразлична отечественному уголовному законодательству и праву, на ее основе создано формально-материально понятие преступления, она входит в понятие деяния, последствий, форм вины, учитывается при назначении наказания, освобождении от уголовной ответственности и наказания и т.п. Именно социальные свойства деяния позволяют законодателю предусмотреть определенные виды разрешенного причинения вреда, объединив их на этом основании в гл. 8 УК.

Еще меньше оснований имеется для объединения под общим названием «условия безнаказанного совершения лицом преступного деяния» обстоятельств, исключающих уголовную ответственность, обстоятельств, предусмотренных гл. 8 УК, а также назначения наказания по совокупности преступлений, освобождения от уголовной ответственности и наказания и некоторых иных институтов, как это было осуществлено А.М. Смирновым<sup>14</sup>. Указанный автор считает, что все эти самостоятельные институты Общей части объединяет то, что лицо остается «безнаказанным за совершенное преступление»<sup>15</sup>. Противоречивость такого подхода связана с ошибочным

<sup>12</sup> Орехов В.В. Указ. соч. С. 21.

<sup>13</sup> Дорогин Д.А. Обстоятельства, исключающие уголовную ответственность. М.: Юрлитинформ, 2013. С. 225, 251.

<sup>14</sup> См.: Смирнов А.М. Уголовно-правовая безнаказанность. М.: Юрлитинформ, 2014. С. 86–393.

<sup>15</sup> См.: Там же. С. 4.

объединением преступного и непроступного поведения.

Отметим, что причинение вреда при обстоятельствах, исключающих уголовную ответственность, не является разрешенным. Совсем иными являются положения гл. 8 УК, наделяющие лицо правом на причинение вреда при наличии определенных оснований и обязательном соблюдении условий, содержащихся в ст. 37–42 УК. Верной видится позиция авторов, которые относят эти нормативные положения к управомочивающим. Так, В.П. Коняхин отмечает: «Управомочивающие предписания, закрепленные в Общей части УК, наделяют участников уголовно-правовых отношений субъективными правами, указывают на возможность активного использования предоставленных им дозволений»<sup>16</sup>. К тому же нормы гл. 8 УК характеризуются своеобразием, связанным с тем, что в отличие от большинства управомочивающих положений Общей части УК, они наделяют правами всех, а не только должностных лиц органов дознания, следствия и суда. Эти нормы играют важную роль в ограничении преступлений от не являющегося преступным поведения человека, вынужденно причиняющего разрешенный уголовным законом вред, и стимулируют общественно полезное поведение, поскольку деяние, несмотря на причиненный вред, не признается преступлением. Таким образом, логичным представляется в качестве возможного варианта более точного названия гл. 8 УК предложить «Разрешенное причинение вреда при обстоятельствах, исключающих преступность деяния».

Для того чтобы понять сущность обстоятельств, включенных в гл. 8 УК, полноту и системность ее положений, важно выявить их общие черты или признаки. В доктрине не существует единой позиции в отношении таких признаков. Так, Н.Г. Кадников выделяет три признака: 1) это акты человеческого поведения, осуществляемые в форме действия либо бездействия при определенных условиях; 2) эти действия либо бездействие внешне схожи с признаками общественно-опасных деяний, запрещенных уголовным законом; 3) эти деяния законодатель признает правомерными, направленными на защиту охраняемых интересов или на достижение общественно полезных целей, но в некоторых случаях ответственность исключается в связи с отсутствием свободы воли у лица, вынужденного причинить вред<sup>17</sup>. На признак отсутствия свободы воли стоит обратить особое внимание. Действительно, в гл. 8 УК

есть обстоятельства, при которых отсутствует свобода воли, к ним относятся непреодолимое физическое принуждение и исполнение приказа. Но верным ли является подход законодателя к выделению таких видов исключения уголовной ответственности в гл. 8 УК, в которой логичнее сосредоточить только обстоятельства, при которых человек, вынужденно причиняющий вред, осуществляет осознанный и волевой выбор варианта поведения?

Представляется, что следует сосредоточить внимание на основных чертах обстоятельств, исключающих преступность деяния, которые могут быть названы «модельными» и в идеале должны быть общими для них всех, а отсутствие свободы воли к ним не относится.

В качестве первого признака отметим, что при таких обстоятельствах причиняется вред, который внешне напоминает какое-либо преступление, предусмотренное Особенной частью УК. Это может быть вред здоровью другого человека, его правам, уничтожение или повреждение чужого имущества, неуплата налогов и т.п. Характерно, что о причинении вреда речь идет во всех статьях рассматриваемой главы. На внешнем сходстве с определенным составом преступления в качестве обязательного признака обстоятельств, исключающих преступность деяния, обоснованно акцентировали внимание многие специалисты в области уголовного права<sup>18</sup>. Это позволило некоторым авторам сделать спорный вывод о том, что в деянии сохраняются все признаки определенного состава преступления, но исключается формальный признак преступности деяния<sup>19</sup>. Однако это именно внешнее сходство, и при более детальном анализе можно выявить, что всех признаков состава преступления при рассматриваемых обстоятельствах нет: во всяком случае, отсутствует вина, поскольку лицо осознает не общественную опасность, а общественную полезность или социальную целесообразность своего поведения по причинению вреда. К тому же вред причиняется при особых обстоятельствах, имеет вынужденный характер.

Во-вторых, вред причиняется поведением человека. Этот признак также должен быть общим, объединяющим все указанные обстоятельства, поскольку речь должна идти только о случаях разрешенного причинения вреда, а разрешать можно только акты поведения, в которых выражена свобода воли человека. Однако очевидным становится, что под такой признак не подпадает вред, причиненный под воздей-

<sup>16</sup> Коняхин В.П. Теоретические основы построения Общей части российского уголовного права. СПб.: Юрид. центр Пресс, 2002. С. 194.

<sup>17</sup> См.: Кадников Н.Г. Обстоятельства, исключающие преступность деяния. М.: Бизнес Ченел интернешнл, 1998. С. 4, 5.

<sup>18</sup> См., например: Баулин Ю.В. Основания, исключающие преступность деяния. Киев: Изд-во Киев, 1989. С. 19–23.

<sup>19</sup> См., например: Энциклопедия уголовного права. Т. 7: Обстоятельства, исключающие преступность деяния. СПб.: Изд-во проф. Малинина, 2007. С. 21 (автор главы — В.А. Блинников).

ствием непреодолимого физического принуждения, лишаящего человека возможности выразить свою волю в деянии (о поведении в такой ситуации можно вести речь только условно). Акт поведения человека должен быть осознанным и волевым<sup>20</sup>, то есть воля может быть выражена в деянии, хотя человек и сталкивается с определенными, нередко серьезными препятствиями и трудностями. Так, человек, причиняющий при задержании вынужденный вред лицу, совершившему преступление, осуществляет осознанный выбор варианта поведения и может руководить им. Более того, его поведение является целенаправленным. И опять необходимо отметить, что под этот признак никак не подпадает непреодолимое физическое принуждение, а также исполнение приказа.

В-третьих, согласно положениям УК поведение человека не является преступным, на что в ст. 37–42 УК содержится прямое указание. Но какова его социальная сущность? В доктрине чаще всего такое поведение рассматривается как общественно полезное или социально допустимое<sup>21</sup>. Вместе с тем распространение получила и позиция, согласно которой поведение следует признать общественно опасным<sup>22</sup>. С этой позицией трудно согласиться. Хотя такое поведение причиняет вред, носящий, как правило, вынужденный характер, но его социальная сущность выражается в том, что оно приносит существенную пользу, поскольку не только направлено на защиту интересов личности, общества, государства, но и реально способствует спасению этих ценностей.

Существует и формально юридический подход, согласно которому «важно не то, представляет ли то или иное деяние общественную опасность, важно то, что в любом случае уголовная ответственность лица не может наступить»<sup>23</sup>. Однако, с нашей точки зрения, такое общее последствие и для обстоятельств, исключающих уголовную ответственность, и для обстоятельств, предусмотренных гл. 8 УК, не препятствует оценке социальной направленности поведения по причинению вреда. Несмотря на невозможность наступления уголовной ответственности при невменяемости или недостижении возраста уголовной ответственности, бесспорным является вывод об общественной опасности такого поведения. Оценка же социальной сущности необходимой обороны является прямо противоположной.

<sup>20</sup> Этот признак в качестве обязательного выделял, в частности, Ю.В. Баулин. См.: Баулин Ю.В. Указ. соч. С. 18, 19, 23.

<sup>21</sup> См., например: Там же. С. 31–33.

<sup>22</sup> См., например: Блинников В.А. Обстоятельства, исключающие преступность деяния, в уголовном праве России. Ставрополь: Изд-во СГУ, 2001. С. 17.

<sup>23</sup> Дорогин. Д.А. Указ. соч. С. 225.

В-четвертых, рассматриваемое поведение человека осуществляется в особой обстановке и при наличии соответствующего основания причинения вреда. Например, в ситуации общественно опасного посягательства, совершаемого другим лицом, либо под влиянием стихийного бедствия или под воздействием физического (или психического) принуждения. Представляется, что можно вести речь не только об объективном, но и о субъективном основании причинения вреда при конкретном обстоятельстве, которое определяется целями, к которым стремился человек при совершении деяния. Уголовный закон связывает исключение преступности деяния не с внешними обстоятельствами как таковыми, а с выполнением человеком при этих обстоятельствах предусмотренных законом условий, то есть с определенными параметрами поведения человека, приведшего к причинению вреда. Для большинства обстоятельств, входящих в гл. 8 УК, цель поведения или указана в тексте закона, или вытекает с определенностью из его положений, поэтому наличие специальной цели, как представляется, необходимо для обоснованного вывода о том, что причиненный вред не является преступлением.

Вместе с тем в законодательное описание необходимой обороны не включена напрямую цель поведения по причинению разрешенного вреда, и в ч. 1 ст. 37 УК предусматривается, что причинение вреда осуществляется «при защите личности и прав обороняющегося или других лиц, охраняемых интересов общества или государства от общественно опасного посягательства». Однако из сущности этого обстоятельства вытекает обязательность цели защиты личности, общества, государства путем пресечения общественно опасного посягательства. Если лицо преследует иную цель, например цель мести в связи с имевшими место неприязненными отношениями, причиненный вред должен квалифицироваться как насильственное преступление на общих основаниях, а предшествующее поведение потерпевшего выступает в качестве смягчающего наказание обстоятельства.

При осуществлении необходимой обороны может возникнуть состояние сильного душевного волнения, но правомерное причинение вреда посягающему по внутренне присущей такому поведению цели защиты необходимо отграничивать от убийства или умышленного причинения вреда здоровью в состоянии аффекта, когда целью является отмщение, кара.

Думается, что указание на цель необходимой обороны необходимо закрепить в законе путем замены в ч. 1 ст. 37 УК предлога «при» на предлог «для» или путем включения в данную статью УК дополнительно текста: «целью необходимой обороны является защита охраняемых

законом интересов личности, общества и государства путем пресечения общественно опасного посягательства».

Специальное указание на цель поведения содержится в трех статьях гл. 8: ст. 38, 39 и 41 УК. Мысль законодателя в отношении крайней необходимости нашла более четкое выражение, чем в отношении необходимой обороны: в ч. 1 ст. 39 УК указывается на причинение вреда «для устранения опасности, непосредственно угрожающей личности и правам данного лица или иных лиц, охраняемым интересам общества или государства». Это позволяет сделать вполне определенный вывод об обязательности для крайней необходимости цели устранения опасности более ценному благу. Кстати, ч. 2 ст. 36 УК Республики Беларусь оперирует термином «цель предотвращения опасности», что представляется более точным.

Сущность поведения человека, причиняющего разрешенный уголовным законом вред под воздействием преодолимого физического или психического принуждения, весьма сходна с крайней необходимостью, поэтому его характеризует такая же, как и при крайней необходимости, цель устранения опасности более ценному благу, хотя указание на нее отсутствует в тексте ч. 2 ст. 40 УК. Что касается непреодолимого физического принуждения, то оно лишает принуждаемого возможности осуществить волевой акт поведения, а потому установление цели в этом случае лишено смысла.

В ч. 1 ст. 38 УК предусматривается, что вред при задержании причиняется для доставления лица, совершившего преступление, органам власти и пресечения возможности совершения им новых преступлений. Это свидетельствует о наличии цели задержания, которая позволяет отграничить правомерное причинение вреда от случаев самосуда, расправы над лицом, совершившим преступление, что должно квалифицироваться на общих основаниях. Необходимо обратить внимание на то, что цель причинения вреда при задержании сформулирована как комплексная, включающая в себя две составляющие. Обе цели предусмотрены как равнозначные (между ними стоит союз «и»), но условно можно говорить о ближайшей и отдаленной цели. Непосредственно с сущностью задержания связана ближайшая цель доставления преступника органам власти, но перспективная цель пресечения возможности совершения задерживаемым новых преступлений не менее значима в контексте общественно полезного поведения лица, причиняющего вынужденный вред задерживаемому.

Вместе с тем правильность указания в тексте закона на обязательное наличие двух целей вызывает сомнение. В случае, когда можно усмо-

треть одновременное наличие двух целей деяния человека, нужно установить, какая из них является приоритетной (цель, ради которой был осуществлен акт поведения). При характеристике деяния логично учитывать именно ее.

Противоречие, заложенное в тексте ч. 1 ст. 38 УК, можно было бы устранить путем замены союза «и» на союз «или» с тем, чтобы указанные цели воспринимались как альтернативные.

Кстати, необходимость наличия одновременно двух целей задержания в настоящее время препятствует возможности признания правомерности причинения смерти задерживаемому преступнику, даже в случае когда характер и степень общественной опасности совершенного им преступления (преступлений) особенно велики, а обстановка задержания была сложной.

Указание на цель содержится в ч. 1 ст. 41 УК, в которой она признается обязательным признаком обоснованного риска и определяется законодателем как общественно полезная. Такая цель заключается в стремлении лица добиться позитивного результата, представляющего существенный интерес для общества, государства, отраслей науки, производства и т.п. и свидетельствует о том, что риск осуществляется не из эгоистических побуждений лица, стремящегося к личной выгоде. Важно, что социально полезная цель при обоснованном риске должна быть не абстрактной, а конкретной и реально достижимой. Если вероятность ее реализации ничтожно мала, то действия носят авантюрный характер, и риск не может быть признан обоснованным.

Что касается цели исполнения приказа или распоряжения, то она в ч. 1 ст. 42 УК не предусмотрена. Лицо не причиняет осознанного вреда охраняемым уголовным законом интересам и выступает в качестве орудия, используемого тем, кто отдал приказ, то есть эти положения, по своей сути, очерчивают ситуацию невиновного причинения вреда исполнителем приказа, а внутренние связи с институтом разрешенного причинения вреда отсутствуют.

Краткое рассмотрение целей поведения человека при обстоятельствах, исключающих преступность деяния, свидетельствует об инородности для гл. 8 УК положений о непреодолимом физическом принуждении и исполнении приказа. Думается, что исполнение приказа лицом, обязанным подчиняться и не осознающим незаконности положений приказа (распоряжения), а потому и возможности причинения вреда охраняемым уголовным законом отношениям, должно рассматриваться как вариант невиновного причинения вреда в самостоятельной части ст. 28 УК. Непреодолимое физическое принуждение является одним из вариантов непреодолимой силы, исключающей возможность

волевого поведения человека. Однако отсутствие нормы о непреодолимой силе в целом является пробелом закона.

Выделим и пятый общий признак рассматриваемых обстоятельств. Поведение должно соответствовать определенным условиям правомерности причинения вреда, которые установлены уголовным законом и различны для разных обстоятельств. Только в случае соблюдения всех этих условий можно сделать вывод о наличии того или иного обстоятельства, исключающего преступность деяния, и правомерности причинения вреда. При нарушении условий правомерности причинения вреда деяние может быть признано преступлением, но ответственность за такое преступление в соответствии с п. «ж» ч. 1 ст. 61 УК смягчается.

С учетом выявленных общих черт, характеризующих обстоятельства, включенные в гл. 8 УК, можно сделать вывод о том, что поведение человека, причиняющего вред при таких обстоятельствах, не является не только уголовно противоправным, но и общественно опасным и должно признаваться правомерным.

Обстоятельства, исключающие преступность деяния, — это такие обстоятельства, при которых поведение человека, причиняющее вред, внешне совпадающий с признаками какого-либо преступления, но являющееся общественно полезным или социально допустимым, не признается преступлением. Анализируемыми обстоятельствами охватывается вся ситуация причинения вреда, включая его основание и условия. Так, в обстоятельство входит своеобразная «предыстория» правомерного поступка: предшествующие ему действия иных лиц, силы природы, функционирование техники и т.п. Поэтому, если характеризовать их более подробно, обстоятельства представляют собой совокупность условий, при которых поведение человека, направленное на достижение позитивной цели и вынужденно причиняющее разрешенный уголовным законом вред, внешне напоминаящий какое-либо преступление, признается общественно полезным или социально целесообразным.

На основе выявленных «модельных» признаков можно предложить следующие черты обобщенной модели нормы гл. 8 УК: не является преступлением вынужденное (за исключением необходимой обороны) причинение вреда деянием, совершенным в особой обстановке либо при особых обстоятельствах, с соблюдением условий, предусмотренных уголовным законом; лицо, осуществляющее волевое и осознанное поведение и причиняющее вынужденный вред, руководствуется социально полезной целью.

Как представляется, следует задуматься о логике построения гл. 8 УК. Очевидным становится, что непреодолимое физическое при-

нуждение и исполнение приказа выпадают из общей системы приведенных «модельных» признаков. Так, о поведении при непреодолимом принуждении речь можно вести только условно, это же относится и к исполнению обязательного для лица приказа. В этих случаях отсутствует волевое, а иногда и осознанное поведение и вина, речь, по сути, можно вести об отсутствии необходимых признаков состава, а в связи с этим о невиновном причинении вреда и посредственном исполнении. Думается, что логичнее было бы нормативные положения об исполнении приказа изъять из гл. 8 УК и переместить в ст. 28 УК.

Вместе с тем непреодолимому принуждению присущи существенные особенности, поэтому остановимся на нем подробнее, еще раз подчеркнув, что его логично рассматривать в качестве разновидности непреодолимой силы, которая пока еще не нашла закрепления в уголовном законе. Безусловно, непреодолимое принуждение среди иных источников непреодолимой силы характеризуется своеобразием, о котором не следует забывать, и оно обусловлено неправомерным воздействием одного человека на другого, подавляющим его волю, которому необходимо дать самостоятельную оценку. Высказанная нами ранее позиция о необходимости разделения непреодолимого и преодолимого принуждения и отнесения их к разным институтам<sup>24</sup> подвергалась в литературе критике за то, что «при этом теряется единая родовая сущность принуждения»<sup>25</sup>. Однако, как представляется, единая родовая сущность имеется не у преодолимого и непреодолимого принуждения, а у непреодолимой силы и преодолимого принуждения. При преодолимом принуждении человек находится под внешним давлением, но он способен проявить свободу воли и совершить волевое и осознанное деяние. При непреодолимом физическом принуждении такого акта поведения не осуществляется, поскольку воля человека полностью блокирована. Здесь имеет место вариант посредственного исполнения, то есть юридически деяние совершается тем лицом, которое оказало интенсивное, подавляющее волю воздействие на другого человека. А.И. Бойко, анализируя социально-правовой аспект физического принуждения и считая его вариантом «форс-мажора», справедливо отметил, что «лицо, которое испытывает интенсивное физическое воздействие, вынуждено действовать либо бездействовать вопреки собственным

<sup>24</sup> См.: Орешкина Т.Ю. Физическое или психическое принуждение как обстоятельство, исключающее преступность деяния // Уголовное право. 2000. № 1. С. 35.

<sup>25</sup> Веселов Е.Г. Физическое принуждение как обстоятельство, исключающее преступность деяния // Научные труды РАЮН. 2002. Вып. 2. Т. 1. С. 419.

расчетам и пониманию дозволенности поведения и причиняет вред другим лицам под существенным диктатом настоящих посягателей, то есть используется как простое орудие чужой злой воли»<sup>26</sup>.

Но возникает и вопрос о возможности непреодолимого психического принуждения. В теории уголовного права утвердилось мнение о том, что психическое принуждение всегда является преодолимым. Такая позиция нашла отражение и в тексте ч. 2 ст. 40 УК. Но так ли это бесспорно? Представим себе ситуацию, при которой к человеку применяется интенсивное психическое принуждение: под дулом пистолета его заставляют передать чужие материальные ценности. Преодолимо ли такое принуждение для обычного человека, не обладающего специальными навыками противодействия насилию? Думается, что воля человека под таким воздействием парализована, а принуждение непреодолимо.

Традиционно серьезной критике подвергалась позиция А.Н. Трайнина, который отмечал, что «лицо, действующее под непосредственной и явной угрозой смерти, может в некоторых случаях рассматриваться как механический исполнитель чужой воли»<sup>27</sup>. Но думается, что приведенная позиция заслуживает поддержки, поскольку непосредственная реальная угроза причинения смерти может полностью подавить волю человека.

Интерес представляют данные опроса психиатров и психологов относительно способности страха полностью подавлять волю человека, проведенного В.В. Калугиным: «75 % психиатров и психологов в результате опроса заявили, что страх перед физическим воздействием на лицо и его близких может полностью лишить человека способности произвольно руководить своим поведением»<sup>28</sup>. Таким образом, несмотря на серьезные споры, есть основания для того, чтобы еще раз задуматься о подавляющих волю человека возможностях психического принуждения, имеющего информационный характер.

Но следует учитывать и то, что существуют не только информационные способы воздействия на психику человека. Так, некоторые авторы относят гипноз к информационным, другие — к внеинформационным, а третьи — к промежуточным (пограничным) способам воздействия на психику человека. С последней позицией, думается, следует согласиться, исходя из механиз-

ма формирования гипнотического состояния<sup>29</sup>. Гипноз способен полностью блокировать собственную волю человека и навязать ему чужую. В словаре С.И. Ожегова гипноз определяется как «состояние, похожее на сон или полусон, вызываемое внушением и сопровождающееся подчинением воли спящего воле усыпляющего»<sup>30</sup>. Гипноз может выступить в роли психического принуждения, если от человека с помощью внушения добиваются выполнения каких-то действий, причиняющих вред общественным отношениям, и такое принуждение является непреодолимым.

И, наконец, есть способы, которые, без сомнения, оказывают именно внеинформационное воздействие на психику человека. Так, появились новые технические возможности и технологии воздействия на психику человека, например электронная стимуляция мозга, психотропные средства. Рассматривая разнообразие вариантов психического принуждения, Л.В. Сердюк отмечал, что «насильственное воздействие на психику человека возможно и в форме внеинформационного характера, то есть способами прямого воздействия на мозг, минуя сознание»<sup>31</sup>.

Во всех рассмотренных случаях, если указанные виды воздействия применяются, чтобы использовать другого человека как орудие для причинения вреда охраняемым уголовным законом общественным отношениям, и его волю удалось полностью заблокировать, имеет место непреодолимое психическое принуждение.

В связи с отмеченным, как представляется, в уголовном законе следовало бы предусмотреть положения, указывающие на возможность непреодолимости не только физического, но и психического принуждения, объединив их указанием на непреодолимость принуждения в целом. Психическое принуждение является непреодолимым, если в результате лицо, которое подвергалось его воздействию, было полностью лишено способности руководить своими действиями (бездействием). Такое непреодолимое психическое принуждение наряду с непреодолимым физическим принуждением является одним из возможных вариантов непреодолимой силы и должно быть в этом качестве включено в одну норму уголовного закона.

Имеющийся пробел в отношении регламентации положений о непреодолимой силе в уголовном законе можно восполнить, дав в Общей части УК определение ее понятия, указав на ее

<sup>26</sup> Бойко А.И. Бездействие, бездеятельность, ответственность. Ростов н/Д. Изд-во Рост. ун-та, 2002. С. 103–104.

<sup>27</sup> Трайнин А.Н. Общее учение о составе преступления. М.: Госюриздат, 1957. С. 135.

<sup>28</sup> Калугин В. В. Физическое или психическое принуждение как обстоятельство, исключющее преступность деяния: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2001. С. 22.

<sup>29</sup> См., например: Крашенинников А.А. Угроза в уголовном праве России. Проблемы теории и практики правового регулирования: дис. ... канд. юрид. наук. Ульяновск, 2002. С. 28.

<sup>30</sup> Ожегов С.И. Указ. соч. С. 113.

<sup>31</sup> Сердюк Л.В. Психическое насилие в преступлениях против социалистической собственности // Уголовно-правовая охрана экономической системы СССР. М.: ВИЛ, 1987. С. 35.

источники и правовые последствия. Место для такой нормы логичнее всего, как представляется, было бы определить сразу после понятия преступления в ст. 14<sup>1</sup> УК. Соглашаясь в принципе с нашим предложением о дополнении УК нормой о непреодолимой силе, С.В. Пархоменко признала предпочтительным место для данного положения отвести в ст. 28 УК<sup>32</sup>. Однако, по нашему мнению, акцент правильнее сделать не на отсутствии вины, а на невозможности совершения волевого деяния. Можно предложить такую характеристику непреодолимой силы: «не является преступлением причинение вреда под воздействием непреодолимой силы, то есть чрезвычайного и непредотвратимого для лица события, вызванного стихийными силами природы, экологическими катастрофами, социальными явлениями, общественными бедствиями, авариями и техногенными катастрофами, непреодолимым физическим либо психическим принуждением или иными обстоятельствами, в результате чего это лицо лишается возможности руководить своими действиями (бездействием)». В специальной литературе предлагалось и редакционно иное, но близкое по смыслу определение в уголовном законе непреодолимой силы с акцентом на том, что лицо не подлежит уголовной ответственности<sup>33</sup>.

В настоящее время ряд федеральных законов, упоминая об обстоятельствах, исключающих преступность деяния, не раскрывает их оснований, условий правомерности причинения вреда и тем самым отсылает к нормам УК. Так, в ч. 3 ст. 18 Федерального закона от 07.02.2011 № 3 ФЗ «О полиции» указывается на то, что сотрудник полиции в состоянии необходимой обороны, в случае крайней необходимости или при задержании лица, совершившего преступление, при отсутствии у него необходимых специальных средств или огнестрельного оружия вправе использовать любые подручные средства, применять иное, не состоящее на вооружении полиции оружие. Таким образом, право на причинение вреда сотрудниками полиции в таких ситуациях не ограничено дополнительными специальными требованиями профессионального характера и определяется с учетом положений ст. 37, 38 и 39 УК РФ.

В доктрине давно ведется дискуссия о необходимости признания исполнения закона обстоятельством, исключающим преступность деяния<sup>34</sup>. Особенно очевидной своевременность таких изменений стала после вступле-

ния в силу Федерального закона от 06.03.2006 № 35-ФЗ «О противодействии терроризму». Согласно ст. 22 этого закона лишение жизни лица, совершающего террористический акт, а также причинение вреда здоровью или имуществу такого лица либо иным охраняемым законом интересам личности, общества или государства при пресечении террористического акта либо осуществлении иных мероприятий по борьбе с терроризмом действиями, предписываемыми или разрешенными законодательством РФ, являются правомерными. Указание в анализируемой статье на правомерность причинения вреда действиями, предписываемыми или разрешенными законодательством РФ, позволяет сделать вывод о том, что в качестве обстоятельства, исключающего преступность деяния, названо исполнение закона, которое необходимо предусмотреть в гл. 8 УК. В литературе высказана и другая точка зрения о том, что гл. 8 УК следует дополнить статьей о правомерности причинения вреда при пресечении террористического акта или при осуществлении разрешенных действий по борьбе с терроризмом<sup>35</sup>. Однако поскольку возможные ситуации правомерного причинения вреда при исполнении закона этим не ограничиваются, все же лучше предусмотреть в гл. 8 УК не частный случай, а общее положение универсального характера. В связи с этим было бы целесообразно дополнить уголовный закон ст. 42<sup>1</sup> следующего содержания: «Не является преступлением причинение вреда при исполнении закона для достижения общественно полезной цели, если иными средствами исполнить закон не представлялось возможным».

В доктрине также активно обсуждается вопрос о целесообразности включения в уголовный закон еще одного обстоятельства, исключающего преступность деяния, связанного с согласием лица на причинение ему вреда. Еще Н.С. Таганцев блестяще раскрыл суть согласия пострадавшего, чье субъективное право нарушает другое лицо, рассмотрев основные параметры этого обстоятельства, которые затем анализировались, а иногда и просто воспроизводились многими специалистами в области уголовного права<sup>36</sup>. Более 30 лет назад вышла в свет монография А.Н. Красикова «Сущность и значение согласия потерпевшего в советском уголовном праве»<sup>37</sup>. За последнее десятилетие потерпевшему в уго-

<sup>32</sup> См.: Пархоменко С.В. Указ. соч. С. 144–145.

<sup>33</sup> См.: Дорогин Д.А. Обстоятельства, исключающие уголовную ответственность: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2013. С. 13.

<sup>34</sup> См., например: Курс советского уголовного права. Т. II: Часть общая / под ред. А.А. Пионтковского. С. 342.

<sup>35</sup> См.: Рапог А.И. Некоторые направления совершенствования уголовного законодательства // Уголовное право: стратегия развития в XXI в.: материалы 4-й Междунар. науч.-практ. конф. М.: Проспект, 2008. С. 4.

<sup>36</sup> См.: Таганцев Н.С. Русское уголовное право. Т. 1: Часть Общая. Тула: Автограф, 2001. С. 399–405.

<sup>37</sup> См.: Красиков А.Н. Сущность и значение согласия потерпевшего в советском уголовном праве. Саратов: Изд-во Саратов. гос. ун-та, 1976.

ловном праве был посвящен ряд диссертаций, в которых затрагивалась и проблема его согласия. Однако вопрос о правовом значении волеизъявления человека на причинение другими лицами вреда правам и интересам, которыми он может свободно распоряжаться, не решен и в настоящее время. Вместе с тем не вызывает сомнения, что согласие лица все же и в настоящее время исключает преступность деяния по определенным категориям дел. Например, человек может принять решение об уничтожении своего имущества, поручить для этого совершение определенных действий другому человеку (например, разобрать дом, чтобы расчистить территорию своего земельного участка), и такое его решение обуславливает не преступность действий по сносу дома нанятым им рабочим. Нет признаков незаконного лишения свободы, если человека запирают в помещении по его просьбе. Но каковы границы, условия, параметры для признания согласия человека на причинение ему вреда обстоятельством, исключающим преступность деяния, остается неурегулированным законом. При анализе согласия лица важным является вопрос о том, каким его правам и интересам причиняется вред<sup>38</sup>. Безусловно, это должны быть его личные права, которыми он может свободно распоряжаться. К таковым относятся его честь, достоинство, свобода, собственность. Но всегда ли свободное распоряжение правами со стороны потерпевшего обуславливает не преступность причинения ему вреда? Человек вправе распорядиться своим здоровьем, но можно ли считать его согласие или просьбу к другому человеку обстоятельством, исключающим преступность причинения тяжкого или средней тяжести вреда его здоровью? Думается, что при этом должны присутствовать общественно полезная цель и позитивные мотивы, одобряемые общественной моралью. Такими являются цель спасения жизни или здоровья другого человека и мотив сострадания при выраженном лицом согласия на прижизненное донорство органов или тканей. Такое добровольное, то есть являющееся результатом свободного и осознанного волеизъявления потерпевшего, согласие способно дать только дееспособное лицо. Данного признака не будет, если согласие носит вынужденный характер, является результатом обмана или введения человека в заблуждение. По времени согласие должно предшествовать причинению вреда, недопустимо причинение иного вреда, то есть отклонение от содержания данного лицом согласия.

<sup>38</sup> В литературе справедливо отмечалось, что согласие лица на причинение вреда его правоохраняемым интересам не может быть абсолютным. См. об этом, например: Михайлов В.И. Согласие лица как обстоятельство, исключающее преступность деяния // Законодательство. 2002. № 2. С. 51–54.

Спорным является вопрос о том, закреплять ли положение о согласии лица на причинение ему вреда в гл. 8 УК. В научных исследованиях высказывались возражения против такого подхода, связанного с приданием данному обстоятельству универсального характера<sup>39</sup>. Однако подобного универсального характера можно избежать путем указания определенных градаций. При этом распоряжение своей физической, половой свободой, честью, имущественными правами со стороны дееспособного человека не должно быть чем-либо ограничено. Вместе с тем серьезной регламентации требует распоряжение своим здоровьем, поэтому правомерное согласие лица на причинение средней тяжести или тяжкого вреда его здоровью должно быть строго лимитированным, обусловленным невозможностью без этого спасти жизнь или здоровье другого человека и наличием общественно полезных мотива и цели. Что касается жизни человека, то никакое добровольное согласие не может придать правомерность причинению ему смерти.

Рассмотрение гл. 8 УК с позиции ее системности и полноты позволяет сделать следующие выводы.

1) Название гл. 8 УК представляется недостаточно точным. В нем акцентировано внимание на термине «обстоятельства», хотя важнее, что при определенных основаниях и с соблюдением необходимых условий предусматривается разрешенное законодателем причинение вреда. Более точным видится название «Разрешенное причинение вреда при обстоятельствах, исключающих преступность деяния». Социальные свойства деяния позволяют законодателю предусмотреть определенные виды разрешенного причинения вреда, объединив их на этом основании в гл. 8 УК.

2) В уголовном законе нет специального перечня норм, которые содержат обстоятельства, исключающие уголовную ответственность, но при анализе положений Общей части можно со всей очевидностью утверждать, что к таковым относится широкий круг ситуаций, которые не имеют единого определения в законе, четко выраженной системы, расположены в разных разделах и главах УК, входят в разные институты, из которых их невозможно вычленивать и сосредоточить в одной главе Общей части УК.

3) Принцип системности нарушен в связи с помещением в гл. 8 УК норм, предусматривающих непреодолимое физическое принуждение и исполнение приказа, которые не соответствуют общим признакам обстоятельств, исключающих преступность деяния.

<sup>39</sup> См: Газданова Е.К. Согласие потерпевшего в уголовном праве: понятие, характеристика, значение: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2011. С. 11.

4) Исполнение приказа, предусмотренное ч. 1 ст. 42 УК, следует признать разновидностью невиновного причинения вреда и переместить в ст. 28 УК. В ч. 2 ст. 42 УК характеризуется соучастие с разделением ролей, когда лицо, отдавшее приказ, выступает в роли организатора или подстрекателя, а исполнитель приказа по выполняемой им роли является исполнителем преступления. Данное положение не имеет никакого отношения к институту обстоятельств, исключающих преступность деяния, поэтому ч. 2 ст. 42 УК должна быть признана утратившей силу.

5) Непреодолимым может быть не только физическое, но и психическое принуждение. Непреодолимое принуждение оказывает воздействие, парализующее свободу воли принуждаемого, лишает его возможности совершить волевое, а иногда и осознанное деяние. Непреодолимое принуждение должно рассматриваться как один из источников непреодолимой силы.

6) Отсутствие в УК нормы о непреодолимой силе является пробелом, который необходимо восполнить, предусмотрев ст. 14<sup>1</sup> следующе-

го содержания: «Не является преступлением причинение вреда под воздействием непреодолимой силы, то есть чрезвычайного и непредотвратимого для лица события, вызванного стихийными силами природы, экологическими катастрофами, социальными явлениями, общественными бедствиями, авариями и техногенными катастрофами, непреодолимым физическим либо психическим принуждением или иными обстоятельствами, в результате чего это лицо лишается возможности руководить своими действиями (бездействием)».

7) Целесообразно дополнить гл. 8 УК ст. 42<sup>1</sup> следующего содержания: «Не является преступлением причинение вреда при исполнении закона для достижения общественно полезной цели, если иными средствами исполнить закон не представлялось возможным».

8) Главу 8 УК следует дополнить нормой, предусматривающей причинение вреда с согласия лица. Эта норма должна содержать серьезные ограничения, связанные с категорией причиняемого вреда, а также предусматривать наличие общественно полезной цели и мотива при распоряжении человеком своим здоровьем.

#### Библиография:

1. Баулин Ю.В. Обстоятельства, исключающие преступность деяния. — Харьков: Основа, 1991. — 360 с.
2. Баулин Ю.В. Основания, исключающие преступность деяния. — Киев: Изд-во Киев, 1989. — 48 с.
3. Блинников В.А. Обстоятельства, исключающие преступность деяния, в уголовном праве России. — Ставрополь: Изд-во СГУ, 2001. — 216 с.
4. Бойко А.И. Бездействие, бездеятельность, ответственность. — Ростов н/Д. Изд-во Рост. ун-та, 2002. — 114 с.
5. Веселов Е.Г. Физическое принуждение как обстоятельство, исключающее преступность деяния // Научные труды РАЮН. — 2002. — Вып. 2. — Т. 1. — С. 418–424.
6. Дагель П.С., Котов Д.П. Субъективная сторона преступления и ее установление. — Воронеж: Изд-во Воронеж. ун-та, 1974. — 243 с.
7. Дорогин Д.А. Обстоятельства, исключающие уголовную ответственность. — М.: Юрлитинформ, 2013. — 624 с.
8. Кадников Н.Г. Обстоятельства, исключающие преступность деяния. — М.: Бизнес Ченел интернешнл, 1998. — 65 с.
9. Коляхин В.П. Теоретические основы построения Общей части российского уголовного права. — СПб.: Юрид. центр Пресс, 2002. — 348 с.
10. Красииков А.Н. Сущность и значение согласия потерпевшего в советском уголовном праве. — Саратов: Изд-во Саратов. гос. ун-та, 1976. — 120 с.
11. Крашенинников А.А. Угроза в уголовном праве России. Проблемы теории и практики правового регулирования: дис. ... канд. юрид. наук. — Ульяновск, 2002. — 204 с.
12. Курбанов Г.С. Обстоятельства, устраняющие общественную опасность и противоправность деяния. — Баку: Гянджлик, 1991. — 123 с.
13. Курс советского уголовного права. Т. 1: Часть Общая / отв. ред. Н.А. Беляев, М.Д. Шаргородский. — Л.: Изд-во ЛГУ, 1968. — 648 с.
14. Милуков С.Ф. Обстоятельства, исключающие общественную опасность деяния. — СПб.: Знание, 1998. — 43 с.
15. Михайлов В.И. Согласие лица как обстоятельство, исключающее преступность деяния // Законодательство. — 2002. — № 2. — С. 67–72.
16. Орехов В.В. Необходимая оборона и иные обстоятельства, исключающие преступность деяния. — СПб.: Юрид. центр Пресс, 2003. — 217 с.
17. Орешкина Т.Ю. Физическое или психическое принуждение как обстоятельство, исключающее преступность деяния // Уголовное право. — 2000. — № 1. — С. 33–38.
18. Пархоменко С.В. Деяния, преступность которых исключается в силу социальной полезности и необходимости. — СПб.: Юрид. центр Пресс, 2004. — 267 с.
19. Пионтковский А.А. Учение о преступлении по советскому уголовному праву. — М.: Госюриздат, 1961. — 668 с.
20. Рарог А.И. Некоторые направления совершенствования уголовного законодательства // Уголовное право: стратегия развития в XXI в.: материалы 4-й Междунар. науч.-практ. конф. — М.: Проспект, 2008. — С. 3–10.
21. Сердюк Л.В. Психическое насилие в преступлениях против социалистической собственности // Уголовно-правовая охрана экономической системы СССР. — М.: ВИЛ, 1987. — С. 36–37.
22. Слуцкий И.И. Обстоятельства, исключающие уголовную ответственность. — Л.: Изд-во ЛГУ, 1956. — 118 с.

23. Смирнов А.М. Уголовно-правовая безнаказанность. — М.: Юрлитинформ, 2014. — 464 с.
24. Таганцев Н.С. Русское уголовное право. Т. 1: Часть Общая. — Тула: Автограф, 2001. — 800 с.
25. Тер-Акопов А.А. Преступление и проблемы нефизической причинности в уголовном праве. — М.: ЮрКнига, 2003. — 480 с.
26. Трайнин А.Н. Общее учение о составе преступления. — М.: Госюриздат, 1957. — 464 с.
27. Трахов А.И. Уголовный закон в теории и судебной практике: дис. ... д-ра юрид. наук. — Майкоп, 2001. — 370 с.
28. Уголовный закон. Опыт теоретического моделирования / отв. ред. В.Н. Кудрявцев, С.Г. Келина. — М.: Наука, 1987. — 276 с.
29. Энциклопедия уголовного права. Т. 7: Обстоятельства, исключающие преступность деяния. — СПб.: Изд-во проф. Малинина, 2007. — 778 с.

Материал поступил в редакцию 10 июня 2014 г.

### THE SYSTEM OF CIRCUMSTANCES EXCLUDING CRIMINALITY OF AN ACT

**Oreshkina, Tatiana Yurievna** — PhD in Law, Professor of the Department of Criminal Law of the Kutafin Moscow State Law University.

[oreshkina-t@yandex.ru]

125993, Russia, Moskva, ul. Sadovaya-Kudrinskaya, 9.

**Review.** *The article contains arguments proving lack of clarity in the title of Chapter 8 of the Criminal Code of the Russian Federation, since its norms provide not only for the circumstances, but also for the parameters of human behavior, which is not recognized as a crime, in spite of the fact that it causes damage. The author offers to change the existing title of the Chapter to «Permitted Causation of Harm in Circumstances Excluding Criminality of an Act». The author shows the differences between the circumstances excluding criminality of an act and the circumstances excluding criminal responsibility. The provisions of Chapter 8 of the Criminal Code are viewed from standpoints of their systemic and complete character. The author singles out and analyzes the most typical characteristic features of the circumstances excluding criminality of an act, which in the opinion of the author should be common «model» ones. They include: provision for a right of a person to cause harm in some circumstance with necessary compliance with the conditions provided for in Art. 37–42 of the Criminal Code of the Russian Federation; causing of damage by conscious and will-based behavior of an individual; provision that causing harm is not criminal, special social nature of such behavior, which maybe recognized as socially useful, since it is directed at the protection of interest of a person, society and state, and it truly facilitates their protection, acceptable and efficient; presence of a special goal. With the help of the said «model» characteristics, the author shows lack of systemic character in the provisions of Chapter 8 of the Criminal Code of the Russian Federation, showing alien character of provisions of irresistible physical coercion and performance of an order. The author analyzes the nature of irresistible coercion, and considers that it may be regarded as one of the sources of force majeure, which is not yet provided for in the criminal Code of the Russian Federation. The author also views the possibilities for the amending provisions of Chapter 7 of the Criminal Code of the Russian Federation with the new circumstances, and the conclusion is made that it is desirable to include into it the norms on permitted damage, when executing legal provisions, and the agreement of a person to the causation of damage.*

**Keywords:** *exclusion of criminality of an act, general characteristic features of circumstance, necessary defense, extreme necessity, arresting a criminal, irresistible coercion, performing an order, causing harm without guilt, subjective substantiation of circumstances, objective substantiation of circumstances, executing law, consent of a victim.*

#### Bibliography:

1. Baulin Y.V. Circumstances excluding criminality of an act. — Kharkiv: Osnova, 1991. — 360 p.
2. Baulin Y.V. Circumstances excluding criminality of an act. — Kiev: Izd-vo Kiev, 1989. — 48 p.
3. Blinnikov V.A. Circumstances excluding criminality of an act in criminal law of Russia. — Stavropol': Izd-vo SGU, 2001. — 216 p.
4. Boyko A.I. Failure to act, omission, responsibility. — Rostov-on-Don. Izd-vo Rost. un-ta, 2002. — 114 p.
5. Veselov E.G. Physical coercion as a circumstance excluding criminality of an act // Nauchnye trudy RAYuN. — 2002. — Ed. 2. — V. 1. — P. 418–424.
6. Dagal P.S., Kotov D.P. Subjective elements of a crime and establishing it. Voronezh: Izd-vo Voronezh. un-ta, 1974. — 243 p.
7. Dorogin D.A. Circumstances excluding criminal responsibility. — М.: YurLitinform, 2013. — 624 p.
8. Kadnikov N.G. Circumstances excluding criminality of an act. — М.: Biznes Chenel interneshnl, 1998. — 65 p.

9. Konyakhin V.P. Theoretical fundamentals of the formation of the General Part of the Russian Criminal Law. — SPb.: Yurid. tsentr Press, 2002. — 348 p.
10. Krasikov A.N. Nature and meaning of concept of a victim in Russian criminal law. — Saratov: Izd-vo Saratov. gos. un-ta, 1976. — 120 s.
11. Krasheninnikov A.A. Threat in criminal law of Russia. Problems of theory and practice of legal regulation. Dissertation Thesis for the PhD in Law. — Ulyanovsk, 2002. — 204 p.
12. Kurbanov G.S. Circumstances, excluding public danger and unlawfulness of an act. — Baku: Gyandzhlik, 1991. — 123 p.
13. Course of Soviet Criminal Law. V. 1 General part. / eds. N.A. Belyaev, M.D. Shargorodskiy. — L.: Izd-vo LGU, 1968. — 648 p.
14. Milyukov S.F. Circumstances excluding public danger of an act. — SPb.: Znanie, 1998. — 43 p.
15. Mikhaylov, V.I. Concept of a person as a circumstance excluding criminality of an act // *Zakonodatel'stvo*. — 2002. — № 2. — P. 67–72.
16. Orekhov V.V. Necessary defense and other circumstances excluding criminality of an act. — SPb.: Yurid. tsentr Press, 2003. — 217 p.
17. Oreshkina T.Y. Physical and psychological coercion as circumstances excluding criminality of an act // *Ugolovnoe pravo*. — 2000. — № 1. — P. 33–38.
18. Parkhomenko S.V. Acts, criminality of which is excluded due to social usefulness and necessity. — SPb.: Yurid. tsentr Press, 2004. — 267 p.
19. Piontkovskiy A.A. Teaching on crime under Soviet criminal law. — M.: Gosyurizdat, 1961. — 668 p.
20. Rarog A.I. Some directions for the improvement of the criminal legislation // *Criminal law: development strategy in the XXI century.: Materials of the 4<sup>th</sup> Scientific and Practical Conference*. — M.: Prospekt, 2008. — P. 3–10.
21. Serdyuk L.V. Psychological violence in crimes against socialistic property. // *Criminal law protection of the economic system of the USSR*. — M.: VIL, 1987. — P. 36–37.
22. Slutskiy I.I. Circumstances, excluding criminal responsibility. — L.: Izd-vo LGU, 1956. — 118 p.
23. Smirnov A.M. Criminal law impunity. — M.: Yurlitinform, 2014. — 464 p.
24. Tagantsev N.S. Russian criminal law. V. 1: General Part. — Tula: Avtograf, 2001. — 800 p.
25. Ter-Akopov A.A. Crime and problems of non-physical causation in the criminal law. — M.: Yurkniga, 2003. — 480 p.
26. Traynin A.N. General teaching on the elements of a crime. — M.: Gosyurizdat, 1957. — 464 p.
27. Trakhov A.I. Criminal law in theory and judicial practice. Dissertation Thesis for PhD in Law. — Maykop, 2001. — 370 p.
28. Criminal law. Experience of theoretical modeling / eds. V.N. Kudryavtsev, S.G. Kelina. — M.: Nauka, 1987. — 276 p.
29. Encyclopedia of Criminal Law V. 7: Circumstances excluding criminality of an act. — SPb.: Izd-vo prof. Malinina, 2007. — 778 p.

# СРАВНИТЕЛЬНОЕ ПРАВОВЕДЕНИЕ

ТИЛЬМАН БЕЦЦЕНБЕРГЕР (Tilman Bezenberger)\*  
МАРИ ФРАНС НИКОЛАС-МАГВИН (Marie France Nicolas-Maguin)\*\*

## ИМЕЕТ ЛИ СМЫСЛ ПРИНЦИП АБСТРАКТНОСТИ? СОПОСТАВИТЕЛЬНЫЙ АНАЛИЗ С ТОЧКИ ЗРЕНИЯ НЕМЕЦКОГО И ФРАНЦУЗСКОГО ПРАВА

**Аннотация.** Принцип абстрактности в немецком гражданском праве устанавливает, что передача права на предмет (например передача собственности на вещь) производится на основании самостоятельного договора, правовые последствия которого наступают независимо от того, существует ли для этого действительное обязательственное основание (например договор купли-продажи). В настоящей работе данный принцип исследуется в сравнении с французским правом, в котором не существует разделения на обязательственный договор и договор передачи собственности. Авторы приходят к выводу, что практические преимущества немецкого принципа абстрактности весьма ограничены. Конечно, данный принцип укрепляет безопасность и надежность правооборота, а также обеспечивает ясность в имущественных отношениях. Однако если речь идет о передаче собственности на вещь, французскому праву это удастся другими средствами, по меньшей мере так же успешно. В случае передачи требований и иных прав немецкий принцип абстрактности обладает определенными преимуществами, хотя и они не велики.

**Ключевые слова:** юриспруденция, принцип абстрактности в немецком праве, собственность, передача и приобретение собственности, требования, передача требований, добросовестное приобретение права собственности на вещь, договор купли-продажи, ничтожность договора, односторонний отказ от договора, защита добросовестных правоотношений.

### I. Введение

Главной целью всей совокупности частных правовых норм является обеспечение безопасности и надежности процесса передачи товаров. В хорошо развитой экономике существуют длинные цепочки приобретателей. Лицо А поставляет некий предмет лицу В, затем лицо В передает его лицу С и т.д. В результате отдельные звенья цепочки должны иметь возможность безопасного и надежного приобретения права собственно-

сти на этот предмет. Но в том случае если сделка между А и В признается недействительной или теряет силу, возникает вопрос, продолжает ли С являться собственником предмета или им является кто-то другой? Немецкое право отвечает на этот вопрос в том числе и посредством принципа разделения и принципа абстрактности: покупка и передача права на имущество представляют собой два отдельных договора, а юридическая сторона процесса передачи права на имущество не

© Bezenberger Tilman, 2015

\* Бецценбергер Тильман (Bezenberger Tilman) — доктор права (Dr. iur. habil.), профессор, заведующий кафедрой гражданского права, корпоративного права и европейского частного права юридического факультета Потсдамского университета (Германия).

14482, Deutschland, Potsdam, August-Bebel-Str. 89.

© Nicolas-Maguin Marie France, 2015

\*\* Николас-Магвин Мари Франс (Nicolas-Maguin Marie France) — emeritus Maître de conférences по гражданскому праву, Университета Paris Ouest Nanterre La Défense (Франция).

зависит от договора купли-продажи<sup>1</sup>. Немецкими юристами это рассматривается как ключ к научному правовому мышлению, но во Франции эта идея наталкивается на непонимание. Поскольку в соответствии с французским правом покупка и передача права на имущество представляют единое целое.

В дальнейшем речь пойдет не об интеллектуальном качестве немецких принципов разделения и абстрактности, что неоспоримо, но прежде всего о том, могут ли эти принципы иметь свои практические преимущества по сравнению с французским единством договора купли-продажи и передачи права на имущество. Исследование сконцентрировано на передаче движимого имущества и прав, в то время как право на земельный участок рассматривается отдельно, так как из-за ряда особенностей его сложнее сравнить с другими типами передачи, и рассмотрение этого института не добавит данному исследованию принципиально новых данных.

## II. Немецкий принцип разделения и абстрактности

### 1. Основные положения

В немецком праве покупка и передача собственности представляют собой два отдельных договора. Договор купли-продажи обязывает продавца передать покупателю собственность на вещь (§ 433 абз. 1 предл. 1 Гражданского кодекса ФРГ, далее — ГК ФРГ). Но он не передает собственность как таковую. Это происходит путем оформления дополнительного самостоятельного договора, который в случае если его предметом является вещь, можно назвать договором о передаче собственности на предмет (§ 929 ГК ФРГ), а в остальных случаях — договором о передаче прав<sup>2</sup>. Подобный принцип оформления двух договоров распространяется не только на куплю-продажу и передачу собственности на вещь, он действует также в отношении других обязательств (например, дарения или исполнения сделки от своего имени по поручению и в интересах третьего лица) и видов передач (а именно: требований или других прав). Таким образом, не обязывающий договор, а лишь отдельный договор передачи прав обеспечивает переход права от правообла-

теля к приобретателю. Подобный договор передачи прав является договором о распоряжении имуществом (правом) и лишь он изменяет правовое распределение прав в конкретной сделке. Для того чтобы облегчить понимание материи, речь сначала пойдет только о купле-продаже и о передаче собственности на предметы.

То, что купля-продажа и передача собственности оформляются двумя отдельными договорами, в Германии принято называть принципом разделения<sup>3</sup>. Принцип абстрактности дополняет его и устанавливает, что правовая действительность передачи собственности не зависит от вступления договора купли-продажи в силу, а также от его правовой действительности и дальнейшего действия. Таким образом, даже если договор купли-продажи недействителен или теряет силу по причине нарушений при его исполнении в результате выхода из него одной из сторон, или если договор купли-продажи вообще не был заключен, заключенный договор передачи собственности остается в действии. В этом случае приобретатель становится собственником предмета купли-продажи. Однако он в конечном счете не сохраняет предмет купли-продажи, так как он должен вернуть его отчуждателю во исполнение закона (§ 346, 812 ГК ФРГ). При этом речь здесь идет опять же об обязательстве, которое должно выполняться на основании (теперь уже нового) договора передачи собственности, только в обратном направлении. Только после этого отчуждатель опять становится собственником. Обязательство по восстановлению права собственности касается покупателя только по отношению к отчуждателю, но не касается последующих покупателей.

### 2. Правовые гарантии и защита добросовестных правоотношений как цель принципа абстрактности

Немецкий принцип разделения и абстрактности (в дальнейшем для упрощения — «принцип абстрактности») служит для обеспечения стабильности и надежности правоотношений и, в частности, для прояснения того, кто является собственником вещи<sup>4</sup>. Даже в том случае, если договор купли-продажи не заключен, или такого договора, имеющего силы, не существует, речь идет о фактической передаче собственности. В этом случае приобретатель становится собственником и на правах уполномоченного лица может передавать право собственности третьим лицам, а последний — четвертым лицам и т.д. Таким образом, последующие участники этой цепочки могут надежно и уверенно получать права на собственность. Прин-

<sup>1</sup> Методическая литература по этому вопросу для студентов: Jauernig O. Trennungsprinzip und Abstraktionsprinzip // JuS. 1994. S. 721–727; Petersen J. Das Abstraktionsprinzip // JURA. 2004. № 2. S. 98–102. Подробно: Stadler A. Gestaltungsfreiheit und Verkehrsschutz durch Abstraktion — Eine rechtsvergleichende Studie zur abstrakten und kausalen Gestaltung rechtsgeschäftlicher Zuwendungen anhand des deutschen, schweizerischen, österreichischen, französischen und US-amerikanischen Rechts. 1996. Критически к этому правовому институту относятся: Larenz K. Lehrbuch des Schuldrechts. Bd. II. Besonderer Teil. HalbBd. 1. 1986. S. 20 и след.

<sup>2</sup> В законе речь идет о «передаче собственности» (§ 929 ГК ФРГ в отношении движимости, § 925 ГК ФРГ в отношении земельный участок) или о «передаче» права на земельный участок (§ 873 ГК ФРГ) или о «передаче» и, в качестве синонима, об «уступке» требования (§ 398 ГК ФРГ) или иного права (§ 413 ГК ФРГ).

<sup>3</sup> Одни и те же лица на обоих уровнях договора имеют даже разные правовые обозначения. На уровне обязательств они называются продавцом и покупателем, заказчиком и исполнителем и т.д. А на уровне касающегося распоряжения имуществом договора о передаче права они называются отчуждателем и приобретателем, или cedentом и цессионером.

<sup>4</sup> Stadler A. Op. cit. S. 202, 534, 728.; Grigoleit H.C. Abstraktion und Willensmängel // AcP. 1999. № 199. S. 379, 382, 418 и след.

цип абстрактности не позволяет обстоятельствам, препятствующим действию обязательственных отношений между соответствующими сторонами или нарушениям в них, влиять на последующих участников в цепочке покупателей или третьих лиц. Вместе с тем принцип абстрактности подчеркивает еще один очень важный принцип гражданского права, а именно: относительность обязательственных отношений. С практической точки зрения, это особенно важно в случае спорности и сомнительности юридической силы договора или его последующего действия, потому что и в этом случае последующие участники правоотношений имеют надежную основу для планирования.

### 3. Где на практике используется принцип абстрактности

Тот факт, что речь идет о действительной передаче собственности, несмотря на недействительность договора купли-продажи или потерю им юридической силы, вполне реален. Прежде всего, сюда следует отнести односторонний отказ от договора. Односторонний отказ от договора расторгает только договор купли-продажи и обязует стороны договора вернуть полученное имущество (§ 346 ГК ФРГ), однако факт передачи права на собственность сохраняется в силе, и приобретатель остается собственником вплоть до того момента, пока он не возвращает продавцу права на собственность.

В отличие от этого, недостатки при вступлении договоров в силу очень часто распространяются как на договор купли-продажи, так и на договор передачи собственности. Так, законодательные запреты и так называемые добрые нравы, нарушение которых приводит к ничтожности договора (§ 134, 138 абз. 1 ГК ФРГ), направлены во многих случаях или даже в первую очередь против передачи права на собственность. И оспаривание вследствие того, что сделка была совершена в результате преднамеренного обмана или противоправной угрозы (§ 123 ГК ФРГ), аннулирует как факт купли-продажи, так и факт передачи права на собственность в том случае, если обе сделки были совершены в результате преднамеренного обмана или угрозы, что имеет место в большинстве случаев. В этих случаях принцип абстрактности в итоге бесполезен<sup>5</sup>.

Однако даже в случае вступления договоров в силу юридические последствия определенных недостатков отражаются только на договоре купли-продажи или на другом обязывающем договоре и не затрагивают договора передачи собственности. В отличие от договоров передачи собственности, обязывающие договоры в большинстве случаев сложнее, и потому в них легче допустить ошибку или нарушить их. Они определяют предмет обязательства,

связывают обязательства и ответные обязательства между собой (также в смысле временной последовательности), а также зачастую включают в себя положения о гарантиях и дополнительных обязательствах и т.д. Договор передачи собственности по своей сути, напротив, примитивен: право собственности на определенный предмет переходит от отчуждателя к приобретателю. Тут сложно ошибиться.

### III. Купля-продажа и приобретение права собственности во французском праве

#### 1. Договор купли-продажи передает права на собственность или не передает

Во Франции принцип абстрактности не используется. Напротив: в момент заключения договора купли-продажи право собственности на предмет купли-продажи переходит от продавца к покупателю (ст. 1583 Гражданского кодекса Франции, далее — ГК Франции)<sup>6</sup>. Таким образом, французский договор купли-продажи является обязывающим договором и одновременно договором о передаче собственности. Поэтому, в отличие от Германии, ничтожность сделки купли-продажи неизбежно влечет за собой недействительность передачи собственности на предмет купли-продажи; она имеет вещественное, предметное воздействие. Также обстоят дела, если ничтожность договора купли-продажи может заявляться только потерпевшей стороной договора и заявляется успешно, что соответствует немецкому правовому институту оспаривания<sup>7</sup>, или если договор купли-продажи расторгается в результате выхода из него одной из сторон. Аннулирование или оспаривание и расторжение договора (о чем далее пойдет речь более подробно) отражаются на моменте заключения договора, то есть в этих случаях покупатель не становится собственником (для сравнения см. расторжение договора в соответствии со ст. 1183 абз. 1 ГК Франции) и поэтому никогда не сможет передать право собственности на имущество другому лицу в соответствии с договором<sup>8</sup>. Ведь в соответствии с французским правом купля-продажа чужого имущества ничтожна (ст. 1599 ГК Франции) и не передает право собственности на него. Итак, если А продает некую вещь В, В продает ее С, а договор между А и В аннулируется или расторгается, то С в рамках своего договора купли-продажи, заключенного с В, не сможет приобрести право собственности на эту вещь.

Эти последствия внушают некоторое беспокойство. Закономерная цепочка предоставления

<sup>5</sup> Рассматривается ли покупка и передача права собственности на имущество в качестве одного договора (как во Франции) с признанием его целиком ничтожным, или они рассматриваются как два договора (как в Германии) и каждый из них признается ничтожным, в конечном счете здесь нет никакой разницы.

<sup>6</sup> А также ст. 1139 и 711 ГК Франции для прочих обязывающих договоров.

<sup>7</sup> Немецкому правовому институту оспаривания сделок соответствует во французском праве «nullité relative», правовой институт, на который распространяются правила ничтожности договоров.

<sup>8</sup> Malaurie Ph, Aynès L., Stoffel-Munck Ph, Les obligations. 5. Aufl. 2011. S. 351 (Tz. 722).

и передачи права собственности разрывается, и надежность правоотношений может быть нарушена. Но не стоит рассматривать французское право купли-продажи изолировано. Существенная составляющая проблемы, которая в Германии решается с помощью принципа абстрактности, решается во Франции другим способом.

## 2. Требование формального аннулирования и расторжения договоров в судебном порядке

Во Франции неопределенность и риски, связанные со вступлением в силу и последующей действительностью договоров, будут описаны ниже. В Германии значительные недочеты при заключении договора в силу закона немедленно приводят договор к ничтожности (§ 125, 134, 138 ГК ФРГ). И для оспаривания договоров в связи с недостатком волеизъявления, а также для одностороннего выхода из договора в Германии достаточно заявления пострадавшей стороны об оспаривании (§ 143 ГК ФРГ) или ее заявления о расторжении договора (§ 349 ГК ФРГ). Эти частные волеизъявления имеют правообразующее действие; сами по себе они аннулируют договор или делают его недействительным (§ 142 абз. 1, 346 абз. 1 ГК ФРГ). Во Франции, напротив, ничтожность договоров признается исключительно в судебном порядке (ср.: ст. 1304 и след. ГК Франции). Этот же принцип действует в отношении одностороннего отказа от договора, который во французском праве именуется его расторжением (ст. 1184, 1654 ГК Франции). На уровне общего договорного права это обеспечивает большие правовые гарантии. До тех пор пока судья не объявит договор ничтожным (не аннулирует его) или не расторгнет договор, договор имеет юридическую силу, а покупатель является собственником.

Однако надежность договорных цепочек во французском праве, в сущности, этим не обеспечивается. Хотя аннулирование и расторжение договоров во Франции происходит реже, а сами процессы прозрачнее, чем в Германии, но как во Франции, так и в Германии эти правовые действия таят в себе ряд проблем для хода дальнейших правоотношений. Французские стороны договора очень часто избегают расторжения договора в судебном порядке тем, что включают в договоры особые положения об отменительных условиях (ст. 1183 ГК Франции), которые в особенности касаются случаев нарушения договора. В этих случаях (то есть в случае нарушения) договор автоматически расторгается, и часто неясно, действителен он или нет, что аналогично ситуации в Германии. Но прежде всего, французские правила о необходимости судебного решения при аннулировании и расторжении договоров не являются «хорошим правом», потому что они становятся причиной чрезмерной загрузки судов. Поэтому французский юрист вряд ли сможет со

спокойной совестью скрываться за этими правилами от требований защиты добросовестных сделок, то есть того, чем руководствуется немецкий принцип абстрактности.

## 3. Защита правоотношений в результате добросовестного приобретения права собственности

Тот факт, что правовые гарантии и защита добросовестных правоотношений, и в частности надежность приобретения права собственности и его стабильность, являются наиважнейшими задачами, известно, конечно, и французскому праву. Оно включает в себя обширные положения, касающиеся добросовестного приобретения права собственности от неправомерного лица в силу договора, как это установлено в немецком праве (§ 892, 932 и след. ГК ФРГ), возможно во Франции лишь в значительно ограниченном объеме, а именно в тех случаях, если не только покупатель, но и общественность считают продавца собственником<sup>9</sup>. Но во французском праве имеются ярко выраженные правила о добросовестном приобретении собственности в силу закона. Приобретение права на владение движимым имуществом на правах собственника обосновывает право собственности, а именно немедленно (ст. 2276 абз. 1 ГК Франции), если оно осуществляется добросовестно, и имущество не было неправомерно утрачено изначальным собственником. Даже неправомерно утраченное имущество прежний собственник может затребовать у добросовестного владельца лишь в течение 3 лет (ст. 2276 абз. 2 ГК Франции); затем право собственности переходит владельцу. По существу, эти правила имеют много общего с немецким понятием приобретения права собственности по давности владения (§ 937 ГК ФРГ), но приобретение права собственности во Франции осуществляется быстрее и кардинальнее, в том числе посредством ускоренного приобретения права собственности по давности владения<sup>10</sup>.

## IV. Сравнение немецкого и французского права

### 1. Приобретение права собственности на движимое имущество

Различия между немецким и французским правом в случае приобретения движимого имущества на практике незначительны. Если во Франции договор купли-продажи аннулируется или расторгается, первый покупатель не становится собственником. Но последующие участники

<sup>9</sup> Malaurie Ph., Aynès L., Gautier P.Y. Les contrats spéciaux. 4 ed. Paris: Dalloz, 2009. P. 125 f.

<sup>10</sup> Особое внимание следует уделить исторической среде, в которой создавался Гражданский кодекс Франции (Code Civil) от 1804 г. Во время предшествующей революции большая часть церковного и государственного имущества попала в чужие руки, и новые владельцы хотели получить права на охрану имущества и защиту прав собственности.

могут добросовестно приобрести имущество. В Германии дела обстоят, в принципе, в итоге аналогично, если как договор купли-продажи, так и договор передачи собственности недействительны. И в этом случае первый покупатель не становится собственником, но последующие участники цепочки могут добросовестно приобрести право собственности на имущество, но не в столь широком объеме, как во Франции (§ 935 ГК ФРГ). Особенность немецкого принципа абстрактности обращает на себя внимание в тех случаях, когда силу теряет исключительно обязывающий договор, а не договор передачи собственности. В Германии приобретатель в этом случае становится собственником и имеет право передавать собственность дальше, не заботясь о добросовестности последующего приобретателя. Именно в этом заключается практическое отличие от Франции, где последующий приобретатель должен быть добросовестным.

Необходимо, однако, учесть, что добросовестность последних участников цепочки приобретателей, которые не соприкасаются с прежним ошибочным или расторгнутым договором, вряд ли можно оспорить, тем более что добросовестность во Франции, как и в Германии, предполагается законом. И если уж лицо добросовестно приобрело имущество, оно может абсолютно легально передать его на правах уполномоченного лица другому лицу, либо как во Франции в соответствии с договорами купли-продажи, либо как в Германии в соответствии с отдельными договорами передачи собственности. Немецкий принцип абстрактности, как правило, не оказывает особого влияния на последних участников цепочки приобретателей.

Что касается первых участников цепочки приобретателей, то для них, напротив, вряд ли может остаться незамеченным факт, что предшествующий договор купли-продажи недействителен или теряет свою юридическую силу. В соответствии с французским правом в этом случае прежний покупатель не становится собственником, поэтому следующий за ним недобросовестный участник цепочки не может приобрести собственность из его рук. В Германии, напротив, предыдущий приобретатель может стать собственником, несмотря на недействительный договор купли-продажи, и его правопреемник может приобрести собственность от него как уполномоченного лица вне зависимости от доброй воли. Здесь принцип абстрактности реально оказывает значительно большее влияние на защиту добросовестных сделок. Его влияние, однако, ограничено<sup>11</sup>, и материальное соблюдение справедливости остается под вопросом. По какой причине предыдущий собственник, отдавший свое движимое имущество в соответствии с недействительным или потерявшим юридическую

силу договором купли-продажи, и который теперь в соответствии с обязательственным правом может потребовать от приобретателя возврат этого имущества, достоин меньшей защиты, чем последующий приобретатель, который это знает или легко может узнать?

## 2. Передача прав

Лучшую службу, чем в случае приобретения движимого имущества, принцип абстрактности сослужит при купле-продаже и приобретении прав, например, требований или паев. В Германии передача права может остаться действительной и в том случае, если договор купли-продажи права теряет юридическую силу или расторгается в результате выхода из него одной из сторон. Тогда приобретатель становится правопользователем и может передавать его дальше так же, как и в случае движимого имущества. В отличие от этого, если во Франции договор купли-продажи права аннулируется или расторгается, перестает быть действительным сам факт передачи права. Покупатель не приобретает ничего предметного и поэтому ничего не может передать другим. Приведенное выше положение закона о том, что добросовестное приобретение права на владение обосновывает собственность (ст. 2276 абз. 1 ГК Франции), прав не касается. В этом случае в принципе не возможно добросовестное приобретение несуществующего или незаконно переданного права.

Однако права можно подтвердить пригодными к обращению ценными бумагами. В этом случае они, как и движимое имущество, могут приобретаться без злого умысла. Более того, и в остальном добросовестное приобретение прав не исключено в том случае, если закон предоставляет для этого достаточно крепкую правовую и доверительную основу. Так обстоят дела в случае требований в отношении Федеративной Республики Германия и некоторых федеральных земель, которые внесены в официальный реестр государственного долга<sup>12</sup>, или в случае долей участия в немецком обществе с ограниченной ответственностью (GmbH), если перечень участников общества, внесенный в Торговый реестр, указывает продавца в качестве участника общества (§ 16 абз. 3 Закона об обществах с ограниченной ответственностью ФРГ). Французское право заходит здесь дальше и облегчает, например в правоотношениях между предприятиями и банками, передачу определенных требований, которые перечислены в оформленном в соответствии со всеми формальностями письменном списке. Подобные требования могут

<sup>11</sup> См. выше в разделе II. 3.

<sup>12</sup> Закон о новом регулировании законодательства о реестре государственного долга Федерации и законодательной основе обслуживания государственного долга ФРГ (Bundeswertpapierverwaltungsgesetz — BWpVerwG) от 11.12.2001, BGBl I. 3519. Обзор см.: Kumpel/Bruski // Bankrechts-Handbuch / Schimansky/Bunte/Lwowski (Hrsg.). 4. Aufl. 2011. § 104. Rn. 80–84.

передаваться посредством передачи списка<sup>13</sup>. И за этим правилом скрывается идея защиты добросовестных правоотношений. Поэтому его (правило) следует понимать так, что требования переходят к приобретателю без учета их действительности или дальнейшего действия, положенного в их основу обязывающего договора. В итоге это правило весьма схоже с немецким принципом абстрактности.

Но за рамками этих исключений ни требования, ни прочие права не могут приобретаться добросовестно (то есть на основании веры в их законное происхождение). В этом случае принцип абстрактности действительно имеет практические преимущества для защиты правоотношений. Но не следует и переоценивать эти преимущества. Принцип абстрактности не помогает в случае отсутствия права владения у отчуждателя, он лишь отделяет передачу права от договора купли-продажи, положенного в ее основу, или от прочего обязывающего договора, и поэтому оказывает влияние только в тех случаях, когда сам по себе договор купли-продажи недействителен, но передача прав имеет силу. В случае приобретения прав это происходит сложнее, чем в случае приобретения движимого имущества. Если передача собственности отделяется от продажи вещи, как это происходит в Германии, в случае движимого имущества передача собственности на вещь весьма логично связана с фактической передачей самой вещи (§ 929 предл. 1 ГК ФРГ). Покупка и передача собственности зачастую расходятся по времени, так что обстоятельства в этот промежуток времени могут измениться и по-разному воздействовать на дальнейшие действия. Продажа и передача права происходят, напротив, в большинстве случаев одновременно, так что обстоятельства, негативно воздействующие на вступление в силу договора купли-продажи, намного проще отражаются на передаче прав. По этой причине сфера действия принципа абстрактности ограничивается при передаче прав главным образом только случаями выхода из договора одной из сторон. А продает и передает право В, затем выходит из договора, и В в это же время передает право С. Это возможно в Германии, потому что односторонний выход из договора делает недействительным только договор купли-продажи прав, но не передачу прав В, так что последний может действительно передать права С. Во Франции, напротив, подобная ситуация в правовом смысле весьма проблематична. Так как односторонний выход из договора купли-продажи делает недействительной предметную передачу права, В не становится владельцем права, и то, чем он не владеет, он в принципе не может передать дальше.

<sup>13</sup> Ст. L313–23 и след., в частности, ст. 313–27 (абз. 3) Свода законов о кредитно-денежном регулировании и финансовом контроле Франции (Code monétaire et financier), (так называемого *cession Dailly*).

## V. Общая оценка и перспективы

Немецкий принцип разделения и абстрактности проясняет и очерчивает разницу между обязательством и распоряжением. Подобное различие затрагивает важные моменты и рассматривается в немецком частнопрововом мышлении как нечто продуктивное. Однако, как показано выше, практическая польза принципа абстрактности для защиты добросовестных правоотношений не очень значительна. В случае движимого имущества для действенной защиты надежности и стабильности правоотношений, в принципе, достаточно правил о добросовестном приобретении, которые во Франции достаточно сильны и существуют и в Германии, но в несколько иной форме. Дополнительная польза от принципа абстрактности при покупке и приобретении движимого имущества заключается только в том, что последующий приобретатель может приобрести имущество и в случае, если он знает о недействительности или несостоятельности договора купли-продажи. Это несколько усиливает надежность товарооборота, но в смысле соблюдения справедливости остается сомнительным<sup>14</sup>. Кроме того, и прежде всего, в Германии, в соответствии с принципом абстрактности, требования и другие права могут действительно передаваться и в том случае, если договор купли-продажи, лежащий в основе подобной передачи, или другой обязывающий договор недействителен, или, что важнее с практической точки зрения, он теряет силу в результате выхода из него одной из сторон<sup>15</sup>. Это основная польза от принципа абстрактности. В определенной степени он облегчает процессы передачи прав.

Но должна ли быть на это направлена вся совокупность частнопрововых норм? Важное для правового мышления различие обязательства и распоряжения не требует с политико-законодательной точки зрения столь категоричного и далеко идущего отделения распоряжения от обязательства, как это происходит в Германии. Немецкое право делает различия даже в тех случаях, где различия не требуются. Для покупки и приобретения газеты в киоске требуются три договора, а именно: договор купли-продажи, договор передачи собственности на газету и договор передачи собственности на монеты. Принцип абстрактности предполагает значительные абстрактные мыслительные затраты на конструирование, противоречит объективному правовому сознанию и затрудняет понимание права неюрисстами. Для всей совокупности правовых норм нельзя однозначно сказать, имеют ли смысл эти усилия. В Германии принцип абстрактности отлаживался в течение нескольких поколений. Усилия, затраченные на мыслительные процессы и обоснования,

<sup>14</sup> См. выше в разделе IV.1. в заключении.

<sup>15</sup> См. выше в разделе IV.2.

по этой причине большей частью приходится на прошлое и в будущем теряют свою важность. Во Франции и в других странах, напротив, для внедрения принципа абстрактности необходим передел всего частноправового правопорядка. Степень благодарности тем, кто разгадает, смирились бы с этим французские юристы, до сих пор не определена.

Более того, совместный немецко-французский взгляд на проблемы приводит к осознанию того, что национальные правопорядки не настолько педантично следуют установленным принципам, как принято считать в соответствующих странах. Ни французский принцип единства, ни немецкий принцип абстрактности не могут решить всех про-

блем. Поэтому оба принципа местами нарушаются. Так в Германии, в случае экономически важной оговорки о сохранении продавцом права собственности на товар вплоть до его полной оплаты, передача собственности однозначно ставится в зависимость от судьбы договора купли-продажи, положенного в ее основу (§ 449, 158 ГК ФРГ), что противоречит принципу абстрактности. Во Франции, как было показано, передача требований при определенных предпосылках отделяется от обязывающего договора<sup>16</sup>, потому что принцип единства покупки и передачи собственности таит в себе некоторые проблемы, если речь идет о покупке и передаче прав. Абстрактность можно использовать точно, без какого-либо принципа.

#### Библиография:

1. Jauernig O. Trennungsprinzip und Abstraktionsprinzip // JuS. 1994. — S. 721–727.
2. Oechsler J. Münchener Kommentar zum BGB. 6. Aufl. Bd. 6 (Sachenrecht). — München: Verl. C.H. Beck, 2013. § 929. Rn. 8–11.
3. Stadler A. Gestaltungsfreiheit und Verkehrsschutz durch Abstraktion — Eine rechtsvergleichende Studie zur abstrakten und kausalen Gestaltung rechtsgeschäftlicher Zuwendungen anhand des deutschen, schweizerischen, österreichischen, französischen und US-amerikanischen Rechts, 1996. — 797 p.

Перевод О.В. Бурмистровой, доцента кафедры иностранных языков Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА)

Материал поступил в редакцию 23 августа 2014 г.

### **DOES THE ABSTRACTIVENESS PRINCIPLE HAVE MEANING? COMPARATIVE ANALYSIS FROM THE STANDPOINTS OF GERMAN AND FRENCH LAW**

**Tilman Bezenberger** — Doctor of Law, (Dr. iur. habil.), Professor, Head of the Department of Civil Law, Corporate Law and European Private Law of the Law Faculty of the University of Potsdam (Germany). 14482, Deutschland, Potsdam, August-Bebel-Str. 89.

**Marie France Nicolas-Maguin** — Emeritus Maître de Conférences on Civil Law, Université Paris Ouest Nanterre La Défense (France).

**Review.** *The abstractiveness principle in the German civil law establishes that the transfer of the title to an object (for example transfer of proprietary title to a thing) is implemented via an independent contract, and its legal consequences take place no matter whether there was an obligation basis for it (such as sales contract). This article studies this principle in comparison with the French law, where there is no distinction between an obligations contract and the contract for the transfer of a title. The authors draw a conclusion that practical benefits of the German abstractiveness principle are limited. While this principle strengthens security and reliability of legal turnover, and provides for clarity in proprietary relations, however, if the matter concerns transfer of title to a thing, French law achieves the same success by lesser means. In case of transition of rights to claim and other rights the German abstractiveness principle has certain advantages, but they are insignificant.*

**Keywords:** *jurisprudence, abstractiveness principle in German law, property, transfer and acquiring property, claim, transfer of claim, good faith acquiring of property to a thing, sale contract, void contract, unilateral refusal to perform a contract, protection of good faith legal relations.*

<sup>16</sup> См.: Ст. L313–23 и след., в частности, ст. 313–27 (абз. 3) Свода законов о кредитно-денежном регулировании и финансовом контроле Франции (Code monétaire et financier), (так называемого *cession Dailly*).

## МОРАЛЬНЫЕ ИМПЕРАТИВЫ В МЕЖДУНАРОДНОМ ГРАЖДАНСКОМ ПРАВЕ\*\*

**Аннотация.** Моральные притязания определяют этические позиции ценностей, которые сложно учитывать в юридическом дискурсе. В первом разделе статьи рассматривается моральный подтекст юридических притязаний в сфере материального гражданского права, которые могут быть определены как «*minima moralia*» гражданского права. Кроме того, моральные притязания существуют как социальный феномен. Их характеризует неопределенность преследования принципиальной цели, которая считается благой. В международном гражданском праве этическая аксиома взаимного признания приобретает специфическое значение. В этом случае признание относится к притязанию другого на признание. При этом другой в международном гражданском праве может быть и физическим лицом, и государством. Притязаниям на самоопределение государств и физических лиц придает форму право. Государственное право следует рассматривать как достижение культуры. Следовательно, при наличии крепкой связи с фактами, правовая этика требует применения иностранного права как вопроса уважения государства и гражданина. Помимо порожденной космополитическим сознанием правовой этики, необходимо дополнить применимое право культурными ценностями. Правовые «шлюзы» такого рода этических аспектов — это общие условия, такие как добрая воля. Таким образом, доктрина Джейми (Jaume) о «моральных координатах» приобретает легитимацию посредством правовой этики. Кроме того, этические добродетели могут получить признание в неправительственных соглашениях, таких как Принципы Вашингтонской конференции относительно конфискованных нацистами предметов искусства. Для норм, которые выражают моральные притязания без осмысления осуществимого правового следствия, Джейми разработал термин «нарративные нормы». Они позволяют сбалансировать противоречия моральных позиций и притязаний, предлагая компромисс вместо строгих результатов «все или ничего». Это может быть проиллюстрировано на примере решения суда в деле Сакса (Sachs), связанного с возвращением конфискованных нацистами художественных плакатов.

**Ключевые слова:** юриспруденция, международное частное право, мораль и гражданское право, моральные и правовые требования, справедливость, культурная идентичность, правовые культурные ценности, признание правовых различий, нарративные нормы, Вашингтонские принципы относительно конфискованных нацистами произведений искусства.

### I. Введение

Оправной точкой нижеследующих размышлений служат два научных открытия в области международного гражданского

права. Одно касается практикуемого немецким судопроизводством учета иностранных правовых норм независимо от их апелляции к применимому праву. Другое относится к учету негосудар-

© Schulze Götz, 2015

\* Шульце Гётц (Schulze Götz) — Dr. iur. habil., профессор, заведующий кафедрой гражданского права, международного частного и процессуального права, а также сравнительного правоведения юридического факультета Потсдамского университета (Германия).

14482, Deutschland, Potsdam, August-Bebel-Str. 89.

\*\* Настоящая статья представляет собой переработанный и актуализированный вариант доклада, который автор читал в 2010 г. в Университете г. Гейдельберга и который был опубликован, см.: Praxis für Internationales Privat — und Verfahrensrecht (IPRax). 2010. S. 290–298.

ственных источников права в делах, связанных с границей, несмотря на то, что негосударственные источники права не обладают государственной директивной силой, и поэтому не применимы формально<sup>1</sup>. Оба аспекта объединяет мысль, что в отдельных случаях материальные оценки могут утвердиться в том, когда и насколько им не соответствует или не соответствует в предложенном виде международно-ориентированное право. При этом, однако, речь не идет о формально противоречащем правилам приложению права, но выраженные в этих нормах правовые оценки тем не менее в этих случаях принимаются. Норма принятия этих оценок восходит к моральной норме отправления имущественного и территориального правосудия в обстоятельствах дела, связанных с иностранным государством согласно прецедентам. Ценности артикулируются, то есть их можно формулировать в виде тезисов, которые, если они разделяются судами первой инстанции, специфическим образом определяют судебное решение. Моральное влияние экстраполируется в окончательно принятом судебном решении о возврате похищенных плакатов из коллекции Сакса (Sachs)<sup>2</sup>. Моральное требование компенсации в данном случае своеобразным образом юридически оформлено и ограничено необязательными так называемыми Вашингтонскими принципами (Washington Principles).

## II. Правовые и моральные требования

### 1. *Minimamoralia* гражданского права

#### а) Моральный аспект

Правовые разбирательства описываются неудовлетворительно, если их постоянно и исключительно ограничивают конфликтами, связанными с экономической, политической и общественной конъюнктурой. При строгом ограничении интересов из вида упускается то, что социальные конфликты зачастую имеют свою исходную точку в моральном ощущении неправомерного деяния непосредственных участников так же, как опосредованно задействованного интегрированного правового сообщества. Это в особенности относится к тому случаю, когда участники связаны с посторонним правовым и культурным окружением, и рассматривается применение территориально-хозяйственного права<sup>3</sup>. Моральное<sup>4</sup> ощущение неправомерного

деяния здесь образует, наряду с интересами участников, параллельные собственные основы для нормативных притязаний в социальном пространстве. Натуралистический исходный пункт для нее — это эмоциональная реакция<sup>5</sup> на нарушение существующих, определяющих социальную действительность, значимых критериев, которые функционируют как структурные условия современных обществ<sup>6</sup>. Неудовлетворенные нормативные ожидания имеют следствием ощущение неправомерного деяния. Вплоть до XX в. такие критерии рассматривались под общим понятием нравственности<sup>7</sup>. Сегодня они заявляют о себе в форме личных и культурно обусловленных притязаний на идентичность<sup>8</sup>. При этом мораль имеет индивидуальные истоки, находящиеся под влиянием общественных представлений. Их значимость зависит от чувственных реакций, ощущения неправомерности деяния и общественной организации потенциала их санкционирования<sup>9</sup>. Вместе с тем мораль подверга-

2003. S. 26 и след.), является синонимом (хорошего) обычая. Мораль, или нравственность, являются поведенческими моделями, усвоенными в ходе разнообразных процессов признания в человеческом сообществе и маркированными как общеобязательные, за которыми закреплено нормативное значение. Это — структуры порядка, отражающие ценностные и духовные представления обрядового общества и признанные положительными для этого общества.

<sup>5</sup> К вопросу о стыде как натуралистической причине при ущемлении индивидуальных ценностей см.: Krimpove D. *Scham als Verhaltenssteuerung im Recht // Rechtstheorie*. 2012. Vol. 43. №. S. 91–96 и след. (относительно уголовно-правовых аспектов).

<sup>6</sup> В них заключены этические ценности общества. См.: Honneth A. *Gerechtigkeitslehre als Gesellschaftsanalyse — Überlegungen im Anschluss an Hegel // Honneth A. Gerechtigkeit und Gesellschaft*. Berlin, Berliner Wissenschaftsverlag, 2008. S. 11, 23.

<sup>7</sup> См.: Schwab D. *Sittlichkeit. Aufstieg und Niedergang einer rechtlichen Kategorie // FS für Gerd Kleinheyer*. Heidelberg: Müller, 2001. S. 493. Относительно объективного определения характеристики добрых нравов, в том виде как они понимаются судьей как представителем праведно и справедливо мыслящих см. Sack R. *Der subjektive Tatbestand des § 826 BGB // NJW* 2006. S. 945–949.

<sup>8</sup> После культурного переворота в гуманитарных науках также и в праве усиленно разрабатываются его культурные корни, перенимающие функцию традиционного стандарта, ср. три конъюнктуры понятия культуры в праве: Hofmann H. «In Europa kann's keine zwei Salomos geben» — Zum Begriffspaar Recht und Kultur // *Recht und Kultur*. 2010 S. 32, 59; Выдержка из Zimmermann R. *Römisches Recht und europäische Kultur // Kulturelle Identität als Grund und Grenze des Rechts*. ARSP. 2008. Beiheft 113. S. 29, 33, в которой речь идет не о правовых культурах, а о правовых традициях. Сущность права с философско-культурно-теоретической перспективы разрабатывает Ульрих Халтерн в своей работе Haltern U. *Notwendigkeit und Umrisse einer Kulturtheorie des Rechts // Ibid*. S. 193–194 и далее.

<sup>9</sup> Моральные нормы можно описывать как правовые нормы на основе их механизма санкций. Санкционирование организуется при этом не институционально — посредством правовых образцов, но индивидуально — через общество. Связанные с нарушением права и восприятием неправомерности реакции санкций можно подразделить на автоаффекты нарушения нормы (стыд) и посторонние аффекты членов сообщества (оборонительная позиция, подозрительность), причем последние касаются даже сознательно установленных санкций (любой формы социального ограничения с намерением санкционирования, например, выражения неува-

<sup>1</sup> См.: Jayme E. *Rückkehr des Monismus // Jayme E. Internationales Privatrecht und Völkerrecht*. Т. 3. 2003. P. 3–4 и след.

<sup>2</sup> См.: Суд земли Берлин. Решение от 10.02.2009 г. Az. 19 O 116/08, ZOV 2009, 77; Суд округа. Решение от 28.01.2010 г. Az. 8 U 56/09, BeckRS 2010, 04010 = KUR 2010, 17; Федеральный Верховный суд. Решение от 16.03.2012 г. — V ZR 279/10 (KG) NJW 2012, 1796.

<sup>3</sup> См.: Jayme E. *Die kulturelle Dimension des Rechts — ihre Bedeutung für das Internationale Privatrecht und die Rechtsvergleichung // RabelsZ*. 2002. № 67. S. 211, 223 и далее.

<sup>4</sup> Под моралью я понимаю описательное понятие, которое, согласно Пиперу (Pieper A. *Einführung in die Ethik*.

ется многочисленным влияниям и находится в процессе постоянного развития<sup>10</sup>. Моральное ощущение неправомерности может артикулироваться в форме моральных требований. При этом они специфическим образом оказывают влияние на правовые сферы и процесс принятия правового решения.

*b) Базовая мораль гражданского права*

В учении о гражданском праве на сегодняшний день выступает базовая мораль, аксиома которой заключена в обоюдном персональном признании участников<sup>11</sup>. Необходимо учитывать и уважать другую сторону. Мы выступаем по отношению к ней как сотрудничающие партнеры, будь то в рамках договоров или в отношении общих или конкретных ожиданий определенного поведения при деловых контактах. Мы защищаем каждого как члена правового общества, а следовательно, самих себя — в персональном притязании на значимость. Притязание на значимость направлено на признание личности в ее коммуникативно сложившейся самоотнесенности (идентичности). Самоосознание простирается выше простого статуса участника и охватывает личность в ее своеобразии как участницу правовых отношений<sup>12</sup>. В рамках такой гражданско-правовой базовой морали речь идет, однако, не просто об «абстрактной морали», которая выступает в структуре разума и совести и подчеркивает индивидуальное лишь как ядро одобряемого отношения<sup>13</sup>, но мораль

жения). См.: Tugendhat E. Vorlesungen über Ethik. Frankfurt: Suhrkamp, 1993. S. 43, 48, 59; Stemmer P. Der Begriff der moralischen Pflicht // DZPhil. 2001. Vol. 49. S. 831, 840; Idem. Handeln zugunsten anderer. 2000. S. 152 и далее.

<sup>10</sup> Это объясняет, почему мораль нельзя рассматривать изначально и прямо в ином ключе, кроме государственно-правового. См.: Roellecke G. Prangerbessernicht // FAZ. 19.04.2010. № 90. S. 30.

<sup>11</sup> Аксель Хоннет разработал общую концепцию морали через понятие признания. Исходным пунктом служит гипотеза, что нормативное содержание морали необходимо толковать на основе определенных форм обоюдного признания, см.: Honneth A. Zwischen Aristoteles und Kant // Moral im sozialen Kontext. 2000. S. 55; Idem. Skizze einer Moral der Anerkennung // Das Andere der Gerechtigkeit. 2005. S. 171, 175. Основные гипотезы можно также перенести на специфическую правовую мораль и развивать далее в этих рамках. Аналогичный отправной пункт и в работе: Pfordten D.v. Normativer Individualismus und das Recht // JZ 2005. S. 1069 и далее, который рассматривает этико-правовые начала нормативности в индивидуальных стремлениях, потребностях, требованиях и целях или интересах человека (и возможно — других живых существ) как естественные факты. О нормативности индивидуума в правовом отношении как о межличностном признании см.: Rath J. Erwiderung zu v.d. Pfordten // JZ 2006. S. 665.

<sup>12</sup> В соответствии с этим, личность необходимо защищать от травм, которые следуют за неуважением к ее коммуникативно сложившейся само-соотнесенности (идентичности) и которые представляют собой угрозу ее персональному притязанию на значимость как участницы правовых отношений.

<sup>13</sup> Это позиция философии Канта, которая, по существу, означает определение консистенции, и поэтому рассматривается как малосодержательный принцип определения материально-этических заявлений. См.: Quante M. Einführung in die allgemeine Ethik. 3. Aufl. S. 85.

также подразумевает индивидуальный момент обусловленного ценностями решения о совершении поступка. Эрнст Тugendхат предложил для конкретизации морали понятие интеллектуальной добросовестности<sup>14</sup>. Понимаемую таким образом и относящуюся к поступкам моральность можно также переносить на гражданско-правовые решения. Утверждение о правоте и правомочии морального притязания на справедливость поднимается по-разному. Это относится ко всем участникам<sup>15</sup>. Интеллектуальная добросовестность иногда выступает в виде притязания на юридическое признание справедливости, обоснованности и положительности или продуманности решения. Справедливость включает ценностное благо и выходит за границы простого применения закона<sup>16</sup>. Прокуроры также предъявляют обвинения с целью установления справедливости, то же относится и к адвокатам, которые, несмотря на то, что представляют интересы сторон, действуют так же, как органы правосудия (§ 1 Федерального положения об адвокатуре (BRAO)).

Базовая мораль гражданского права в законе отдельно не обсуждается. Моральность перетекает в обязательственные нормативные отношения через положения об обязательствах

<sup>14</sup> Под интеллектуальной добросовестностью понимается личная позиция относительно разъяснения и обоснования правовых и моральных вопросов, направленная при этом на избегание неправды в уже существующей собственной (индивидуальной и коллективной) системе воззрений. Интеллектуальная добросовестность выступает на месте правды. См.: Tugendhat E. Retraktionen zur intellektuellen Redlichkeit // Anthropologie statt Metaphysik. 2010. S. 85, 87 и 101.

<sup>15</sup> На вопрос о взаимоотношениях права и морали здесь нельзя дать удовлетворительный ответ. Мы используем в качестве исходного пункта, вслед за Робертом Алекси (См.: Alexy R. Begriff und Geltung des Rechts. 1992. S. 136), разработанное им правовое понятие и исходим из морального притязания права на справедливость в смысле регулятивной идеи. Мораль обосновывает моральные нормы на основе своей содержательной справедливости. В идеальном случае положительное право совпадает с моральными нормами. Участник (участник коммуникации так же, как и применяющий нормы права) претендует, ссылаясь на право, на моральное оправдание (легитимность) своих поступков, и поэтому принимает связанный с этим гнет обоснований. См.: Siekmann A. Recht als normatives System. S. 2009, 225 и далее; Engländer A. Moralische Richtigkeit als Bedingung der Rechtsgeltung // ARSP 2004. S. 86. Относительно актуальных сегодня основных позиций правового позитивизма, подразумевающих ясное деление и связывающих обе нормативные сферы естественного права, см.: Kervegan J.-F. Rechtliche und Moralische Normativität — Ein «idealistisches» Plädoyer für den Rechtspositivismus // Rechtstheorie. 2008. Vol. 39. S. 23 и далее.

<sup>16</sup> На основе этого можно говорить, вслед за Теодором Адорно, о *ominimamoralia* обязательственного права. «*Minimamoralia*» представляют неизменное место вторжения субъективности, поэтому не объясняют прецедентами одни лишь аффекты или не признают любые произвольно понимаемые ценности. Субъективный импульс как практический элемент совершения поступка выходит за пределы теоретического момента моральных оснований. См.: Adorno T. Minima Moralia, Reflexionen aus dem beschädigten Leben. 2003; Menke C. Zur Kritik der abstrakten Moralität // Adorno T. Negative Dialectic. 2006. S. 150, 161 и далее, более подробно: Schulze G. Die Natural obligation. 2008. S. 398 и далее.

§ 241 (абз. 2) Гражданского кодекса ФРГ (далее — ГК ФРГ)<sup>17</sup>, а также § 242 ГК ФРГ<sup>18</sup>. В остальном она появляется чаще всего в случае ее отрицания как юридический состав нарушения (§ 138, 826 ГК ФРГ). Гражданское право принципиально не требует от участников коммуникации отдельно учтенной этически-моральной оценки их действий. Достаточно объективного исполнения нормативных и договорных обязанностей. Кроме того, субъективно моральная нравственность, которая задает принципиальное отношение лица, несущего обязательства, к исполнению таковых обязательств, также остается без установленной рамками поступка релевантности. Это не касается внутренних убеждений несущего обязательства лица. Соблюдение правовых норм, следовательно, принципиально высвобождает участника коммуникации от формирования собственных ценностных позиций и убеждений<sup>19</sup>. Это действительно даже для тех положений закона, которые предполагают нравственный долг или соображения порядочности (например, § 534, 814 абз. 2 ГК ФРГ). Таким образом, мораль уже не выделяется из гражданского права. Более того, судьи и прочие, применяющие нормы права, с одной стороны, имеют право выносить материальные, то есть содержательно ценностные законные приговоры в методологических и догматических границах общего права, а с другой стороны, обязаны подтверждать минимальное содержание материальной нравственности в установленных правовых обязательствах<sup>20</sup>. Гражданское право через принцип признания

вбирает в себя этические моменты<sup>21</sup>, такие как норма равного отношения<sup>22</sup>, а также элементы справедливости распределения<sup>23</sup>. Похоже, что из гармоничной нормы справедливости можно вывести отдельные фундаментальные правовые положения и принципы частного права<sup>24</sup>. В них отражается содержание справедливости частного права, которое можно рассматривать в виде концепции «fairness» («справедливости»)<sup>25</sup>.

### с) форма моральных требований

Догматическая форма требований обязательственного права является формой определенных и неопровержимых требований кредитора к заемщику во исполнение обязательства, согласно § 241 (абз. 1) ГК ФРГ. Выдвинутое кредитором требование принуждает заемщика исполнить обязательство, и вместе с тем утверждается претензия заемщика на предметную справедливость

<sup>21</sup> Материальная этика справедливости сегодня находит всеобщее одобрение также и в сфере обязательственного права, см.: Honsell H. *Naturrecht und Positivismus im Spiegel der Geschichte* // FS für Hans-Georg Köppensteiner. 2001. S. 593, 607: «Материальная этика справедливости сегодня не может серьезно оспариваться. Речь идет о правовых положениях, которые все знают и которые для всех очевидны. Проблема заключается в том, что они частично носят абстрактный характер (praescriptiuris)».

<sup>22</sup> Единственное материальное содержание обязанности договорного права Й. Экслер видит в норме равного или неравного отношения. Оценочные суждения часто лишены рациональных основ. См.: Oechsler J. *Gerechtigkeit im modernen Austauschvertrag*. 1997. S. 143; Хонзелль, помимо этого, признает институциональные поправки при злоупотреблениях, рыночной неэффективности и нарушениях *ordre public* под общим понятием «*iustitiacorrectiva*». См.: Honsell H. *Iustitiadistributiva — iustitiacommutativa* // FS für Theo Mayer-Maly. 2002. S. 287, 297 и далее.

<sup>23</sup> Вовлечение дистрибутивных элементов справедливости находит свое справедливое подтверждение у К.-В. Канариса с тем ограничением, что пресловутый субъект частного права находится в специфических отношениях ответственности с целью исполнения обременяющего его правила. Далее необходимо исходить из строгого соотношения правило — исключение в пользу *iustitiacommutativa*: Canaris C.-W. *Die Bedeutung der iustitiadistributiva im deutschen Vertragsrecht*. 1997. S. 125 и далее.

<sup>24</sup> См.: Bydliński F. *System und Prinzipien des Privatrechts*. 1996 (12 фундаментальных правовых принципов и 131 правовой принцип); Idem. *Gerechtigkeit als rechtspraktischer Maßstab kraft Sach- und Systemzusammenhangs* // FS für Theo Mayer-Maly. 1996. S. 107, 145 и далее; дифференциацию по принципам индивидуальной сферы, уголовной и гражданской ответственности и общественной сферы перенимает К. Ларенц (Larenz K. *Richtiges Recht, Grundzüge einer Rechtsethik*. 1979. S. 57 и далее); возможность автоконструирования собственных отношений по собственному желанию, готовность исходить из свободы воли всех участников сообщества и, наконец, ожидание разумности свободно заключаемых договоров для Т. Маейр-Мали образуют материальные ориентиры автономии воли, ориентиры философии частного права, см.: FS für Ernst A. Kramer. 2004. S. 21, 27 и далее.

<sup>25</sup> В объективном отношении это понятие не что иное, как замена разумному действию, соблюдающему неписанные моральные законы, ср. в сфере спорта: Vieweg K. *Fairness und Sportregeln — Zur Problematik sog. Tatsachenentscheidungen* // FS für Volker Röhrich zum 65. Geburtstag. S. 1255, 1266. Исходя из вышесказанного, необходимо, кроме того, учитывать этическую установку совершающего действие. Джон Ролз (Rawls J. *Gerechtigkeit als Fairness*. 2003), напротив, представляет философскую государственно-политическую концепцию, которую в настоящем труде мы не рассматриваем.

<sup>17</sup> Обязанность принимать во внимание правовые нормы, правовые ценности и интересы другой стороны, отраженная в § 241 Разд. 2 ГК ФРГ, демонстрирует центральную мысль о признании «другой стороны». Они касаются так называемой обязанности защиты интересов поддержки (интеграции) «другой стороны». См.: Medicos. *Zorn Anwendbarkeit des Allgemeinen Schuldrechts auf Schutzpflichten* // FS für Claus-Wilhelm Canaris. 2007. T. I. S. 835. Fn. 2.

<sup>18</sup> Во всех отношениях обмена обязательствами используется этико-правовой принцип добросовестного действия, полностью присущий идее признания. § 242 ГК ФРГ в своей непосредственной сфере применения рассматривает дополнительные обязательства, связанные с основным обязательством, и вносит дополнение в виде генеральной клаузулы установления обязанностей сторон в прочих вопросах; см., например: Grüneberg H. *BGB*. 2013. § 242 Rn. 1.

<sup>19</sup> Это покоится на (подчиненном) согласованном взаимодействии морали и права (см.: Mayer-Maly T. *Recht und Gerechtigkeit* // Jahres- und Tagungsbericht der Görres-Gesellschaft. 1999. S. 5, 8) и восходит к философии Канта. См.: Brugger W. *Grundlinien der Kantischen Rechtsphilosophie* // JZ 1991. S. 893, 894. Так же: «Право имеет двойную связь с моралью: Мораль — это основа действительности права, так как осуществление морали является целью правовых норм» (Radbruch G. *Vorschule der Rechtsphilosophie*. 1965. S. 39). Однако утверждается только возможная, но не обязательная взаимосвязь морали и права: Stranzinger H. *Recht und Moral: Ihre Unterschiede und Zusammenhänge* // FS für Alfred Verdross. 1980. S. 247, 259.

<sup>20</sup> См. подробнее: Schulze G. *Die Naturalobligation*. 2008. S. 412; это имеет особое отношение к англосаксонскому пониманию права, см.: Johnson C.D. *Moral Legislation*, 2009. S. 206 и далее.

следующего из него предоставления имущества в распоряжение. Если мы рассматриваем моральное требование, то ему схожим образом соответствуют эти элементы. Моральное требование приобретает, благодаря своему правовому пониманию, правовую форму § 241 (абз. 1) ГК ФРГ. Это относится, например, к случаю, когда судья в ходе разбирательства по требованию возврата долга должен установить, соответствует ли уже оказанная услуга нравственному обязательству оказывающего эту услугу, и, следовательно, оправдывает ли приобретение имущества получателем (§ 814 ч. 2 предл. ГК ФРГ)<sup>26</sup>. Нравственному долгу придана юридическая форма, так как заемщик, согласно § 814 (ч. 2 предл.) ГК ФРГ, не должен обладать знанием касающегося его нравственного долга, и исполнение им обязательства также не должно быть нравственно мотивировано каким-либо образом. Инструмент интеграции нравственных или моральных требований в право поэтому является фигурой натурального обязательства<sup>27</sup>. Напротив, оформление моральных требований за пределами правового понимания должно быть отдельно определено. Их признаки присоединяются к уже описанным в начале особенностям морали<sup>28</sup>. Они артикулируются в общественном пространстве и имеют опосредованное влияние на правовые решения. С точки зрения философии, необходимо обратиться к Канту, чтобы обнаружить высказывания относительно оформления морального требования<sup>29</sup>. Всего можно выделить следующих четыре признака.

Во-первых, моральное требование — *неопределенное*<sup>30</sup>. Содержание обязательства нельзя

ясно определить, более конкретное определение передано на совесть отдельного лица, несущего обязательства<sup>31</sup>. Во-вторых, причина неопределенности заключается в потребности *внутренне-*го осознания должного действия. Отличительным признаком этической нормы, по Канту, является субъективный импульс совершения действия «из чувства долга»<sup>32</sup>. Следовательно, этически необходимое нельзя определить объективным способом, однако оно основывается на субъективном формировании максим. Максима старания с целью, имеющей положительную маркировку, делает моральное действие крайне неопределенным. В-третьих, ситуация выполнения обязательств вследствие морального требования *произвольна*. Наряду с неопределенностью образа действия, возникает неопределенность количества и качества. Осуществимо всегда только такое действие, которое оказывается еще достойнее и которое более соответствует цели, или которое обеспечивает более перспективное достижение цели<sup>33</sup>. Моральное требование схоже с содержащей принципы нормой оптимизации<sup>34</sup>. В-четвертых, моральное требование носит *категорический* характер, то есть содержащийся в ней призыв к действию невозможно отклонить. В результате несущее обязательство лицо коммуникативно беззащитно и должно следовать приказу в рамках интегрированного сообщества. Однако моральное требование следует отличать от совета и рекомендации как более слабых форм артикуляции морали, ко-

Историческое развитие потребности в определенности как признака отграничения правовых и моральных требований от Иоганна Георга Зулцера (1720–1779), Мозеса Менельсона (1729–1786) до Канта см.: Schulze G. Die Naturalobligation/2008. S. 118 и далее.

<sup>31</sup> Однако крайняя неопределенность остается все еще неудовлетворительной для отграничения, так как неопределенность также является признаком необязательности. Также моральное требование может быть преобразовано в правовую форму, а следовательно, стать более определенным, не теряя вследствие этого своего морального содержания.

<sup>32</sup> В этом заключено *differentia specifica* морали, по сравнению с правом. При правовом обязательстве убеждения несущего обязательства лица несущественны. См.: Brugger W. Grundlinien der Kantischen Rechtsphilosophie // JZ 1991. S. 893, 894; Höffe O. Ist Kants Rechtsphilosophie noch aktuell? // Idem. Immanuel Kant, Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre. 1999. S. 279, 281; Idem. Königliche Völker. Zu Kants kosmopolitischer Rechts- und Friedenstheorie. 2001. S. 112; Kersting W. Die Verbindlichkeit des Rechts // Idem. Recht, Gerechtigkeit und demokratische Tugend. 1997. S. 19, 25.

<sup>33</sup> Относительно морального целевого принципа у Канта см.: Kersting W. Das starke Gesetz der Schuldigkeit und das schwächere der Gütigkeit // Idem. Recht, Gerechtigkeit und demokratische Tugend. 1997. S. 74, 107. В (моральных) нормах действия В. Керстинг поэтому и сейчас видит существенную угрозу либерализму, Kersting W. Der liberale Liberalismus. 2006. S. 32 и след.; см. критич. рец.: Brugger W. JZ 2006. S. 1120.

<sup>34</sup> Относительно теории принципов основных прав см.: Alexy R. Theorie der Grundrechte, 1985; и критики: Klement J.H. Vom Nutzen einer Theorie, die alles erklärt — Alexys Prinzipientheorie aus der Sicht der Grundrechtsdogmatik // JZ 2008. S. 756 и далее. (Отрицание нормативного характера норм оптимизации); противоположенную позицию см.: Siekmann A. JZ 2009. S. 557; Klement J.H. JZ 2009. S. 560 и далее.

<sup>26</sup> Нравственный долг как нормативно определенное обязательство по исполнению услуги включает в себя помимо правовых норм также и следующие из них обязательственные связи как эмпирические факты. Суд в фактическом отношении устанавливает, имеется ли общественная практика, несоблюдение которой на основе оценочного размышления участников коммуникации социально санкционировано. См.: Schulze G. Die Naturalobligation, 2008. S. 253 и след., 390 и далее, с подтверждением из судебной практики. Здесь нельзя рассматривать вопрос о том, как можно установить социально-этические стандарты правового общества, примерно об этом: Kahl W. Die Konkretisierung verwaltungsrechtlicher Sittlichkeitsklauseln // VerwArchiv 99. 2008. S. 451, 452 и далее

<sup>27</sup> При этом речь идет о требовании согласно § 241 (абз. 1) ГК ФРГ, которое не может быть реализовано посредством правовых принудительных мер. См.: Schulze G. Die Naturalobligation. 2008. S. 239 далее и в разных разделах.

<sup>28</sup> Нормативные критерии морали имеют свои основы в общественной сфере. Их потенциал санкций реализуется не институционально, через правовые образцы, они имеют свои истоки в чувственной реакции и ощущении неправомерности. См. выше текст в сносках 6–11.

<sup>29</sup> Моральное требование описывает П. Штеммер (См.: Stemmer P. Handeln zugunsten anderer, 2000; Idem. Der Begriff der moralischen Pflicht // DZPhil 49. 2001. S. 831) как установленную санкцией необходимость параллельно понятию нормы Кельзена.

<sup>30</sup> Kant I. Bemerkungen zu den Beobachtungen über das Gefühl des Schönen und Erhabenen. Bd. XX, 1942. S. 157 («Обязательство имеет определенную меру, любовный долг нет»).

торые не имеют категорический характер нормы или запрета (так называемые действия, превышающие требования долга)<sup>35</sup>. Исток и форма морального требования позволяют сделать некоторые выводы. Моральное требование предполагает действие «из чувства долга» и, следовательно, — мотивацию к исполнению со стороны несущего обязательства лица. Это лицо должно превратить обременяющий его моральный долг в ведущий мотив своей деятельности по исполнению требования. Если оно не соблюдает моральный закон, то его работа остается морально индифферентной. Наряду с этим, при исполнении проявляются также аспекты покаяния и раскаяния<sup>36</sup> наряду с моментом поощрения. Требование не исчерпывается далее при исполнении, но вследствие лежащей в основе нормы оптимизации сохраняется для улучшенного исполнения. Моральное требование выступает в конечной категоричной форме и придает тем самым юридическую силу общественному принуждению.

Этим можно закрепить основополагающее различие между правовым и моральным требованием в действии несущего обязательство лица. Лицо, действующее из соображений морали, действует на основе внутреннего убеждения, в то время как лицо, действующее на основе требований права, обязано «только» выполнить нравственную норму, не используя при этом мотивацию к исполнению.

## 2. *Minimotalia* коллизионного права

### а) Этические ценности в международном частном праве

Если существует потребность удостовериться в ценностях, которые имеют действительную силу в международном частном праве, необходимо сначала сослаться на историю идеи немецкого международного частного права и его соотношение с международным правом. Паскуале Станислао Манчини вслед за Кантом избрал лицо в качестве теоретической исходной точки коллизионного права. В решении Института международного права (Institut de Droit International) в 1874–1875 гг. Манчини назвал применение к иностранцам их законов обязанностью *международной справедливости* и тем самым отказался от международного правового

учения *Comitas*<sup>37</sup> (учение активной международной вежливости), которое рассматривало применение иностранного права как добровольный дружественный акт. От идеи взаимности и уважения между странами-участницами, положенной Ф.К. фон Савиньи в основу коллизионного права<sup>38</sup>, Манчини отказывается в своей новой концепции. Для гражданина мира право *его нации* становится основополагающей коллизионной привязкой<sup>39</sup>. Это этико-правовой принцип, который рассматривает гражданина другого государства как непосредственно связанного с правом его нации. В отношении индивидуума равное отношение к соотечественникам и иностранцам реализуется благодаря учету их различий<sup>40</sup>. В исторической перспективе равенство следует из принадлежности отдельной личности к своей нации. Это представление позднее в виде принципа гражданства входит в международное частное право континентальной Европы и образует основу для системы выбора прав отдельного лица<sup>41</sup>. Таким образом, отдельные лица являются носителями коллективной идентичности культурной группы, которая сегодня все больше обособливается от нации и связана с принадлежностью к государству, религии или мировоззрению<sup>42</sup>. Принцип этико-правового признания вследствие этого требует дополнительного масштаба, так как в этом случае речь идет об обоюдном признании

<sup>37</sup> Решения Института международного права. Женева, 1874, Den Haag 1875, перепечатано E. Jayme (см. выше. 1) как XVI приложение, п. IV, 40 («*Ladmission des étrangers à la jouissance de ces droits, et l'application des lois étrangères aux rapports des droit qui en dependent, ne pourraient être la conséquence d'une simple courtoisie et bienséance (comitasgentium), mais la reconnaissance et le respect de ces droits de la part de tous les États doivent être considérés comme un devoir de justice internationale*»).

<sup>38</sup> См.: Savigny F.K. v. System des heutigen römischen Rechts. Bd. 8. 1849. Neudruck 1981. S. 28 («дружественное допущение среди суверенных государств»); так до сегодняшнего дня, см.: Kegel C., Schurig G. Internationales Privatrecht. 2004. S. 185 («*Comitas* содержится в основополагающем решении признавать иностранное право в качестве равноценного права, включенного в содержание приложения, и использовать его в случае необходимости для вынесения решения по делу»). Schurig K. Völkerrecht und IPR — Methodische Verschleifung oder strukturierte Interaktion // Völkerrecht und IPR. 2006. S. 55, 60; Ziegler K.H. Völkerrechtliche Verpflichtung zur Anwendung oder nur «freundliche Beachtung» fremden Rechts? — die comitas-Lehre heute (Betrachtungen eines Rechtshistorikers) // Ibid. S. 43, 53 f. («старая европейская юридическая фигура [*comitas*] демонстрирует жизнеспособность»).

<sup>39</sup> Jayme E. Völkerrecht und Internationales Privatrecht — eine entwicklungsgeschichtliche Betrachtung // Ibid. S. 23, 25 (со ссылкой на ст. 6 Вводных положений итальянского *Codice Civile* от 1865 г.).

<sup>40</sup> Равенство в международном частном праве означает учет различий. См.: Jayme E. Pasquale Stanislao Mancini (1817–1888): Internationales Privatrecht und Völkerrecht // Jayme E. Internationales Privatrecht und Völkerrecht. T. 3. 2003. S. 9.

<sup>41</sup> См.: Mansel H.-P. Personalstatut, Staatsangehörigkeit und Effektivität. 1988. S. 15 и далее.

<sup>42</sup> Hoffmann V., Thorn K. Internationales Privatrecht. 2007. S. 62 по праву называют новое определение отношений между культурной идентичностью и государственным частным правом нерешенной задачей международного частного права.

<sup>35</sup> См., напр: Joerden J. Parallelen des Supererogationsbegriffs im islamischen Recht // Rechtstheorie. 2008. Vol. 39. S. 83 и далее; Schulze G. Die Naturalobligation. 2008. S. 389 и далее относительно правовой природы упомянутого в § 534, 1375 (абз. 2 № 1), 1425 (абз. 2), 1804 (абз. 2), 2113 (абз. 2), 2205 (абз. 3), 2330. S. 814 (2-я часть предл.) ГК ФРГ «соображения порядочности».

<sup>36</sup> См.: Burg. Die Überzeugungsstrategien von Restitutionsbewegungen — Die Forderungen nach Reparationen für die Sklaverei in den USA // Überzeugungsstrategien, Heidelberger Jahrbücher 52. 2008. S. 61, 67 сообщает о новых предложениях модели компенсации. В соответствии с ней в качестве ответного шага за выплаты репараций правительством США у афроамериканцев должна возникать обязанность прощения и участия в процессе примирения.

притязаний на идентичность, связанных с культурой. Как индивидуум, так и группа (соответственно, государство) требуют признания их правовых и культурных оценок.

При попытке конкретизации международной справедливости в исходной точке наталкиваешься на идею территориальной справедливости. Коллизионное право<sup>43</sup> приобретает через поиск территориально наиболее приемлемого права<sup>44</sup> свое содержательное направление. Однако в основе территориальной справедливости до базового набора прав человека изначально лежат не содержательные ценностные идеи<sup>45</sup>. В соответствии с господствующей доктриной, территориальная справедливость основана на интересах партий, коммуникации и административного управления<sup>46</sup>. Сюда относятся постулаты внутренней и внешней согласованности решений. Внутренняя согласованность решения нацелена на равное отношение ко всем в любом суде, в то время как внешняя должна способствовать осуществлению правовой координации между государствами. Координация правоприменительных интересов направлена на выработку общих основ коллизионного права в мировом масштабе. В Евросоюзе внутренний интерес к порядку появляется из целевого мировоззрения. Евросоюз формирует интегративное право для реализации основных свобод на внутреннем рынке<sup>47</sup>. Помимо этого, проявляются также имущественные оценки через исполнение коллизионного права с целью реализации предметных норм (принципов благоприятствования). Таким образом, потребитель защищен от утраты охранительных прав с помощью применимого права, вследствие чего применимое право соответственно ограничено,

<sup>43</sup> Также и в классической сфере международного права известны моральные требования. В самое последнее время необходимо назвать обсуждаемое под названием «*odious debts*» (одиозных долгов) освобождение от долгов государства. При этом речь идет о морально обоснованном праве возражения против долгов государства, которые были подтверждены нелегитимным, с демократической точки зрения, правлением. В случае правопреемства государства старые долги должны быть погашены. Признание и правовая интеграция моральных требований такого рода зависит от согласия сообщества государств, которое, однако, до сих пор не было получено, см. подробнее: Paulus C. The Evolution of the «Concept of Odious Debts» // *ZaöRV*. 2008. Vol. 68. S. 391 и далее.

<sup>44</sup> Теории США, которые руководствуются государственными интересами приложения права и поэтому представляют мировоззрение международного права, в настоящей работе подробнее рассматриваются, см., например: v. Bar C., Mankowski P. *Internationales Privatrecht*. T. I, 2. 2003, § 6 V Rn. 81 и далее.

<sup>45</sup> Теория интересов, по сути, не делает различия между международно-правовой и натурально-правовой справедливостью: v. Bar C., Mankowski P., Op. cit. Rn. 95 (в принципе, нет различия); полностью отрицая Grewe W.G. *Epochen der Völkerrechtsgeschichte*. 1984. S. 757, вследствие этого глобальное сообщество различных государств и народов не может создать фундамент общепризнанных нравственных норм и ценностей.

<sup>46</sup> См. фундаментальный труд: Kegel G., Schurig C. *Internationales Privatrecht*. 2004. § 2. S. 130 и далее.

<sup>47</sup> Это существенная функция европейского коллизионного права, см.: Jayme E., Kohler C. *Anerkennungsprinzip statt IPR* // *IPRax*. 2001. S. 501, 502.

согласно ст. 6 (Разд. 2 С.2) Регламента Rom I (нормы договорных обязательств). Права человека приобретают влияние в дальнейшем и в коллизионном праве<sup>48</sup>. В частности, автономия сторон становится постулатом справедливости<sup>49</sup>. Свободный выбор права имеет свою основу в понимании свободы, которое позволяет рассматривать вопросы применения права как вопросы личной жизни<sup>50</sup>. Избыточные этические требования проявляются в коллизионном праве через международное право вмешательства, контроль *ordre public* или на уровне материального права, то есть при неопределенных правовых понятиях и генеральных клаузулах, а именно: с точки зрения немецкого права, в § 138, 242, 826 ГК ФРГ<sup>51</sup>.

#### b) Теория «*moral data*»

Этические ценности в случаях применения международного права обоснованно обсуждаются в труде Альберта А. Эренцвейга, продолженной теорией «моральных данных» («*Moral data*») Эрика Джейми. Моральные данные — это этические оценки, имеющие такого рода тесную связь с рассматриваемым аспектом, что судья в суде неизбежно осуществляет их<sup>52</sup>. Имеются в виду моральные нормы («*equitable defences*»), судебные и досудебные представления о законности, которые каждый судья привносит в зависимости от оценок собственного права<sup>53</sup>. Теория моральных данных показывает, как и почему

<sup>48</sup> См.: Halfmeier A. *Menschenrechte und Internationales Privatrecht im Kontext der Globalisierung* // *Rabels Z*. 2004. Vol. 68. S. 653 и далее. Другой вопрос, должно ли существовать основное коллизионное право. Также не должен стать прецедентным вопрос о возникновении обязательств, связанных с международным и конституционным правом, у национального законодателя в сфере международного частного права, см., например: Mansel J. *Staatlichkeit des Internationalen Privatrechts und Völkerrecht* // *Völkerrecht und IPR*. 2006. Vol. 89. S. 115 и далее.

<sup>49</sup> См.: Jayme E. *Die internationale Parteiautonomie auf dem Prüfstand* — 65. Sitzung des Institut de Droit International in Basel // *IPRax*. 1991. S. 429 и далее.

<sup>50</sup> См.: Jayme E. *Internationales Privatrecht als Lebensform*, // *Festgabe Zivilrechtslehrer 1934/1935*. S. 237 и далее: («Частные интересы <...> являются «движущими факторами» международного частного права»).

<sup>51</sup> Относительно так называемой двухступенчатой теории международного частного права см. далее в тексте.

<sup>52</sup> См.: Ehrenzweig A. *Local and Moral Data in the Conflict of Laws: Terra incognita* // *Buffalo Law Review*. 1966. № 16. P. 56 («внутренние положения, которые выражены в терминах справедливости и беспристрастности»); Idem. *Private International Law I*. 1967. P. 91 и далее; Jayme E. *Ausländische Rechtsregeln und Tatbestand inländischer Sachnormen — Bemerkungen zu Ehrenzweigs Datum-Theorie*, GS für Albert A. Ehrenzweig, 1976, 35, 46.

<sup>53</sup> Эренцвайг на их основе разработал нормы коллизионной привязки, которые ведут к судебному праву. Относительно коллизионной привязки *Ehrenzweigslexfori* как («базовой нормы коллизионного права») см.: Siehr K. *Die lexfori-Lehre heute* // Albert A. Ehrenzweig und das internationale Privatrecht. 1986. S. 35 и далее; так, например, он считает возврат полученного вследствие неосновательного обогащения *moral datum* и предписывает ему *lex fori*, см.: Ehrenzweig A. *Private International Law I*. 1967. P. 80; ср. Федеральный Верховный суд ФРГ. Решение от. 25.09.1986 г. = *IPRax* 1986, 186 и след. (с коммент. E. Jayme).

«moral data» осуществляются независимо от применимого права<sup>54</sup>. Иностранные запретительные законы и нормы вмешательства можно принципиально не учитывать<sup>55</sup>. Только на уровне применимого права проявляется возможность учета этико-правовых стандартов. Так, нарушение нигерийского эмбарго на вывоз культурных ценностей побудило Федеральный суд принять решение о безнравственности страхового договора о перевозке нигерийских бронзовых масок и фигур, находящегося в ведении немецкого права (§ 138 абз. 1 ГК ФРГ)<sup>56</sup>. Формально нигерийские запретительные законы не применимы. Однако их оценки принимаются во внимание как *data moralia*. Заключение в этом эмбарго на вывоз оценки, а именно «сохранение культурных ценностей на месте», «сохранение культурного наследия в родной стране», а также «защита от хищения» находят признание. Эти связанные с искусством представления о справедливости и морали утверждаются, так как они поддерживаются местным правосознанием, в данном случае — законом о защите культурных ценностей, закрепленном уже в конвенции ЮНЕСКО от 14.11.1970 г.<sup>57</sup> В дальнейшем соблюдение этих норм соответствует принципам сотрудничества государств. Гроссфельд и Юнкер вывели из этого «*shared values approach*» (подход общепризнанных ценностей), применяемый при нарушениях иностранных предписаний на эмбарго<sup>58</sup>. Вытесненные права и лежащие в их основе ценности учитываются, кроме того, в рамках имущественных норм оценки, особых генеральных клаузул и неопределенных правовых понятий. Такие понятия, как, например, наилучшие интересы ребенка, непосильная тяжесть развода или принцип виновности при последствиях развода включают в себя *data moralia* и артику-

лируют общественные и культурные ценностные представления. В качестве дальнейшего развития учения о моральных данных здесь берет свое начало двухступенчатая теория международного частного права<sup>59</sup>. Иностранная привязка обстоятельств дела учитывается в соответствии с этим не только на уровне коллизионного права, но и на уровне имущественного права. Иностранные правовые институты интегрируются в признаваемое имущественное право. Так, при применении немецкого права усыновления последствия усыновления исламских детей должны зависеть не от норм собственно предусмотренного полного усыновления, но, вследствие исламского запрета на усыновление, от норм опеки или патронажного попечительства<sup>60</sup>. Судья по бракоразводным процессам г. Франкфурта отказала в немедленном разводе с применяющим насилие марокканским супругом согласно § 1565 (абз. 2) ГК ФРГ<sup>61</sup>. Продолжение брака, с ее точки зрения, не являлось безоговорочно непосильной тяжестью вследствие данного исламским правом полномочия мужчины на осуществление насилия. Отсутствие с немецкой точки зрения общей национальной базовой оценки, как в делах об охране культурных ценностей или наилучших интересов ребенка, не оправдывает соблюдения законов шариата. Исламское право на осуществление насилия не совместимо с немецким законом о браке.

Моральное требование лица в делах с иностранной привязкой может основываться на ценностях, которые проявляются исходя из принадлежности к культурной группе. Если группа выработала притязание на коллективную идентичность, культурные маркировки учитываются как общие условия<sup>62</sup>. «*Droit à la difference*» (*право на различие*) не

<sup>54</sup> Более подробно: Schulze G. Datum-Theorie und narrative Norm — Zu einem Privatrecht für die multikulturelle Gesellschaft // Jayme E. Kulturelle Identität und Internationales Privatrecht. 2003. S. 155–156 и далее.

<sup>55</sup> Ст. 9 (разд. 3) Регламента Rom I (нормы договорных обязательств) позволяет ограничительно осуществлять нормы вмешательства согласно праву фактического места исполнения; об этом см.: Harris J. Mandatory Rules and Public Policy under the Rome I Regulation // Rome I Regulation. 2009. P. 269 и далее.

<sup>56</sup> Федеральный Верховный суд ФРГ, Решение от 22.6.1972. Решения Федерального Верховного суда по гражданским искам № 59, 82 (нигерийские бронзовые фигуры).

<sup>57</sup> В тот момент Германия не являлась участницей международного договора. Значимость международного общего права подтверждалась в труде: Bleckmann A. Sittenwidrigkeit wegen Verstoßes gegen den ordre public international — Anmerkungen zum Urteil vom 22.6.1972 // ZaöVR. 1974. № 34. S. 112–125 и след.

<sup>58</sup> См.: Junker A. Schadensersatzpflicht bei einem Verstoß gegen ein ausländisches Embargo // JZ. 1991. S. 699, 701. Шурж признает созвучие интересов, однако считает, что «международная симпатия интересов» очень далека от всеобщего признания (Schurig K. Völkerrecht und IPR — Methodische Verschleifung oder strukturierte Interaktion // Völkerrecht und IPR. 2006. S. 55, 63); также сдержан Сонненбергер в работе: Sonnenberger H.J. Das trojanische Pferd im IPR // IPRax. 2003. № 104. S. 113 (только на территории ЕС намечается изменение (114)).

<sup>59</sup> Вероятно, она была разработана Джейми на примере международной практики выравнивания долей супругов при разводе вне зависимости от заработка во время брака, см.: Jayme E. Die Lösungsansätze im internationalen Vergleich // Der Versorgungsausgleich im internationalen Vergleich und in der zwischenstaatlichen Praxis. 1985. S. 101–107; 289 и далее, 423–424; Heßler H.J. Datum-Theorie und Zweistufigkeit des internationalen Privatrechts // Albert A. Ehrenzweig und das internationale Privatrecht. 1986. S. 137 и далее.

<sup>60</sup> Относительно *kafala* в марокканском праве см.: Jayme E. Kulturelle Identität und Kindeswohl im internationalen Kindschaftrrecht // IPRax. 1996. S. 237, 242; Высший суд земли Карлсруе, Решение от 25.11.1996 // IPRax 1999, S. 49 (коммент. Jayme). Согласно ст. 10 (разд. 2) недавно принятой Конвенции Совета Европы по усыновлению от 27.11.2008, при усыновлении должны учитываться этнические, религиозные и культурные корни усыновленного ребенка и усыновителей. Ср. также аналогично соблюдаемые ограничения Высшего суда Земли, Дрезден, Решение от 15.07.2003 г. FamRZ 2003. 1862 (относительно Права на определение места жительства ребёнка).

<sup>61</sup> Относительно разнообразной критики этого решения: Rohe M. Islamisierung des deutschen Rechts? // JZ. 2007. S. 801 и далее; относительно существующего права на наказание у супруга и его закрепления в исламском праве см.: Krüger H. Allgemeine Ehwirkungen im Recht der orientalischen Staaten // FamRZ. 2008. S. 649–652 и след.

<sup>62</sup> Подвергает критике, однако, в конечном счете высказывается за учет культурной идентичности на уровне имущественного права: Mankowski P. Kulturelle Identität und

регулируется законом, но проявляется при обзоре различных охраняемых прав свобод. Оно оправдано только тогда, когда в его основе лежит специфическая теория справедливости.

с) Признание права в качестве достижения культуры

Требование признания связанных с культурой правовых положений предполагает приятие иного целеполагания и ценностной ориентации и, не в последнюю очередь, невмешательство или защиту приобретенных прав. Путем расширения из требования не учитывать различия получают требование учета различий. Целью является потребность каждого человека в уважении собственных правовых ценностей и целей. Культурно обусловленное право<sup>63</sup> в этой перспективе представляет собой нечто самоценное, социальное благо<sup>64</sup>. Притязание на признание при этом становится настолько сильным, что в нем проявляется механизм фактической и правовой интеграции. Это демонстрируют недавние решения относительно права имени в ЕС. Самоопределение, связанное с правом имени в том виде, как оно вытекает из решений по делу Авелло<sup>65</sup> и отдела записей гражданского состояния г. Нибюль<sup>66</sup>, не может быть оправдано более запретом на дискриминацию (ст. 18 АЕUV = ст. 12 ЕGV а.Ф.) и правами на свободное перемещение (ст. 20, 21 АЕUV = ст. 17, 18 ЕGV а.Ф.)<sup>67</sup>. Из обоюдного признания правовых положений все чаще возникает право личности на выбор имени.

Интегрированные государственные сообщества с общей историей, языком и повседневной культурой порождают право-культурную идентичность, которая манифестируется в правовой системе и которая ожидает признания в межгосударственной коммуникации. В большей степени

Internationales Privatrecht // IPRax 2004. S. 282, 290; также положительно высказывается: Henrich D. Partiautonomie, Privatautonomie und kulturelle Identität // FS für Erik Jayme. 2004. S. 321 и далее.

<sup>63</sup> Здесь предусматривается, что право вообще представляет собой явление культуры в смысле основополагающего элемента или манифестации специфической культуры, см.: Zimmermann R. Römisches Recht und europäische Kultur // Kulturelle Identität als Grund und Grenze des Rechts. ARSP Beiheft 113. 2008, S. 29, 31 и далее; ср. с примерами Henrich D. Partiautonomie, Privatautonomie und kulturelle Identität. S. 321 и след.

<sup>64</sup> Относительно конфликтов, связанных с признанием членом одной культурной группы, и проявляющегося в связи с этим четвертого принципа признания см.: Honneth A. Umverteilung als Anerkennung. Eine Erwiderung auf Nancy Fraser // Umverteilung oder Anerkennung. 2003, S. 191 и след.

<sup>65</sup> Европейский Верховный суд. Решение от 02.10.2003 г. Дело С-148/02 (Гарсиа Авелло (García Avello)), 2003. I-11613 = IPRax 2004. 339.

<sup>66</sup> Европейский Верховный суд. Решение от 27.04.2006 г. — Дело С-96/04 (Отдел записей актов гражданского состояния г. Нибюль), 2006. I-3576 = IPRax 2006. 402.

<sup>67</sup> Mansel H.P. Anerkennung als Grundprinzip des Europäischen Rechtsraums // Rabels Z. 2006. № 70. S. 651, 708 (Расширение запрета на дискриминацию до нормы равного отношения) и 709 (Расширение гарантий свободы перемещения).

здесь идет речь об обычном уважении чужой культуры и чужого права. Солидарность на уровне коллектива означает признание общественного вклада среди равнозначных членов на основе принципа разделения труда. Культурное уважение — это эмоциональная реакция, имеющая своим источником ощущение того, что поступок или опыт другого члена является вкладом в достижение одной, общей для обоих цели. Чувство культурного уважения возникает, когда один вносит свой вклад в осуществление цели, которую с ним разделяет другой. Общие цели на уровне коллектива — это, например, защита культурных ценностей так же, как и право-культурная идентичность человека, которые находят свое выражение в запрете на усыновление или в праве на имя. Теория *moral data* в международном частном праве основана на этой расширенной этической концепции справедливости. Субъекты (государства и отдельные люди) могут ожидать в мировоззрении<sup>68</sup> уважительного признания своих притязаний на право-культурную идентичность.

В европейском частном праве признание является право-техническим инструментом создания европейского правового пространства<sup>69</sup>. Также и здесь обоюдное уважительное признание как основная этическая концепция оказывается необходимым, так как в случае применения принципа страны происхождения не осуществляются исключительно негативная охрана свободы и предоставление средств к существованию, но поскольку описываются формы сотрудничества, основанного на разделении труда, для достижения общей цели — единого внутреннего рынка.

d) Концепция нарративных норм

Эти общие положения демонстрируются на примере концепции нарративных норм<sup>70</sup>. При этом речь идет об аргументированном учете текста норм, которые не применяются<sup>71</sup>. Их правовое действие проявляется также и без придания им силы государством. Нарративные нормы артикулируют ценности, которые требуют транснационального признания<sup>72</sup>. Это смещает их в сферу «*soft law*» и одновременно представляет собой попытку право-

<sup>68</sup> Кант вывел понятие *ius cosmopolitanum*, с точки зрения гражданина (мира) во всеобщем человеческом государстве: Kant I. Zum ewigen Frieden — Ein philosophischer Entwurf. 2003. S. 11.

<sup>69</sup> Mansel H.P. Anerkennung als Grundprinzip des Europäischen Rechtsraums // Rabels Z. 2006. № 70. S. 651, 728 (Признание первичного установления или изменений статуса).

<sup>70</sup> См.: Jayme E. Narrative Normen im Internationalen Privatrecht und Verfahrensrecht. Tübinger Universitätsreden, 1993.

<sup>71</sup> Для разграничения аргументов, сравнивающих разные нормы права, которые в случае неясного положения закона аргументировано перерабатывают соответствующие функциональные решения других прав, см.: Stoll H. Zur Legitimität und normativen Relevanz rechtsvergleichender Argumente im Zivilrecht // Im Dienste der Gerechtigkeit, FS für Franz Bydlinki. 2002. S. 429, 437.

<sup>72</sup> Jayme E. Narrative Normen im Kunstrecht // Recht im Wandel seines sozialen und soziologischen Umfelds, FS für Manfred Rehbinder. 2002. S. 539 и далее.

вого и технического описания способа перехода от абстрактных ценностей к конкретным концепциям и их реализации<sup>73, 74</sup>. Феномен нарративных норм является реакцией на растущую неопределенность и недостаточность законных предписаний. Вместо разъяснительной оценки все чаще имеет место процесс взвешивания ценностей. Эта процедуризация применения норм права<sup>75</sup> расширяет пространство толкования. Растущее разнообразие отдельных и конкурирующих источников права, в частности в сфере международного частного права, требует одновременно создающих единство оценок. Судам предписывается разработка когерентных оценочных моделей. Это приводит к расширению нормативной юридической силы определенных предписаний за пределы источника и, следовательно, за пределы действия нормы<sup>76</sup>. Они имеют нарративную силу.

### III. Дело Сакса (Sachs)

#### 1. Принципы Вашингтонской конференции относительно конфискованных нацистами предметов искусства

По приглашению Государственного департамента США 03.12.1998 г. в Вашингтоне прошла конференция по вопросам идентификации и возврата похищенных нацистами предметов искусства<sup>77</sup>. В ней приняли участия делегаты из 44 государств, включая Германию, а также 13 него-

сударственных организаций. Они оговорили «*non-binding principles to assist in resolving issues relating to Nazi-confiscated art*» (неофициальные принципы оказания помощи в разрешении вопросов, связанных с предметами искусства, конфискованными нацистами)<sup>78</sup>. В основу Принципов положена моральная норма осуществления справедливости в спорных делах о возврате имущества. Под номером VIII Принципов сформулировано, что по отношению к заявителям о похищенных произведениях искусства «*steps should be taken expeditiously to achieve a just and fair solution*» («должны быть предприняты оперативные шаги по вынесению справедливого и беспристрастного решения»). Поиск справедливого и беспристрастного решения должен также преодолеть имеющиеся правовые препятствия в связи с возвратом имущества. Кроме того, были установлены неофициальные принципы<sup>79</sup> поведения<sup>80</sup>. Эрик Джейми относит Принципы к группе нарративных норм<sup>81</sup>. По его мнению, они были учтены при толковании и применении права как элемент взвешивания противоречащих интересов. Моральные представления таким путем интегрируются в закон<sup>82</sup>. Принципы на основе всеоб-

<sup>73</sup> См.: Rouhette G. Le style de la loi: normes narratives et normes contraignante // Congrès international du droit comparé. Athènes. 1994. Rapports Généraux. 1996, P. 37 и далее.

<sup>74</sup> К вопросу о структурной проблеме рассмотрения права, с одной стороны, как продукта культуры и отражения определенного жизненного мира (культурное значение права), а с другой стороны, представления его как нормы в нормативной системе, которая перенимает задачу различения определенных сфер и дел, права и нарушения права (процессуальное значение права des Rechts) см.: Hofmann H. «In Europa kann's keine zwei Salomos geben» — Zum Begriffspaar Recht und Kultur // Hofmann H. Recht und Kultur. 2010. S. 32, 63 с дальнейшими ссылками на источники.

<sup>75</sup> См.: Röhl K. Allgemeine Rechtslehre. 2001. S. 247 и далее: «В последнее время растет количество таких норм, которые более не имеют четкого определения и вследствие этого их нельзя внести в какую-либо категорию. Их относительная неопределенность принимается с оговоркой, что признак не одобряется или отвергается в смысле «или-или», но соответствует обстоятельствам дела в смысле «более-менее». Следовательно, отсутствующий или слабо выраженный признак фактического положения дела может быть компенсирован. Признак — это лишь исходная точка взвешивания».

<sup>76</sup> Растущее влияние не имеющих силу правовых положений признает также Канарис, см.: Canaris C.W. Die Stellung der «UNIDROIT Principles» und der Principles of European Contract Law im System der Rechtsquellen // Europäische Vertragsrechtsvereinheitlichung und deutsches Recht. 2000. S. 6, 29 и далее. См. так же: Magnus U. Konventionsübergreifende Interpretation internationaler Staatsverträge privatrechtlichen Inhalts // Aufbruch nach Europa — 75 Jahre Max-Planck-Institut für Privatrecht. 2001. S. 571, 579 и далее («*common law of private law conventions*»).

<sup>77</sup> См.: Heuer C.-H. Die Kunstraubzüge der Nationalsozialisten und ihre Rückabwicklung // NJW. 1999. 2558 и далее; к вопросу о практике компенсации: Armbruster T. Rückerstattung der Nazi-Beute — Die Suche, Bergung und Restitution von Kulturgütern durch die westlichen Alliierten nach dem Zweiten Weltkrieg. 2008. S. 207 и далее.

<sup>78</sup> Декларация международной конференции по вопросам имущества, похищенного во время Холокоста (издана: IPRax. 1999. S. 284 и далее), реализация которой в Германии происходила путем «Совместного разъяснения федеральным правительством, землями и муниципальными объединениями необходимости розыска и возврата культурного достояния, похищенного при национал-социалистическом режиме, в особенности конфискованного у евреев», от 14.12.1999 г., а также его конкретизацией посредством так называемых рекомендаций по реализации этой декларации, с последними изменениями от 2007 г. (издано: KunstRSp. 2009. S. 36). См.: Crezelius G. Die Umsetzung der sog. Washingtoner Prinzipien // Verantwortung wahrnehmen. NS Raubkunst — Eine Herausforderung an Museen, Bibliotheken und Archive. 2009. S. 133 и далее.

<sup>79</sup> Перечисление см.: Siehr K. 10 Jahre Washingtoner Raubkunst-Richtlinien // KUR 2009. S. 79, 80 (добросовестное приобретение, давность владения, утрата права, истечение срока давности, запреты на экспорт).

<sup>80</sup> См.: Raschèr A. Washingtoner Raubkunst-Richtlinien — Entstehung, Inhalt und Anwendung // KUR 2009. S. 75, 77 (отклонение формально юридических протестов и распределение бремени доказательств); Mosimann P. Raubkunst vor Gericht // KUR 2009. S. 112, 115 («учитывать в рамках вынесения судебного решения»). Апелляционная сила, таким образом, превосходит государственных адресатов и связывает моральными обязательствами также и частных лиц.

<sup>81</sup> Другой пример из практики международного права — это подписанный в 2008 г. «документ Монтеухо», благодаря которому нормы для частных военных и разведывательных предприятий в вооруженном конфликте между 17 государствами и Красным Крестом были оговорены как необязательные. Также и они могут пониматься как нарративные нормы. Издано в виде приложения к письму от 02.10.2008 Постоянного представителя Швейцарии в ООН, адресованному Генеральному секретарю ООН, Совет безопасности, Генеральная ассамблея 06.10.2008 г., A/63/467 — S/2008/636. За указание мы благодарим проф. Kerstin Odendahl (St. Gallen).

<sup>82</sup> См.: FAZ. № 13 от 16.01.2002, 43; Jayme E. Narrative Normen im Kunstrecht // FS für Manfred Rehbinder. 2002. 539 ff.; Idem. Die Washingtoner Erklärung zur Restitution von Kunstwerken an Holocaustopfer: Narrative Normen im Kunstrecht // Idem. Internationales Privatrecht und Völkerrecht. Gesammelte Schriften. Bd. 3. 2003. S. 136, 140, что также подтверждает: Raschèr A. Op. cit. S. 75, 77; Mosimann P. Op. cit. S. 112, 115.

щего содержательного признания приобретают нормативное значение, они смягчают стоящие за ними моральные требования. Жесткость моральных требований благодаря этому преобразуется в содержащее принципы основное нормативное положение, которое позволяет осуществлять процесс беспристрастного взвешивания<sup>83</sup>. Примером этого служит решение по делу Сакса Федерального Верховного суда ФРГ<sup>84</sup>.

## 2. Поднятые правовые вопросы (собственность и истребование имущества)

Умерший в 1974 г. еврейский стоматолог и коллекционер предметов искусства доктор наук Ханс Сакс владел коллекцией, насчитывающей около 12500 экземпляров афиш, объявлений о выставках и рекламных листовок, датируемых 1896–1938 гг. Перед своей эмиграцией в США он попытался застраховать свою коллекцию плакатов. Однако планы на продажу были расстроены, а плакаты в 1938 г. были конфискованы гестапо. Плакаты считались пропавшими без вести и вновь появились только в середине 60-х гг. в арсенале Восточного Берлина Унтер ден Линден. Сакс в 1961 г., согласно Федеральному закону по выплате компенсаций, получил компенсацию за утрату коллекции плакатов в размере 225 тыс. немецких марок для удовлетворения всех «имеющихся в настоящем деле притязаний». Когда Сакс в последующие годы через личные контакты узнал, что части его коллекции были обнаружены в Восточном Берлине, он связался с ответственным искусствоведом-историком ГДР. Он писал: «Изначально я хотел бы особо подчеркнуть, что я материально вообще не заинтересован в сотрудничестве, но исключительно идейно. После многолетних разбирательств я уже получил некоторое время назад по решению немецкого суда значительную сумму компенсации, которая удовлетворила все мои притязания». Иск на возврат коллекции, предъявленный 35 лет спустя в 1996 г. его сыном Петером Саксом, суд земли Берлин по существу удовлетворил. Факты утери, которые должен был доказать музей, (государственная конфискация во время и после правления национал-социалистов, обеспечительная передача собственности и добровольная уступка прав) не были установлены. Соглашение по делу в момент, когда считавшиеся утерянными плакаты появились вновь, заключено не было<sup>85</sup>. Однако

<sup>83</sup> Относительно компромиссного потенциала принципов в рамках возобновленного судебного дела о выдаче работы Пауля Клее «Sumpfliegende», см.: Gropp R. M. Schritte in die richtige Richtung: Einigung im Streit um Klees «Sumpfliegende» steht bevor // FAZ. 06.05.2013. S. 30.

<sup>84</sup> Федеральный Верховный суд. Решение от 16.03. 2012 — V ZR 279/10 (KG) NJW 2012, 1796; Низшая инстанция: Городской суд. Решение от 28.01.2010 г., Az. 8 U 56/09, BeckRS 2010, 04010, Суд земли Берлин. Решение от 10.02.2009 г., Az. 19 O 116/08, ZOV 2009, 77 = BeckRS 06409).

<sup>85</sup> ФРГ не позволила передавать собственность как в страховых случаях на основе § 255 ГК ФРГ в порядке § 931 ГК ФРГ. За лицами, имеющими право на компенсации в рамках § 255 ГК ФРГ, так или иначе, признается право при появлении утерянного имущества требовать восстановление права

Городской суд Берлина отказал в удовлетворении иска в апелляционном порядке. Он отклонил в виндикационный иск с обоснованием, что это дело не входит в рамки специального западногерманского права реституции, которое не содержит формулировки для случая появления имущества, которое считалось пропавшим. Аргументация замещающего приоритета действительности виндикационного права по отношению к ГК ФРГ была неубедительна и поэтому была, конечно, отвергнута Федеральным Верховным судом ФРГ<sup>86</sup>. Это подсказывали Вашингтонские принципы<sup>87</sup>.

## 3. Встречные права (истечение срока давности и утрата права)

Решающие вопросы поэтому зависели от истечения срока давности и утраты прав на иск возврата, субсидиарно подтвержденной Городским судом низшей инстанции. Срок давности виндикационного иска истекает через 30 лет после возникновения его причины (§ 197 абз. 1 № 1 ГК ФРГ). Давность срока была приостановлена во времена существования ГДР, что, в свою очередь, может представлять собой конкретизацию «непреодолимой силы», необходимую для компенсации, согласно § 203 (абз. 2) ГК ФРГ в старой редакции (= § 206 ГК ФРГ)<sup>88</sup>. Шестимесячный дополнительный срок, который был предоставлен по устранению препятствий в отправлении правосудия, истек к моменту возбуждения иска. Однако истечение давности срока не исключает обязанность выдачи, но превращает ее в натуральное обязательство<sup>89</sup>. Таким образом, собственник не вправе более принуждать к выдаче, так как владелица и ее правопреемники (§ 198 ГК ФРГ)<sup>90</sup> обладают правом на отказ от

собственности на него с одновременным возвратом выплаченных компенсаций: ГК ФРГ, 2009, § 255 Дело 43; ГК ФРГ, 72. ред. 2013, § 255 Rn. 9 (право выбора). При условии другого соглашения, таким образом, утрата права собственности на основе § 255, 931 ГК ФРГ не является составом дела.

<sup>86</sup> Имеющиеся правовые позиции не должны быть аннулированы виндикационным правом: Федеральный Верховный суд. Решение от 16.03. 2012. — V ZR 279/10 (KG) NJW 2012, 1796, 1797, ср. подробно: Schulze G. Die Washington Principles und die Restitution der Plakatsammlung Sachs // KunstRSp. 2010. S. 9–10. Также Rudolf S. Restitution von Kunstwerken aus jüdischem Besitz. 2007. S. 95 и далее; Weller M. Kein Ausschluss des allgemein-zivilrechtlichen Anspruchs auf Herausgabe nach § 985 BGB durch Rückerstattungsrecht // KunstRSp. 2009. S. 40, 42.

<sup>87</sup> Федеральный Верховный суд ФРГ в дублировании правовых основ уже усматривает «идею справедливости, которая лежит в основе законов о компенсации ущерба». Решение Верховного федерального суда от 28.02.1955 г. (GSZiv) NJW 1955. 905, 907.

<sup>88</sup> Ellenberger, BGB, 72. ред. 2013, § 206 Rn. 5 (при неосуществимых претензиях за границей); также Grothe, BGB, 6. ред. 2012, § 206 Rn. 7.

<sup>89</sup> См.: Peters/Jacoby. BGB. 2009. § 194 Rn. 10; Mansel. BGB. 2011. § 241 Rn. 20; Piekenbrock. Befristung, Verjährung, Verschweigung. 2006. S. 470; Schulze G. Die Naturalobligation. 2008. S. 510.

<sup>90</sup> Относительно решения, вынесенного в отношении модернизации обязательственного права Верховным судом см.: Решение от 09.09.1998 г. — City of Gotha and Fed. Rep. of Germany v. Sotheby's and Cobert Finance S.A. относительно

исполнения обязательств, согласно § 214 (абз. 1) ГК ФРГ. В соответствии с данными в решении по апелляции, музею не удалось придать юридическую силу истечению срока давности со ссылкой на *Вашингтонские принципы*<sup>91</sup>. Вопрос на границе морали и права, может ли и если может, то при каких обстоятельствах, быть выдвинуто возражение о давности, остался без ответа<sup>92</sup>. Музей, однако, сослался на утрату права, после того как Суд земли посчитал обязательным внесение последующего возражения<sup>93</sup>. Необходимо было установить обстоятельства, на которые могла бы добросовестно положиться ответчица. Городской суд Берлина повторно обратился к письменным посланиям коллекционера сотрудникам музея ГДР в 1967 г. Далее упоминается один раздел письма коллекционера, относящегося к 1970–1971 гг. о повторном появлении его коллекции плакатов. Представляется оправданным решение о приобщении этих обстоятельств к общей оценке состава утраты права, поскольку они раскрывают свою доверительную юридическую силу как раз в период после исключения препятствий к отправлению правосудия в 1990 г. до возбуждения иска в 2006 г. Они также были приняты за основу Консультативной комиссией, возглавляемой Юттой Лимбах, которая была обличена доверием обеих сторон до производства иска и которая высказала «морально обоснованную» рекомендацию сохранить плакаты за музеем<sup>94</sup>. Комиссия опиралась на *Вашингтонские принципы* и усмотрела честный компромисс в том, чтобы коллекция выставлялась под попечи-

немецкого права давности и критики давности см.: Siehr K. Verjährt ein Anspruch auf Herausgabe des Eigentums? // *Kunstdiebstahl vor Gericht*. 2001. S. 53, 74.

<sup>91</sup> Решение Суда округа от 28.01.2010 г., 8 U 56/09, под номером II. 2) с обоснованием принятия решения. Это соответствует разъяснению бывшего министра культуры Науманна, заявлению для печати Уполномоченного федеральным правительством по культуре и СМИ от 12.12.2008 г., «Черта под делами о похищенными нацистами предметах искусства не подведена», которое представляет собой добровольное обязательство за государственные структуры культуры. Из Вашингтонских принципов и их реализации (см. выше 78), однако, не вытекает отказ от исковой давности. См.: Weller M. Kein Ausschluss des allgemein-zivilrechtlichen Anspruchs auf Herausgabe nach § 985 BGB durch Rückstattungsrecht // *KunstRSp*. 2009. S. 40, 42 и след.

<sup>92</sup> Внесение возражения об исковой давности подлежит судебному контролю согласно § 242 ГК ФРГ (*replicatiodoli*). Аморальный момент внесения возражения в данном случае подлежит, таким образом, судебному контролю.

<sup>93</sup> Решение Суда земли Берлин от 10.02.2009 г., ZOV 2009, 77 под номером III.с обоснованием решения. Это совпадает с мнением Roth G. BGB. 2012. § 242 Rn. 348. И напротив, в возражении против исковой давности видится факт протеста, который, однако, не придает силу возражению, ср.: Staudinger/Looschelders/Olzen, 2009. § 242 BGB Rn. 324; Jauernig/Mansel, 2011, § 242 Rn. 63.

<sup>94</sup> Заявление для печати от 25.01.2007 г.: Вторая рекомендация Консультативной комиссии о возврате культурных ценностей, конфискованных в ходе преследования национал-социалистами. Управление прессой и информацией Федерального правительства

тельством куратора с упоминанием коллекционера и, таким образом, сохранила свою целостность как коллекция. При этом она признала высказывания и желания коллекционера, для которого сохранение коллекции в музее было важнее, чем ее коммерческая ценность. Таким образом, музей сохранил за собой право на владение и экспозицию плакатов. Истец не обосновал позднее возбуждение иска. Вместо этого он ссылается со своей стороны на *Вашингтонские принципы*, из которых он заимствует неограниченное право на реституцию. Основанная на принципах доброй совести утрата прав (§ 242 ГК ФРГ) сохраняет собственность, но отклоняет иск на возврат имущества. *Replicatio doli istца, однако, в свою очередь, ставят под вопрос утрату прав*. Городской суд в лице Консультативной комиссии выступал на стороне музея-ответчика. Ему было разрешено сохранить за собой плакаты, так как наряду с истечением срока давности материальные интересы коллекционера были удовлетворены денежной компенсацией, ровно как его идейные интересы — кураторским попечительством. Норма *Вашингтонских принципов* поиска справедливого и беспристрастного решения тем самым отразила *replicatio doli* истца. Принципы открывают компромисс, так как ответчица могла предложить истцу за принадлежащую ему собственность<sup>95</sup> денежную выплату. Это не явилось бы повторной компенсацией, но приобретением права собственности. Федеральный Верховный суд ФРГ отклонил, однако, утрату права собственности в своем решении кассационной инстанции и предписал выдачу имущества. Тем самым он смог продемонстрировать, что принципы исключают выдвижение музеями возражения об утрате прав<sup>96</sup>.

#### Тезисы:

1. Право государственного коллектива является одним из признаваемых ценных достижений культуры. Применение иностранного права в соответствии с нормами коллизионного права как по отношению к человеку, так и по отношению к коллективу, который порождает это право, осуществляется с этико-правовой точки зрения.
2. Если национальная базовая оценка совпадает с иностранной правовой нормой, которая тесно связана с обстоятельствами дела, то созвучие оценок может оправдать ее учет

<sup>95</sup> Таким образом, Городской суд следует письменному воззрению, согласно которому утрата права обосновывает препятствие отправлению правосудия (приостановление) и сохраняет право: MünchKomm/Roth G. BGB. 2012. § 242 Rn. 346; Staudinger/Looschelders/Olzen. 2009. § 242. BGB Rn. 318 также о статусе воззрения. Согласно противоположному воззрению, например, Palandt/Grüneberg. BGB. 2013. § 242. Rn. 96 и 105; Jauernig/Mansel. 2011. § 242 Rn. 63 наступает ограничение прав собственности.

<sup>96</sup> Федеральный Верховный суд. Решение от 16.03. 2012 — V ZR 279/10 (KG) NJW 2012, 1796, 1799 и след.

независимо от норм коллизионного права. Основой является уважительное признание права, вытесненного коллизионным правом, оценка которого приобретает силу в качестве вклада в достижение общей цели.

3. Нарративные нормы, такие как *Вашингтонские принципы*, артикулируют моральные ценности и обосновывают моральные требования.

Достигнутая благодаря этим принципами юридикация позволяет смягчать и учитывать противоположные ценностные позиции. Жесткость моральных требований преобразуется в содержащее принципы основное нормативное положение. Благодаря этому, вместо однозначных решений, возможны обеспеченные законом компромиссы.

#### Библиография:

1. Bydlinski F. System und Prinzipien des Privatrechts. — Wien: u/a, 1996. — 704 s.
2. Dreier H., Hilgendorf E. Kulturelle Identität als Grund und Grenze des Rechts // Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie. — 2008. — № 113. — S. 29–54.
3. Jayme E. Narrative Normen im Internationalen Privat- und Verfahrensrecht. — Tübingen: Mohr. & Siebeck, 1993. — 422 s.
4. Schulze G. Die Naturalobligation. — Tübingen: Mohr. & Siebeck, 2008. — 754 s.

*Перевод Н.Л. Овсянниковой, доцента кафедры иностранных языков Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА)*

*Материал поступил в редакцию 23 августа 2014 г.*

### **MORAL IMPERATIVES IN THE INTERNATIONAL CIVIL LAW**

**Schulze Götz** — Dr. iur. habil., Professor, Head of the Department of Civil Law, International Private and Procedural Law and Comparative Legal Studies of the Law Faculty of the University of Potsdam (Germany). 14482, Deutschland, Potsdam, August-Bebel-Str. 89.

**Review.** *Moral claims define ethical positions of the values, which can hardly be considered within the legal discourse. The first part of the article provides for the moral implications of the legal claims in the sphere of material civil law, which may be defined as the «minimamoralia» of civil law. Additionally, the moral claims exist as a social phenomenon. They are characterized by lack of definition, attempts to achieve a principal goal, which is viewed as being positive. In the international civil law the ethical axiom of mutual claims gains a very specific meaning. In this case recognition concerns the claim for recognition by the other party. At the same time the other party in the international civil law may be a natural person or a state. The claims of states and natural persons for self-determination are formed by the law. Public law should be regarded as a cultural achievement. Accordingly, when there is a strong link with the facts, the legal ethics require application of foreign law as a matter of respect of citizen and state. In addition to the legal ethics formed by the cosmopolitan mind, the applicable law should be complemented with the cultural values. Legal gateways for such ethical aspects involve common matters, such as good faith. Therefore, the Jayme doctrine on «moral coordinates» is made legitimate via the legal ethics. In addition, ethical virtues may be recognized in the non-governmental treaties, such as the Washington Principles of Nazi Confiscated Art. Jayme has developed the term «narrative norms» for the norms expressing moral claims without possible legal follow-up. They allow to balance the moral claims and positions via compromising, rather than with the strict compliance with the «all or nothing» approach. It may be illustrated by the court decision in the Sachs case, which concerns the art posters confiscated by the Nazi.*

**Keywords:** *jurisprudence, international private law, morals and civil law, moral and legal claims, justice, cultural identity, legal cultural values, recognition of cultural differences, narrative norms, Washington Principles of Nazi Confiscated Art.*

ЭЙК ЮБЕРШЕР (Eyk Ueberschär)\*

## ОТНОСИТЕЛЬНО РАЗВИТИЯ И БУДУЩЕГО ЭКОНОМИЧЕСКОЙ МЕДИАЦИИ В ГЕРМАНИИ

**Аннотация.** В настоящее время медиация уже настолько прочно закреплена во многих областях немецкого права, что, благодаря различным типовым проектам, она даже нашла выход в государственную юстицию. С конца 90-х гг. прошлого столетия в Германии на фоне немецкого правопорядка ведется интенсивная дискуссия о том, какое место должна занять медиация в системе юстиции. При этом такие установившиеся в немецком праве инструменты, как «мировое соглашение» и «третейский суд», не считаются самостоятельными и действенными механизмами разрешения конфликтов. Благодаря успешной интернационализации экономических отношений методы урегулирования конфликтов посредством медиации, уже закрепившиеся за рубежом, все чаще стали попадать в поле зрения заинтересованной общественности. Однако применение медиации в экономике Германии до сих пор очевидным образом ограничено. После принятия Европейской директивы о медиации немецкий законодатель исполнил свою обязанность о трансформации норм европейского права и представил проект немецкого закона о медиации (Закон о содействии медиации и другим методам внесудебного разрешения конфликтов — Закон о медиации). Данный законопроект призван компенсировать существующий до сих пор правовой дефицит.

**Ключевые слова:** юриспруденция, медиация, экономическая медиация, система юстиции, мировое соглашение, третейский суд, разрешение конфликтов, Европейская директива о медиации, Закон о медиации ФРГ, право на внесение предложений по медиации.

*Целью права является свобода,  
способом — борьба.  
(Рудольф фон Йеринг  
Борьба за право, 1872)*

### 1. Определение местонахождения

Разрешение конфликтов в рамках судебного производства, как и прежде, требует в Германии много времени и денег. Успех судебного разбирательства и судебные издержки для предприятий, как правило, невозможно предвидеть, что включает в себя также угрозу банкротства вследствие недостаточной платежеспособности участника процесса. Экономические последствия при этом значительны. Утвердившиеся в немецкой правовой системе инструменты «мировое соглашение» и «третейский суд» в целом не рассматриваются как самостоятельные и действенные методы разрешения конфликтов. Кроме того, в немецком экономическом праве можно обнаружить только отдельные посреднические структуры, например, в § 15 Закона против недобросовестной конкуренции (UWG) и в § 305 (абз. 1 № 1) Положения о банкротстве (InsO). Параг-

граф 15а Вводного закона Гражданского процессуального кодекса (EGZPO), который позволяет федеральным землям в незначительных спорах применять обязательное третейское урегулирование, также следует в данном направлении.

Благодаря успешной интернационализации экономических отношений методы урегулирования конфликтов посредством медиации, уже закрепившиеся за рубежом, все чаще стали попадать в поле зрения заинтересованной общественности. В ФРГ до сих пор не существует всеобъемлющего закона о медиации или профессионально-правового регулирования деятельности медиаторов. Независимо от этого были разработаны национальные минимальные стандарты, которые должны были применяться во всех сферах практики. На институциональном уровне в сферах медиации и арбитража действовали, прежде всего, некоторые торгово-промышленные палаты (ИНК), причем они преимущественно следовали методу «третейского разбирательства». В настоящий момент около 30 частных учреждений предлагают свои посреднические услуги предприятиям. Между тем медиация во многих сферах все

© Ueberschär Eyk, 2015

\* Юбершер Эйк (Ueberschär Eyk) — Dr. iur., внештатный преподаватель по медиации, юридический факультет Потсдамского университета (Германия).

14482, Deutschland, Potsdam, August-Bebel-Str. 89.

же плотно закрепилась в Германии и, благодаря различным типовым проектам, даже нашла выход в государственную юстицию.

По причине конфиденциальности метода о делах с привлечением медиации (либо в пределах одного предприятия, либо между предприятиями) в экономике, в отличие от других сфер права, за исключением отдельных документов или докладов на специальных конгрессах, известно мало. Применение медиации в экономике Германии до сих пор, с эмпирической точки зрения, ограничено. У отдельных крупных предприятий, таких как E.ON, SAP, Audi, Siemens, Bombardier Transportation, Deutsche Bahn AG<sup>1</sup>, Deutsche Telekom AG, медиация, по-видимому, уже получила признание. Основание этими крупными предприятиями «Round Table Mediation und Konfliktmanagement der deutschen Wirtschaft» (RTMKM, Круглого стола по темам медиации и управления конфликтами в немецкой экономике) в начале 2008 г.<sup>2</sup> демонстрирует сильно выросший с их стороны интерес к медиации и другим формам конфликтного менеджмента. Эта вежа в подходе к решению конфликтов оставляет надежду. После этого открылся значительный потенциал для медиации как для воспринимаемой всерьез альтернативной правовой услуги в сфере экономики. Также малые и средние предприятия (МСП) в большем объеме используют медиацию для разрешения конфликтов внутри предприятия и между предприятиями<sup>3</sup>.

Законодатель поспешил с проектом немецкого закона о медиации (Закон о содействии медиации и другим методам внесудебного разрешения конфликтов, далее — Закон о медиации) не только в соответствии с обязательствами по исполнению<sup>4</sup>. Смена курса в законодательстве с состязательного процесса на консенсуальное урегулирование споров было уже обозначено Федеральным Конституционным судом<sup>5</sup>. Этот законопроект призван компенсировать существующий до сих пор правовой дефицит. Закон стремится внести важный вклад в культуру самостоятельного и стабильного урегулирования споров. Законопроект предусматривает, например, что в будущем уже в исковом заявлении должно быть указано, была ли проведена медиация до судебной процедуры. Также судам должна быть предоставлена возможность предлагать сторонам медиацию. Подчеркивается, что особенно важна возможность в будущем по заявлению сто-

рон объявлять посреднические соглашения подлежащими исполнению. Новый закон определенным образом должен также регулировать права и обязанности медиаторов. В особенности законом должны защищаться независимость и конфиденциальность медиаторов. Однако в соответствии с текущим состоянием законодательства также и в будущем не представляется возможным законное регулирование стандартов и процедур медиации.

## 2. Определение экономической медиации

В отличие от других самостоятельных сфер применения медиации, об экономической медиации речь идет чаще всего, когда стороны конфликта при поддержке медиатора прибегают к внесудебному урегулированию спора в предпринимательски-экономически-промышленно релевантных обстоятельствах с целью долговременного улаживания существующего конфликта и — в идеальном случае — даже достижения совместной выгоды<sup>6</sup>. Следует принципиально различать медиацию при конфликтах внутри предприятия и вне него.

### 2.1. Медиация при конфликтах внутри предприятия

К возможным сферам медиации внутри предприятия относятся, например:

- медиация в пределах организационной структуры (кооперация в концернах);
- медиация между группами лиц, имеющими общие интересы (тарифные конфликты, организация труда);
- медиация в ходе процесса реструктуризации (также в случае банкротства);

Для решения этого типа конфликтов, главная проблема которых заключается в организации предприятия и которые касаются в первую очередь вопросов структуры организации, компетенции и ответственности в органичной системе «предприятие», право предоставляет недостаточно альтернатив<sup>7</sup>.

К одной из прочих групп конфликтов внутри предприятия обычно относятся:

- конфликты, относящиеся к области трудового права;
- конфликты между производственным советом и руководством предприятия;
- конфликты между руководством и сотрудниками<sup>8</sup>.

При применении медиации в этой группе конфликтов внутри предприятия чаще говорят

<sup>1</sup> См.: Gantz-Rathmann B. Einführung innerbetrieblicher Mediation am Beispiel der Deutschen Bahn AG // Jousen J., Unberath H. Mediation im Arbeitsrecht. München: Verl. C.H. Beck, 2009. S. 93–96.

<sup>2</sup> URL: <http://www.rtmkm.de/>

<sup>3</sup> URL: [http://www.gwmk.org/mediation\\_dokumentationen.html](http://www.gwmk.org/mediation_dokumentationen.html)

<sup>4</sup> Печатное издание БТ 17/5335 в продвижение Норматива 2008/52/ЕГ Европейского парламента от 21.05.2008 г. относительно определенных аспектов медиации в гражданских и коммерческих делах.

<sup>5</sup> BVerfG. NJW-RR. 2007. S. 1073, 1074.

<sup>6</sup> См.: Wirtschaftsmediation im europäischen Vergleich — Erfahrungen und Perspektiven — Im Auftrag des Bundesministeriums für Wirtschaft und Arbeit — Europäisches Institut für Wirtschaftsmediation. Wien, 2005. S. 11; Pöpping W. Wirtschaftsmediation als Verfahren des betrieblichen Konfliktmanagements, Bedarf und Nachfrage — Eine empirische Untersuchung. München; Mering: Rainer Hampp Verl, 2008. S. 22.

<sup>7</sup> См.: Wirtschaftsmediation im europäischen Vergleich. S. 13.

<sup>8</sup> См.: Lambrette K., Herrmann M. Eine explorative Studie zur Akzeptanz von Wirtschafts- und Arbeitsmediation in Deutschland: Diplomarbeit. Dresden, 2002. S. 159.

о «медиации в сфере трудового права»<sup>9</sup>, чем об «экономической медиации».

### 2.2. Медиация при конфликтах вне предприятия

К сферам конфликтов вне предприятия, при которых может применяться медиация, относятся:

- конфликты между деловыми партнерами и конкурирующими фирмами;
- конфликты между частными или общественными заказчиками/исполнителями;
- конфликты с банками и страховыми фирмами;
- конфликты в результате слияния;
- конфликты в результате банкротства;
- конфликты в отношениях клиент–поставщик;
- конфликты, вытекающие из договорных отношений или законных на материальную ответственность или из предоставленных гарантий (например, ответственность изготовителя, врачебная ответственность, ответственность за качество строительных работ);
- конфликты интересов в сфере конкурентного права и охраны промышленных прав (антимонопольное право, авторское право, право на товарный знак и патентное право);
- конфликты между предприятием и общественностью (например, план капитального строительства, конфликты, связанные с охраной окружающей среды).

Другую группу конфликтов — часто имеющих решающее значение для существования предприятия — не без труда можно причислить к группе конфликтов за пределами предприятия или к группе конфликтов внутри предприятия:

- конфликты между членами общественных объединений<sup>10</sup>,
- конфликты вокруг правопреемства юридических лиц<sup>11</sup>.

## 3. Внутренние и внешние компоненты экономической медиации

### 3.1. Управление

Управление рисками является фактором общего управления предприятия. К общим сферам рисков предприятия, таким как:

- рыночные риски;
  - финансовые риски;
  - реализация;
  - логистика и производство;
  - персонал;
  - финансовые риски и прочие риски
- относятся также **правовые риски**. К правовым рискам относятся, например:

- действующее законодательство, предписания, а также законотворчество в целевых областях предприятия;
- судопроизводство;
- действующие соглашения с дебиторами и кредиторами;
- ответственность производителя за качество изделия;
- US-Tr. Act (Закон о торговле США);
- правопреемство юридических лиц;
- ответственность руководителя;
- лицензии, патенты, одобрения и разрешения;
- риски вследствие мошенничества, вымогательства и прочих правонарушений, а также конфликты внутри предприятия и судебные процессы. Пока не окончен или полным ходом идет правовой спор с неопределенным исходом, предприятие не может осуществлять планирование. Расходы на разрешение конфликтов для предприятия по-прежнему являются недооцененной производственно-экономической нагрузкой.

«Поскольку коммерческие конфликты чаще всего (также) затрагивают предпринимательские вопросы, менеджмент и юридический отдел в ходе разрешения конфликта должны работать в тесном взаимодействии» (Высказывание одной из сторон в иске)<sup>12</sup>.

Все чаще медиация как составной элемент всеобъемлющего управления конфликтами или как отдельный компонент вовлекается в стратегические перспективы предприятий<sup>13</sup>.

### 3.2. Нормативно-правовая база

Немецкая правовая система — что обусловлено даже исторически — характеризуется противоречивым разрешением конфликтов при участии судьи. Но все чаще законодательство должно решать задачи создания правовой базы, необходимой для решения конфликтов, путем достижения консенсуса. Также и в отношении национальной и интернациональной конкурентоспособности предприятий решающее значение имеет то, удастся ли немецкому законодателю сформировать основы пересечения между противоречивой и кооперативной процедурами урегулирования споров посредством принимаемого закона о медиации, так чтобы каждый конфликт нашел соответствующее разрешение<sup>14</sup>. Несмотря на то, что правовая система может создать только нормативные рамки, тем самым она, однако, предлагает общепризнанный вариант решения конфликтов. Конфликты требуют подхода и нормативных рамок, которые в состоянии охватить все плоскости,

<sup>12</sup> См.: PricewaterhouseCoopers. Commercial Dispute Resolution. Konfliktbearbeitungsverfahren im Vergleich 2005. S. 27.

<sup>13</sup> См.: Simen J., Morawitz Ch. Die Einbindung der Mediation in strategische Perspektiven von Unternehmen // Joussem J., Unberath H. Mediation im Arbeitsrecht. München: Verl. C.H. Beck, 2009. S. 55 ff.

<sup>14</sup> См.: Greger R. Auf dem Weg zu einem deutschen Mediationsgesetz // ZKM. 2010. № 4. S. 123 f.

<sup>9</sup> См.: Stevens-Bartol E. Mediation im Arbeitsrecht // Breidenbach S. Henssler M. Mediation für Juristen. Köln: Dr. Otto Schmidt, 1997. S. 141 ff.

<sup>10</sup> См. например: Böhm N. Konfliktbeteiligung in personalistischen Gesellschaften. Köln: Dr. Otto Schmidt Verl., 2000.

<sup>11</sup> См.: Wirtschaftsmediation im europäischen Vergleich. S. 12.

на которых проявляется конфликт. Право всегда предполагает возможность урегулирования и по этой причине представляет собой общественную ценность. Правотворческая деятельность, понимаемая индуктивно, может поэтому означать также и создание ценности, которое окажет позитивное влияние на общественные масштабы разрешения конфликтов. Таким образом, она предписывает также средства и процедуры разрешения конфликтов, часто *prima facie* (на первый взгляд) — и против воли участников! Содействие альтернативному решению конфликтов, однако, не может полностью обойтись без государственной поддержки: с помощью разъяснения, вспомогательной информации, поощрений и при случае — санкций, которые государство должно предусмотреть, по крайней мере в течение переходного периода<sup>15</sup>. Также и Федеральный Конституционный Суд ускоряет эту смену парадигмы. Законодатель не только обязан «предусмотреть контрадикторную процедуру. Он может также создать поощрения полюбовного разрешения споров, например, чтобы ускорить процедуру разрешения конфликта, способствовать соблюдению права или разгрузке государственных судов»<sup>16</sup>.

Кроме того, обязательным является выработка общих для общественности и разработчиков терминов, обеспечивающих облегченную передачу знаний<sup>17</sup>.

#### 4. Об эволюции в признании экономической медиации в Германии

Одно из первых исследований с реальными данными относительно экономической медиации в Германии (Ламбре/Херрманн, 2002) констатировало, что причина недостаточного признания экономической медиации заключается, прежде всего, в недостаточности информации о данной процедуре. Культура управления конфликтами все еще часто определяется авторитарно, и поэтому «несовместима с равноправной открытой процедурой»<sup>18</sup>. Важнейшие тезисы можно суммировать следующим образом: по причине нехватки информации относительно посреднической процедуры медиации в немецкой экономической жизни 2002 г. играла незначительную роль, однако предприятия демонстрировали принципиальную готовность решать конфликты посредством медиации в целях сокращения издержек. Достойные упоминания мероприятия по содействию и внедрению медиации в Германии (на тот момент) отсутствовали<sup>19</sup>.

<sup>15</sup> См.: Jousen J., Unberath H. *Gegenwärtiger Stand und Perspektiven der konsensualen Streitbeilegung — Spezifika des Arbeitsrechts*. S. 15.

<sup>16</sup> BVerfG. NJW-RR. 2007. S. 1073, 1074.

<sup>17</sup> См.: Price water house Coopers. 2011, Januar. S. 75.

<sup>18</sup> Lambrette K., Herrmann M. *Op. cit.* S. 147, 190.

<sup>19</sup> См.: Weidner W. *Konfliktkosten im Unternehmen — Ihre Chance als Wirtschaftsmediator // Kanzlei führung professionell*. 2005. № 8. S. 5.

Результаты исследования «Price Waterhouse Coopers», датированного апрелем 2005 г.<sup>20</sup>, соответственно, собрали данные по 83 из 100 предприятий Германии относительно первого опыта применения внесудебной процедуры разрешения конфликтов с третьими лицами. Несмотря на наличие информации о данной альтернативе, большинство опрошенных предпринимателей отдали предпочтение переговорам и судебной процедуре как классическим формам разрешения конфликта с другими предприятиями. На тот момент исследование в конечном счете отмечает «значительное расхождение между практическим использованием процедур разрешения конфликтов (со значительным акцентом на комбинации процедур «переговоры-суд») и абстрактными представлениями опрошенных относительно отдельных процедур (с дифференцированной и позитивной, в особенности при непосредственном сравнении с судом, оценкой, еще мало применяемой на практике внесудебной процедуры с участием третьих лиц). Исходя из данных результатов, напрашивалась рекомендация оптимизировать урегулирование конфликтов путем использования всего спектра имеющихся процедур — и в особенности внесудебной процедуры с участием третьих лиц. Такое усовершенствование практики намного лучше будет соответствовать актуальным предпочтениям предприятий в вопросе разрешения конфликтов». Исследование сформулировало ясную рекомендацию по систематической разработке конфликтного менеджмента<sup>21</sup>.

В 2007 г. уже «очевидной была тенденция к медиации», так как двое из трех опрошенных предпринимателей видели будущее за медиацией как за разумной процедурой разрешения конфликтов<sup>22</sup>.

Актуальное исследование «Price Waterhouse Coopers» «Управление конфликтами — от элементов к системе» (январь 2011 г.) теперь подтверждает смену парадигмы на немецких предприятиях<sup>23</sup>.

#### 5. От отдельных элементов к системе

С точки зрения предприятия, элементарная ценность экономической медиации заключается не в том, чтобы ограничивать возможность разре-

<sup>20</sup> См.: Price water house Coopers, *Commercial Dispute Resolution — Konflikt bearbeitungs verfahren* в изд.: Vergleich 2005, в сотрудничестве с Европейским университетом Виадрина.

<sup>21</sup> См.: Price water house Coopers, *Commercial Dispute Resolution — Konflikt bearbeitungs verfahren*. S. 24.

<sup>22</sup> См.: Wolf A. *Die Konzeption und Analyse der Wirtschaftsmediation — Eine kritische Best and sauf nahme*, Diplomarbeit, Carl-von Ossietzky — Universität Oldenburg, 2007. S. 107.

<sup>23</sup> См.: Price water house Coopers. 2011. Januar. *Konflikt management — Von den Elementen zum System — Systematisierung von Erfahrungswissen und innovativer Praxis im Konfliktmanagement deutscher Unternehmen*, Price water house Coopers. 2011. Januar в сотрудничестве с Европейским университетом Виадрина.

шения спорного дела посредством вердикта независимого судьи. Напротив, его ценность в том, что стороны конфликта в силу своих полномочий при проведении переговоров или принятии решений — при поддержке медиатора — пытаются найти возможность завершения конфликта, при этом постоянно помня, что у них в любой момент есть право — возможно (субъективно) оцениваемое как (наиболее) перспективное — обратиться в суд. Наконец, более систематическое внутреннее управление конфликтами с другими предприятиями может оказать существенный вклад в соответствующее интересам и эффективное урегулирование конфликтов. При реализации подобных концепций необходимо учитывать очевидное признание опрошенных по возможности наиболее тесной кооперации между менеджментом и юридическим отделом<sup>24</sup>.

#### 6. Перспектива: на пути к Германии как территории медиации

Уже сами дискуссии относительно находящегося в процессе становления закона о медиации показывают значительно возросшую заинтересованность общественности в медиации. Если ранее она была ограничена, как казалось, в большей степени академической природой или сферами семейного или экологического права, то сейчас в рамках законодательного процесса слова попросили также и крупные промышленные объединения, особенно участники Круглого стола, с предложениями, которые необходимо было принять всерьез. Исследование «Управление конфликтами — от элементов к системе» констатирует, что спустя годы пассивности отмечается «значительно выросшая готовность к экспериментам среди немецких предприятий».

Однако в конечном счете именно практической потребности в альтернативных методах разрешений конфликтов законодатель позволил реализоваться. Разрешение спорных дел в сфере гражданского или экономического права посредством медиации, однако, и в будущем будет подлежать автономии сторон или положениям договора. Закон о медиации в этом смысле, очевидно, призван создать поощрения обоюдого разрешения споров и сильнее укрепить медиацию как в сознании предпринимателей, населения, так и при отправлении правосудия. Таким образом, медиация сможет найти более широкое распространение также и в экономике: стороны должны урегулировать свои конфликты, по крайней мере в будущем, подчеркнута автономно и, следовательно, без вмешательства государства. Так как уже в рекомендации медиации для предприятия скрывается важная возможность при экономически оправданных затратах восстановить договорные отношения и

утерянное доверие внутри предприятия и между предприятиями.

Круглый стол (RTMKM) мог бы внести и другой важный вклад в повышение признания медиации, если бы медиация как **средство внесудебного урегулирования споров** была бы внесена в текст § 278 (абз. 5 предл. 2) Гражданского процессуального кодекса<sup>25</sup>. Уже в целях усиления Германии в качестве территории медиации и, следовательно, экономической активности, к которым стремились участники Круглого стола, такое расширение было бы желательным. Так, в Англии и Уэльсе вследствие принятия Legal Service Act, Закона о предоставлении юридических услуг (LSA 2007), с 2009 г. больше не существует ограничений относительно межпрофессионального сотрудничества различных профессиональных групп. Для того чтобы Германия, при сравнении с другими странами, не проигрывала в этом отношении, также и в нашей стране специалисты в области психосоциологии, а также профессиональные группы и органы, близкие к медиации, и юристы должны иметь возможность объединиться с тем, чтобы обеспечить доступ к компетенции, связанной с разрешением конфликтов<sup>26</sup>. Немецкая экономика, наконец, признала, что обеспечение правопорядка также представляет собой существенный, непреходящий фактор национальной и международной конкуренции. Поэтому стоит одобрить «признание Германии как территории медиации в международных правовых отношениях. По этой причине немецкий законодатель должен в рамках реализации директив использовать шанс оформить издаваемый закон о медиации в настолько привлекательной и удобной для пользования форме, что, с точки зрения пользователя, он будет обладать приоритетом»<sup>27</sup>.

Наконец, для создания системы управления конфликтами на предприятиях необходима готовность менеджмента и предоставление структур и ресурсов.

В заключение мы, видимо, можем позволить себе сделать прогноз на будущее:

1. Крупные предприятия уже на основе имеющихся ресурсов и средств будут разрабатывать и систематизировать полную систему управления конфликтами или по крайней мере реализовывать отдельные элементы (омбудсмен, объединение медиаторов).
2. Мелкие и средние предприятия (МСП) будут реализовывать как минимум отдельные компоненты и/или прибегать к услугам внешних медиаторов.

<sup>24</sup> См.: Price water house Coopers, Commercial Dispute Resolution — Konflikt bearbeitungs verfahren. S. 24.

<sup>25</sup> См.: Round Table Mediation & Konflikt management der Deutschen Wirtschaft, Positionen papier der deutschen Wirtschaft zur Umsetzung der EU-Mediations richtlinie // ZKM. 2009. № 5. S. S. 151.

<sup>26</sup> См.: ZKM.2009. № 5. S. 152.

<sup>27</sup> Ibid. S. 147.

3. Мелкие предприятия чаще всего будут прибегать к услугам внешних медиаторов.

Проект немецкого закона о медиации в первую очередь свидетельствует о практической потребности. Одновременно он представляет собой прорыв. Законодатель имеет шанс сформулировать, таким образом, «принцип медиации» как общегосударственной потребности и превратить его в важный фактор развития гражданского общества. С общественно-политической точки зрения, медиация не оказывается чрезмерной: притязание медиации

состоит в том, что посредством обширной, прежде всего действенной для общественности практики медиации формируется новый вид взаимодействия, который характеризуется ненасильственной коммуникацией и новой культурой споров.

*Право — это беспрестанный труд,  
и при этом не только государства,  
а всего народа  
(Рудольф фон Йеринг,  
Борьба за право, 1872)*

#### Библиография:

1. Böhm N. Konfliktbeteiligung in personalistischen Gesellschaften. — Köln: Dr. Otto Schmidt Verl., 2000.
2. Breidenbach S., Henssler M. Mediation für Juristen. — Köln: Dr. Otto Schmidt Verl., 1997.
3. Gantz-Rathmann B. Einführung innerbetrieblicher Mediation am Beispiel der Deutschen Bahn AG // Jousen J., Unberath H. Mediation im Arbeitsrecht. — München: Verl. C.H. Beck, 2009. — S. 93–96.
4. Greger R. Auf dem Weg zu einem deutschen Mediationsgesetz // ZKM. — 2010. — № 4. — S. 117–123.
5. Jousen J., Unberath H. Mediation im Arbeitsrecht. — München: Verl. C.H. Beck, 2009. — 178 s.
6. Lambrette K., Herrmann M. Eine explorative Studie zur Akzeptanz von Wirtschafts- und Arbeitsmediation in Deutschland: Diplomarbeit. — Dresden, 2002.
7. Pöpping W. Wirtschaftsmediation als Verfahren des betrieblichen Konfliktmanagements, Bedarf und Nachfrage — Eine empirische Untersuchung. — München; Mering: Rainer Hampp Verl., 2008.
8. Round Table Mediation & Konfliktmanagement der Deutschen Wirtschaft, Positionspapier der deutschen Wirtschaft zur Umsetzung der EU-Mediationsrichtlinie // ZKM. — 2009. — № 5. — S. 151.
9. Simen J., Morawitz Ch. Die Einbindung der Mediation in strategische Perspektiven von Unternehmen // Jousen J., Unberath H. Mediation im Arbeitsrecht. — München: Verl. C.H. Beck, 2009. — S. 55–64.
10. Stevens-Bartol E. Mediation im Arbeitsrecht // Breidenbach S., Henssler M. Mediation für Juristen. — Köln: Dr. Otto Schmidt, 1997. — S. 141 ff.
11. Weidner W. Konfliktkosten im Unternehmen — Ihre Chance als Wirtschaftsmediator // Kanzleiführung professionell. — 2005. — № 8. — S. 140–144.
12. Wirtschaftsmediation im europäischen Vergleich — Erfahrungen und Perspektiven — Im Auftrag des Bundesministeriums für Wirtschaft und Arbeit Europäisches Institut für Wirtschaftsmediation, Projektleiter: Dr. Ewald Filler. — Wien, 2005.
13. Wolf A. Die Konzeption und Analyse der Wirtschaftsmediation — Eine kritische Bestandsaufnahme, Diplomarbeit, Carl-von-Ossietzky — Universität Oldenburg, 2007.

*Перевод Н.А. Царенковой, старшего преподавателя кафедры иностранных языков Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА)*

*Материал поступил в редакцию 23 августа 2014 г.*

## ON DEVELOPMENT AND THE FUTURE OF ECONOMIC MEDIATION IN GERMANY

**Ueberschär Eyke** — Dr. iur., Non-Staff Mediation Lecturer, Law Faculty of the University of Potsdam (Germany). 14482, Deutschland, Potsdam, August-Bebel-Str. 89.

**Review.** *Currently mediation is deeply rooted in many branches of German law, and thanks to various model projects it is even introduced into the public justice. Since the later 1990s in Germany there is a discussion on the place of mediation in the system of justice within the framework of the German legal order. At the same time the legal instruments of «peaceful settlement» and «private arbitration tribunals» are not regarded as independent and efficient conflict resolution methods. Thanks to successful internationalization of economic relations, the conflict regulation via mediation, which is established in foreign states, comes to the sphere of interest of the public more and more often. However, use of mediation in German economy is still significantly limited. After the European Directive on Mediation was adopted the German legislation has fulfilled an obligation to transform the norms of European law and presented the draft of the German Law on Mediation (Law on Support for Mediation and Other Means of Non-Judicial Conflict Resolution — Law on Mediation). This draft is meant to compensate for the currently existing legal deficit.*

**Keywords:** *jurisprudence, mediation, economic mediation, system of justice, peaceful settlement, European Directive on Mediation, Law of the FRG on Mediation, the right to make offers on mediation.*

Ю.В. Грачева\*, А.И. Чучаев\*\*

## ПЕРВЫЙ УЧЕБНИК УГОЛОВНОГО ПРАВА (к 200-летию учебника Осипа Горегляда «Опыт начертания российского уголовного права»)

**Аннотация.** Статья посвящена первому российскому учебнику уголовного права, изданному в феврале 1815 г. Авторы вначале абрисно очерчивают состояние уголовно-правовой науки конца XVIII — начала XIX в., оказавшее соответствующее влияние на взгляды О. Горегляда, отраженные им в «Опыте начертания российского уголовного права», затем раскрывают структуру издания, имеющую специфику как в систематизации материала, так и в его делении на параграфы, по своему объему и содержанию напоминающие дефиниции уголовно-правовых понятий. Особое внимание уделено содержанию учебника, в частности анализу вопросов, относящихся к преступлению и наказанию, ответственности за совершение деяния, видам наказания, их классификации и применению, действию закона по кругу лиц. В заключении работы показано значение «Опыта» О. Горегляда для законотворческой работы, в частности составления 1-го раздела Свода законов уголовных 1832 г., для дальнейшей разработки проблем уголовного права в учебниках П.Н. Гуляева и Г.И. Солнцева.

**Ключевые слова:** уголовное право, уголовно-правая наука, конец XVIII — начало XIX в., О. Горегляд, первый учебник уголовного права, догматика уголовного права, «Опыт начертания российского уголовного права», значение, дальнейшее развитие науки уголовного права, П.Н. Гуляев, Г.И. Солнцев.

### Наука уголовного права в конце XVIII — начале XIX вв.

В дореформенной России не удалось создать собственно уголовно-правовую литературу. Основной формой передачи знаний выступало преподавание в университетах уголовного права в рамках других отраслей права<sup>1</sup>. В истории науки уголовного права XVIII в. «является эпохой, когда исчезает первобытное однообразие, характеризующее более ранние моменты истории уголовно-правовой мысли <...> наблю-

дается и более интенсивное, хотя и не особенно глубокое заимствование западных учений <...> люди <...> становятся лицом к лицу с потребностью создания научной догмы уголовного права <...> для этого накапливается материал»<sup>2</sup>.

Начало XIX в. выгодно отличается от предыдущих периодов количеством и глубиной уголовно-правовых работ, посвященных разработке проблем уголовного законодательства. Значительную часть из них занимают работы по вопросам его кодификации. Так, Л. Максимовичем

<sup>1</sup> См.: Чучаев А.И. История науки уголовного права // История юридических наук в России. М.: МГЮА, 2009. С. 415.

<sup>2</sup> Фельдштейн Г.С. Главные течения в истории науки уголовного права в России. М.: Зерцало, 2003. С. 231.

© Грачева Ю.В., 2015

\* Грачева Юлия Викторовна — доктор юридических наук, профессор Научно-исследовательского университета «Высшая школа экономики».

[uvgracheva@mail.ru]

101000, Россия, г. Москва, ул. Мясницкая, д. 20.

© Чучаев А.И., 2015

\*\* Чучаев Александр Иванович — доктор юридических наук, профессор Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА).

[moksha1@rambler.ru]

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

был подготовлен «Указатель российских законов, временных учреждений суда и расправы» (М.; СПб., 1803–1812), состоящий из 14 книг; П. и Т. Хавскими — «Собрание законов, заключающих в себе предмет: Уголовное уложение, с присовокуплением свода Уложению царя Алексея Михайловича, Воинскому уставу, Артикулам воинским, Уставу морскому имп. Петра I и другим законоположениям по уголовной части с 1649 по 1753 гг.» (СПб., 1825); Ф. Правиковым — «Памятник из законов, руководствующий к познанию приказного обряда, собранный по азбучному порядку» (СПб., 1798–1813) и др.

Указанный «Памятник» Ф. Правикова был переработан А.Ф. Фиалковским<sup>3</sup>. Материал расположен в алфавитном порядке (часть узаконений дана в хронологическом порядке), систематизирован в 9 частях с обширными дополнениями. Это было наиболее полное и точное собрание законодательства, ставшее подспорьем для исследователей начала XIX в. К.П. Победоносцев писал, что «Памятник» «лучшее руководство для познания законов, к практическому судопроизводству служащих, нежели все прочие частные труды по собранию законов»<sup>4</sup>.

В развитии уголовного права особую роль сыграла Комиссия составления законов. Этому способствовало и признание необходимости выделения отдельных областей законодательства в самостоятельные отрасли права. В Докладе Министерства юстиции от 28 февраля 1804 г. дается план разработки уголовного кодекса, предполагающего сложные предварительные научные исследования. Планировалось подготовить не только уголовное уложение, но и дать изложение общих начал уголовного права<sup>5</sup>.

Надо заметить, что в начале XIX в. в юридической литературе преобладали различного рода руководства, рассчитанные на широкое использование в первую очередь в практи-

ческой деятельности. Поэтому вопросы уголовного права излагаются в них вместе с проблемами уголовного процесса, а все вместе дается в неразрывной связи с организацией судопроизводства. Наглядным примером подобного рода издания выступает, скажем, «Новый и полный всеобщий стряпчий, или судебный обрядник, показывающий подробное руководство к познанию хода и производства дел всякого рода, в каких судебных местах и по каким узаконениям и правам оные должны производиться; в каких случаях и на каком основании могут быть апелляционные жалобы и т.д.» (в 4 ч. М., 1811). Подобного рода система присуща и «Всеобщему стряпчему, или поверенному», составителем которого является И.А. Морков; кстати сказать, выдержавшему шесть изданий (с 1810 по 1821 гг.).

Среди трудов юристов-практиков выделяется «Руководство к познанию российского законоискусства» З.А. Горюшкина<sup>6</sup> (М., 1811–1816), которое составлено не по «внешним признакам» узаконений (например, по алфавиту или хронологии), а путем систематизации материала. Автор и сам особо выделял именно последнее обстоятельство. «Порядочное и по правилам расположенное учение есть ближайший путь к познанию»<sup>7</sup>. «Не льщу себя, чтоб <...> мои наставления были такого совершенства, как прочие науки <...> над которыми <...> трудились во многие века ученейшие мужи; однако <...> для рождающейся в нашем отечестве науки они не недостойны внимания»<sup>8</sup>.

По сути, последователем З.А. Горюшкина выступил С. Хапылев. В своем «Систематическом собрании российских законов с присовокуплением правил и примеров из лучших законоучителей» (в 6 ч. СПб., 1817–1819) он предпринял попытку научной систематизации материала, отрицательно оценивая собрания законодательства, которые «старались услужить соотечественникам собранием законов, помещая оные в своих книгах по годам и числам их издания»<sup>9</sup>. Оценивая указанную работу, Г.С. Фельдштейн пишет: «Уголовно-правовые постановления распределены у С. Хапылева в

<sup>3</sup> См.: Новый памятник законов Империи российской: в 20 ч. / под ред. А.Ф. Фиалковского. СПб.: Изд. И. Глазунова, 1825–1832.

<sup>4</sup> Победоносцев К.П. Обзорные частные труды по собранию законов и по составлению указных словарей Полного Собрания Законов Российской империи // Архив исторических и практических сведений, относящихся до России. СПб.: Тип. Ю.А. Бокрама, 1863. Кн. 5. С. 51.

<sup>5</sup> Уголовные законы должны были составить самостоятельную четвертую часть книги законов; эта часть охватывала два отдела. Первый должен был содержать Устав уголовный, второй — Устав благочиния и все, до полиции относящееся. В свою очередь, Устав уголовный состоял из двух отделений, которые соответствовали бы современному восприятию общей и особенной частей уголовного кодекса. Первое отделение объединяет положения, раскрывающие вопросы: 1) преступления и наказания вообще; 2) отличительных свойств разных злодеяний и преступлений; 3) нравственного и законного исследования всех степеней преступления (явное намерение, вину, неосторожность) и другие (например, покушения, соучастия). Второе отделение интегрирует две группы преступлений: против благосостояния государства и против благосостояния частного лица.

<sup>6</sup> Интересна личность автора «Руководства». Он не имел ученых степеней и званий, значительную часть жизни занимался практической деятельностью, обладал обширными познаниями в области действующего права. В качестве известного практика был приглашен в 1786 г. в Московский университет (кафедру покинул в 1811 г.). З.А. Горюшкин в Москве славился «всеобъемлющим законоведением, разумом в сочинении прошений и практическим знанием применять закон к данному случаю» (Лубяновский Ф.П. Воспоминания // Русский архив. 1872. С. 116).

<sup>7</sup> Горюшкин З.А. Руководство к познанию российского законоискусства. М.: Универ. тип., 1811–1816. С. VIII.

<sup>8</sup> Там же. С. IX.

<sup>9</sup> Хапылев С. Систематическое собрание российских законов с присовокуплением правил и примеров из лучших законоучителей: в 6 т. Ч. 1. СПб.: Сенат. тип., 1817. С. 4.

системе, подсказанной группированием дел в современной ему практике <...> По основному принципу распределения материала “Систематическое собрание” С. Хапылева уступает <...> “Руководству” З. Горюшкина, но зато стоит несравненно выше его в смысле практической пригодности»<sup>10</sup>.

В это же время готовилось «Систематическое руководство к познанию российского законоведения, собранное трудами Павла Соколова» (ч. 1. М., 1819), но оно осталось незавершенным. По идее П. Соколова, уголовные законы являются постановлениями, охраняющими все остальные законы. Исходя из этого, он и систематизирует материал, и формулирует их определение: «Под уголовными законами разумеются такие, кои имеют предметом рассматривание преступлений подданных против законов гражданских и наказания за сии преступления»<sup>11</sup>. Термином «законы гражданские» автор обозначает всю область публичного права.

Указанные практические пособия, руководства, собрания и т.д. не могли заменить собственно научное построение российского уголовного права. На Западе в это время уголовное право уже выделилось в самостоятельный предмет правовой науки, были опубликованы десятки фундаментальных работ, среди них и курс уголовного права А. Фейербаха<sup>12</sup>. Будучи переведенным на русский язык, он сыграл большую роль в развитии российского уголовного права.

Работа О. Горегляда знаменует начало научно-догматической разработки проблем уголовного права в России<sup>13</sup>. К сожалению, сведения о биографии автора в известных изданиях отсутствуют.

### Структура учебника

Открывается он посвящением его светлости, господину действительному тайному советнику 1-го класса, председателю Государственного совета всех департаментов, управляющему Комиссией составления законов, награжденному орденами св. Андрея Первозванного, св. Александра Невского, св. Владимира 1-й степени большого креста, св. Анны 1-го класса и св. Ио-

анна Иерусалимского большого креста кавалеру светлейшему князю П.В. Лопухину<sup>14</sup>:

«Светлейший князь, милостивейший Государь!

При многочисленности уголовных узаконений, с течением времени на разные случаи изданных, но никем вполне и надлежаще не собранных, обозрение и познание оных сделалось трудным не токмо для учащихся, но даже для тех, кои по общественным должностям обязаны к таковому познанию.

Удовлетворяя в сем случае желанию многих, я старался, собрав сии узаконения, привести их в порядок по родам содержащихся в них предметов и извлекая из них одно существо, составил между тем одну книгу российского уголовного права, которая, надеюсь, послужит руководством к удобнейшему познанию оных.

И кому бы приличнее мог я посвятить сей мой труд, как не Вашей Светлости! яко начальнику моему, Блюстителю Правосудия и Покровителю наук!

Светлейший князь! Примите сие слабое приношение как знак усердия моего к службе его Императорского величества и желания принести пользу человечеству и обществу.

Милостивейший государь! Вашей светлости всепокорнейшим слугою Осип Горегляд».

Учебник состоит из введения, объединяющего три части: в первой абрисно рассматриваются

<sup>14</sup> Петр Васильевич Лопухин (1753 — 6 апреля 1827) — русский государственный деятель, действительный тайный советник 1-го класса (1814), председатель Кабинета министров Российской империи в 1816–1827 гг. Особенно возвысился при дворе, когда его дочь Анна Гагарина стала фавориткой Павла I. Представитель рода Лопухиных. Получил домашнее образование, в 1760 г. записан в Преображенский полк, вступил на службу в 1769 г. прапорщиком. В 1777 г. в чине полковника определен к статским делам. Обер-полицмейстер Санкт-Петербурга с января 1780 по январь 1783 г. С 1783 г. — правитель канцелярии Тверского наместничества, в том же году назначен московским гражданским губернатором. С 1793 г. — ярославский и вологодский генерал-губернатор. В 1796 г. переименован из генерал-лейтенантов в тайные советники и назначен присутствующим в московских департаментах Сената. С августа 1798 г. — генерал-прокурор и присутствующий в Императорском совете, участвовал в подготовке указов об избавлении от телесных наказаний лиц старше 70 лет и о передаче на ревизию в Межевой департамент Сената дел об «отсуженных» помещиками казенных землях (оба — 1798 г.), добился расширения прав губернских прокуроров по части надзора за местными органами власти. Лопухин пользовался доверием императора Павла I. 19 ноября 1799 г. возведен с потомством в княжеское Российской империи достоинство, а в феврале получил титул «светлость». В июле 1799 г. уволен в отставку по прошению. Дочь Лопухина Анна (в замужестве княгиня Гагарина) была фавориткой императора. С воцарением императора Александра I (1801) Лопухин — член Непременного совета, с 1803 г. — министр юстиции и глава Комиссии составления законов; будучи по должности генерал-прокурором Сената, провел его реорганизацию. В январе 1807 г. одновременно возглавил Комитет сохранения общественной безопасности, рассматривавший дела об оскорблении Его величества, государственной измене, о распространении «ложных и вредных слухов», о тайных обществах и др. С 1810 г. — председатель Департамента гражданских и духовных дел Государственного совета, с 1812 г. — председатель в Департаменте законов и в прочих департаментах, с 1816 г. — председатель Государственного совета и Комитета министров. В 1826 г. — председатель Верховного уголовного суда по делу декабристов.

<sup>10</sup> Фельдштейн Г.С. Указ. соч. С. 285. Высоко оценивал работу С. Хапылева Г.И. Солнцев, писавший, что в «сем собрании заметить должно V и VI части, в коих содержатся касательно уголовного судопроизводства общие познания. Сочинение сие имеет свои достоинства и имеет свою пользу для занимающихся российским законодательством» (Солнцев Г.И. Российское уголовное право. Ярославль: Демидовский юрид. лицей, 1907. С. 48).

<sup>11</sup> Соколов П. Систематическое руководство к познанию российского законоведения. Ч. 1. М.: Универ. тип., 1819. С. 3.

<sup>12</sup> См.: Уголовное право. Сочинение доктора Павла Анзельма Фейербаха. СПб.: Мед. тип., 1810.

<sup>13</sup> См.: Горегляд О.И. Опыт начертания российского уголовного права. Ч. 1: О преступлениях и наказаниях вообще. СПб.: Тип. И. Иоаннесова, 1815.

вопросы истории российского уголовного законодательства, кратко раскрывается содержание отдельных законодательных актов; во второй даются объяснения к работе; в третьей перечисляются законы, относящиеся к российскому уголовному праву.

В уголовно-правовой литературе XIX в. много внимания уделяется праву наказания. Эту проблему О. Горегляд обозначает уже во введении. По его мнению, указанное право даровано человеку самой природой и направлено на обеспечение своей безопасности<sup>15</sup>. Такая трактовка *ius puniendi*, скорее, характеризует право на необходимую оборону, нежели право наказания. Да и сам автор замечает, что в данном случае вернее говорить о праве на оборону и возмездие, которым пользовался человек в первобытном обществе. С образованием государства, появлением верховной власти, которой вверено попечение о благе потерпевшего, право наказания переходит к правительству, издающему в этих целях соответствующие законы.

Следует заметить, что приведенное положение о наказании — пожалуй, единственный момент в учебнике, относящийся к философскому аспекту проблемы. Общие философские рассуждения вообще отсутствуют у О. Горегляда, материал носит чисто догматический характер.

Во второй части введения автор раскрывает причины подготовки учебника. Они достаточно прагматичны. О. Горегляд констатирует наличие пренебрежительного отношения к российским законам не только со стороны благовоспитанных граждан, но и судей и чиновников, кому вверена судьба подсудимых и тяжущихся. Высочайший указ от 6 августа 1809 г. дифференцировал возможность занятия определенной должности, в том числе и высших чинов в государстве, в зависимости от знания правоведения. В связи с этим чиновники не только почувствовали необходимость, но и пользу познания российского права. К указанному времени появилось несколько работ по российскому гражданскому праву, общим началам уголовного права<sup>16</sup>, но не было «такого сочинения, которое бы в надлежащем порядке заключало в себе Российское

уголовное право <...> Сии причины заставили меня и привести в некоторый порядок все российские уголовные законы, основанные (вопреки утверждению некоторых иноземцев) вообще на кротости и человеколюбию, запрещающие угнетение подсудимых, а тем более невинных, и предписывающие судье ясные правила обязанности его, коими он должен руководствоваться при решении всякого уголовного дела. Желая облегчить обозрение и познание сих законов, я старался изложить одно лишь существо оных, но нет возможности обработать в скором времени все части сего предмета»<sup>17</sup>.

Автор особое внимание уделяет объяснению структуры учебника, выделяя в особенности три главы: 1) О преступлениях вообще и последствиях оных; 2) О разных родах наказаний; 3) Об общих постановлениях и правилах при решении уголовного дела и применении наказания к преступлению<sup>18</sup>. Первая обусловлена наличием разных преступлений и причин, по которым они признаны таковыми, основана на российских законах и Наказе, данном Комиссии о сочинении проекта нового Уложения<sup>19</sup>. В уголовных законах все виды наказаний классифицированы по одному из следующих оснований: их важности; по предмету, который они затрагивают; по правовым последствиям. «Я избрал последнее разделение наказаний, то есть по последствиям их, которое наиболее сообразно с разумом наших уголовных законов и принято во многих уложениях иностранных государств. Оно показывает преимущественное свойство наказаний, должствующих состоять не столько в нанесении физической боли или отнятии имени, сколько в лишении или уменьшении чести в большей или меньшей мере. Если мы бесчестие или стыд соединяем со всяким пороком, то тем не менее должны неизбежно соединять оные и с наказанием, предписанный за оный. Бесчестие или стыд, сопряженный с наказанием, есть самое надежнейшее средство для удержания от умысла на злодеяние»<sup>20</sup>.

Автор отмечает, что, исходя из указанного разделения (на бесчестие и наказание) и сущности уголовных законов, можно было бы с некоторой точностью представить порядок, «степенность» (соотношение наказаний между собой) и сущность наказаний, но не всех предусмотренных в законодательных предписаниях вообще либо по отдельным случаям, а только тех, которые имеют некий универсальный характер (предусмотрены за преступления раз-

<sup>15</sup> См.: Горегляд О. Указ соч. С. I. Здесь и далее, если не оговорено иное, цитируется данный учебник.

<sup>16</sup> Первоначально в России издавались лишь переводные работы. При Петре Великом и Екатерине II были переведены сочинения, в которых вопросы уголовного права рассматривались как часть государственного права вообще, а начиная с Александра I появилась иностранная литература на русском языке, специально посвященная проблемам уголовного права. Из работ российских авторов к этому времени были изданы исследования С.Е. Десницкого «Слово о причинах смертных казней по делам криминальным» (1770); И.М. Наумова «Разделение преступлений против права гражданского и против права уголовного» (1813). Но они не были учебниками в собственном смысле слова. Следовательно, работу О. Горегляда можно считать первым российским учебником уголовного права.

<sup>17</sup> Горегляд О. Указ соч. С. XXIII.

<sup>18</sup> В тексте учебника 2 и 3 главы называются иначе.

<sup>19</sup> В 1768 г. Наказ был дополнен гл. XXI, содержащей основы административно-полицейского управления, и гл. XXII — о регулировании финансовых вопросов.

<sup>20</sup> Горегляд О. Указ соч. С. XXIX.

личного вида вообще) и используются судом по конкретным делам. Общие постановления — суть правила об «уравнивании наказания» (согласно современным взглядам: уравнивающая справедливость) сообразно с обстоятельствами совершенного деяния, которые суд должен иметь в виду при рассмотрении и разрешении всякого уголовного дела (заметим, что трактовка автора указанных постановлений по своей сути очень близка к современному пониманию общих начал назначения наказания, предусмотренных УК РФ). На основании этих правил учету подлежат не только «важность преступления» и причиненный им вред, но и волеизъявление лица, степень (мера) его вины, обстоятельства, усиливающие или, наоборот, уменьшающие ответственность виновного. В этом отношении О. Горегляд также предвосхищает часть общих начал назначения наказания, сформулированных теорией уголовного права и воспринятых законодателем в конце XX в.

В третьей части введения автор классифицирует законы, относящиеся к уголовному праву России. При этом он пишет: «Весьма много есть узаконений, заключающих в себе случаи уголовных дел. Одни из них распространяются на разные уголовные дела, или на всех подданных российских вообще; другие относятся к одному какому-либо случаю, к какому-нибудь званию людей, одной губернии, или какой-либо части государственных дел; иные же Высочайшие указы или манифесты заключают в себе разрешение какого-либо случившегося дела.

Хотя по уголовным делам обыкновенно употребляются токмо два первые рода узаконений и притом самые последние, кои изданы в отмену прежних, со всем тем, однако же, для составления российского уголовного права как науки, не мог я упустить из виду всех без изъятия постановлений, как постоянных, так и временных, кои только мне были известны и кои я мог отыскать»<sup>21</sup>. Такой подход (в современном понимании: историзм в науке), по мнению автора, позволяет наглядно представить развитие уголовного законодательства, показывает сущность наказаний в различные периоды развития государства, их зависимость от различных обстоятельств, а в конечном счете, уяснив тенденции модернизации уголовного права, дает возможность к справедливому разрешению уголовных дел «по разуму нашего уголовного законодательства».

В учебнике приводятся более 35 правовых памятников, начиная от Уложения 1649 г. и заканчивая Постановлением о пенях 1811 г. Кроме того, анализируются именные Высочайшие указы и указы Правительствующего Сената, мани-

фесты (например, о поединках 21 апреля 1781 г.), Высочайшие рескрипты<sup>22</sup>, Высочайше подтвержденные<sup>23</sup> доклады, мнения Государственного Совета, трактаты и договоры с зарубежными государствами. Автором учтен и Наказ Екатерины II, данный комиссии о сочинении проекта нового уложения. О. Горегляд замечает: «Многие статьи сих узаконений почерпал я из книг печатных под заглавиями, здесь показанными, а иные выписывал из разных Собраний законов, Памятника из Законов и Собраний указов, манифестов и проч. имеющихся в Комиссии законов и в департаментах Правительствующего Сената. О всех сих собраниях нельзя утвердительно сказать, что они полны, ибо сравнив многие из них, заметил я, что в одном недостает того, что есть в другом»<sup>24</sup>.

Во многих случаях автор использует сравнительный метод, сопоставляя постановления российского законодательства с нормами зарубежного права. Например, он ссылается на австрийское уложение 1803 г., французский Code pénal 1810 г. и др.

Учебный материал объединен в восемь глав: гл. I — Преступления вообще и последствия оных (§ 1–21); гл. II — Об ответственности по уголовным делам (§ 22); гл. III — Об уголовных наказаниях вообще (§ 23–56); гл. IV — О совершенно посрамительных наказаниях в особенности (§ 57–95); гл. V — О несовершенно посрамительных наказаниях в особенности (§ 96–143); гл. VI — О применении уголовных наказаний (§ 144–232); гл. VII — Об уничтожении, прекращении и облегчении наказаний (§ 233–249); гл. VIII — О подсудимости (в современном прочтении: о действии уголовного закона по кругу лиц) российским уголовным законам (§ 250–253). Как уже говорилось, в период становления науки российского уголовного права большее внимание уделялось наказанию, а не преступлению. Это наглядно видно и по учебнику О. Горегляда; из 253 параграфов 228 или почти 91 % формально посвящены вопросам наказания и его назначения.

На наш взгляд, следует обратить внимание еще на одну особенность структуры рассматриваемого учебника. Весь материал разделен на параграфы, которые представляют собой определения того или иного уголовно-правового понятия или небольшие пояснения по какому-либо вопросу. «Вывод о действующей норме положительного права делается О. Гореглядом в очень краткой форме, и вслед за созданием

<sup>21</sup> Горегляд О. Указ соч. С. XXXII–XXXIII.

<sup>22</sup> Рескрипт (*лат. rescriptum*) — в Российской империи с начала XVIII в. правовой акт (личное письмо императора), в частности данное на имя высокопоставленного лица (обычно члена императорской фамилии, министра, митрополита и т.п.), с выражением ему благодарности.

<sup>23</sup> Конфирмация (*лат. confirmatio*) — утверждение.

<sup>24</sup> Горегляд О. Указ соч. С. XXXX–XXXXI.

такой как бы *regula juris*<sup>25</sup> следует цитирование целого ряда тех статей, обобщением которых она является»<sup>26</sup>. Например, § 6 гласит: «Преступления разделяются: 1) по сущности их и по умыслу преступившего, и 2) по важности их и по различию предмета, ими нарушаемого». С правой стороны на полях страницы под соответствующим номером дается заголовок. Так, к приведенному параграфу указан следующий заголовок: «III. Разделение преступлений». Последнее обстоятельство, скорее всего, следует отнести к особенностям издательского производства.

### Общая характеристика учебника

Как уже говорилось, учебник открывается материалом, посвященным вопросам преступления и его правовых последствий. Под преступлением автор понимает «деяние противозаконное, умышленное и притом вредное государству или частным лицам» (§ 1). Таким образом, выделяются три его признака: противоправность; вина, ограниченная ее умышленной формой; причиняемый преступлением вред. Отсутствие хотя бы одного из них влечет отсутствие самого преступления, поскольку указанные признаки отражают сущность последнего.

Умышленное преступление совершается произвольно, со злым умыслом и обдуманностью (§ 8).

Неумышленные деяния (в это время не пользовались термином «неосторожные преступления») не могут признаваться преступлением. В учебнике выделяются три их вида:

а) деяние учинено произвольно, при совершенном «бездействии разума» либо в таком состоянии, когда лицо ни заранее, ни во время деяния не могло осознать характера совершаемого действия («размыслить о деянии»). На самом деле в этом случае речь идет не о вине, а о состоянии невменяемости из-за отсутствия так называемого юридического критерия (интеллектуального элемента);

б) лицо было вовлечено в преступление, хотя до этого не имело умысла на его совершение. Данная ситуация характерна для современного института принуждения;

в) деяние последовало случайно, без злоумышления и воли виновного. Подобного рода ситуацию и современное уголовное право трактует как невиновное причинение вреда.

Указанные деяния «не вменяются в преступление», то есть таковыми они не являются.

Оценка данного утверждения вызывает некоторые сложности; дело в том, что автор, исключая преступность неумышленных деяний, в то же время выделяет неумышленные престу-

пления, учиненные «без всякого умысла и участия воли или же последовало случайно» (§ 8). Неумышленным преступником, по мнению О. Горегляда, признавался тот, кто при учинении злого дела действовал произвольно, лишен был разума или чувств; таковым же признавалось деяние, последовавшее случайно и неизбежно без всякого участия воли лица (§ 148). В этом случае «преступление не подлежит наказанию, ибо кто действовал без всякого участия воли и разума, тот не может быть в том виновен; равно и о случайном преступлении никто ответа дать не должен» (§ 149).

На наш взгляд, указанные утверждения свидетельствуют о том, что в теории уголовного права в конце XVIII — начале XIX вв. вопросы вменяемости и вины еще не были разработаны в должной мере, что, с точки зрения современных уголовно-правовых взглядов, привело к указанному смешению разных институтов, в том числе, с одной стороны, констатации наличия преступления и преступника, с другой — отрицания ответственности за содеянное.

В то же время определяя «особенные причины, уменьшающие вину преступника и заставляющие в равной мере уменьшить ему наказание» (§ 158), в качестве такого обстоятельства автор выделяет совершение преступления по неосмотрительности. В § 159 утверждается: «Кто не предвидел противозаконных последствий своего деяния, однако при надлежащем размышлении и внимании легко мог предвидеть оные, тому вменяется сие деяние в неосмотрительность». «Неосмотрительность тем непростительнее, чем естественнее и обыкновеннее из деяния проистекают противозаконные последствия, чем удобнее действующий мог предусмотреть оные и чем опаснее и непозволительнее само по себе то деяние, из коего произошел вред, хотя и против воли его» (§ 160). Таким образом, налицо прообраз современной юридической формулы небрежности, хотя и отнесенный к исключительным обстоятельствам, смягчающим наказание.

Выделяются две стадии совершения преступления: 1) преступление совершенно исполнено; 2) преступление несовершенно исполнено; в этом случае речь идет о покушении, степени которого могут быть различны. Выделяются ближайшее, или сильное, покушение и отдаленное, или слабое. «Первое есть такое деяние, с окончанием которого совершилось бы самое преступление и которое воспрепятствовано токмо внешними обстоятельствами, или же преступник по некоторым особым видам отложил предприятие свое до другого времени; второе же состоит в предуготовительных токмо поступках к главному преступному деянию» (§ 165).

Оконченное и неоконченное преступления разграничиваются по абсолютно иным крите-

<sup>25</sup> *Regula juris* (лат.) — правовая норма.

<sup>26</sup> Фельдштейн Г.С. Указ. соч. С. 295.

риям, чем в настоящее время. За основу их выделения берется использование преступником совокупности средств для исполнения задуманного: в первом случае применяются все возможные средства для реализации намерения, во втором — не все, а лишь часть из возможных. При этом сам факт завершения деяния, наступление желаемых последствий никакого значения для определения стадии совершения преступления не имеют.

По социальной направленности («различию предмета, ими нарушаемого») различаются общественные и частные преступления; по характеру деяния («важности») — уголовные и полицейские. Общественными признаются посяательства на права Государя и государства, а также на общественную тишину и спокойствие; частными — на личные или имущественные («вещественные») права гражданина.

Уголовными преступлениями являются «важные злодеяния и проступки, означенные в уголовных законах, подлежащие уголовному суду и строгому наказанию или денежному взысканию» (§ 11). Полицейскими называются малые проступки или нарушения установленного благочиния, которые подсудны полицейскому суду и подвергаются легкому исправительному наказанию или, без суда, денежной пени.

Виновными в совершении преступления признаются лица, совершившие деяние или прикосновенные к нему:

«1. Кто сам или по внушению другого принял преступное намерение и оное исполнил.

2. Кто, восприяв преступное намерение, к выполнению оного побудил другого, или подал повод к оному наставлением, похвалою, обещанием награждения, или же употреблением во зло ошибки или неведения другого.

3. Кто пред совершением или при совершении преступления содействовал в оном доставлением средств, отклонением препятствий, упущением обязанностей доноса или другим каким образом.

4. Кто, зная о содеянном преступлении, не донес об оном; также пользовался от оного или укрывал преступников» (§ 13).

Таким образом, по принятой в то время классификации автор выделяет: зачинщиков, или главных исполнителей; участников и благопритствовавших совершению преступления. Однако представленные характеристики указанных лиц позволяют расширить их круг. Во-первых, автор говорит о так называемом посредственном исполнении («употреблением во зло ошибки или неведения другого»); во-вторых, о прикосновенных к преступлению лицах.

Участники преступления, по О. Горегляду, — это пособники или прикосновенные лица, так как, по его утверждению, они хотя и принимали

участие в совершении деяния, однако и без них оно могло быть или уже было исполнено. Хотя автор не выделяет виды пособников и пособничества, но из перечисления совершаемых им действий («словами, письмом, делом») видно, что допускает оба их вида — как материальное, так и интеллектуальное.

Участники преступления и благопритствующие лица делятся на две категории: ближайšie и отдаленные.

К первым относятся лица:

«1. Кои о средствах, случаях и разных обстоятельствах, относящихся к произведению противузаконного деяния, подали преступнику наставление, коим он действительно воспользовался.

2. Кои доставляли средства или орудия к произведению самого преступления.

3. Кои во время самого дела непосредственно участвовали в оном, или же способствовали оному стоя на страже, или на вестях, также отнятием средств к обороне.

4. Кто, зная о чьем злом намерении, не воспрепятствовал оному, или же не донес об оном в самоскорейшем времени» (§ 169).

К отдаленным участникам преступления и благопритствующим ему признаются:

«1. Кои преступнику помогали советом, котрым он отчасти токмо воспользовался.

2. Кои доставляли преступнику такие средства и орудия, которые служили токмо к предуготовительным или прикосновенным деяниям, или к таким предприятиям, коих исполнение после уже главного деяния быть должноствовало.

3. Кои прежде совершения преступного деяния какую-либо помощь оказали преступнику, или требование его исполнили; что хотя не прямо клонилось к самому преступлению, однако ж было предуготовлением к оному.

4. Кои по совершении преступления не донесли об оном без малейшего замедления, способствовали преступнику к побегу или к сокрытию учиненного им преступления; также кои вещи, чрез преступление приобретенные, заведомо приняли, укрыли, купили или другим образом переводу оных благопритствовали» (§ 170).

Автор выделяет сопреступников, то есть не менее двух лиц, которые без склонения со стороны других самостоятельно содействовали совершению преступления или совершили его. Если же между ними состоялся предварительный сговор, то в этом случае имеет место заговор, который представляется более опасным в случае его утверждения клятвой или каким-либо обязательством. Зачинщиками или предводителями заговора признаются лица, которые подстрекали к нему, составляли планы для реализации преступного намерения, распределяли между соучастниками поручения и руководили

совершением преступлений. Действия участников или сообщников зачинщиков заговора заключаются в содействии преступлениям, совершаемым заговорщиками, и исполнением разного рода поручений, исходящих от предводителей заговора.

О. Горегляд, рассматривая вопросы уголовной ответственности, формулирует важное и достаточно прогрессивное положение: всякое преступление влечет за собой только личную ответственность, то есть лишь того лица, которое совершило его. В связи с этим родители не могут нести ответственность за своих детей, а те — за своих родителей. «Хотя крестьяне обязаны беспрекословно повиноваться своему помещику во всем, касающемся до обязанности звания их, однако не должны чинить послушания тогда, когда помещик принуждает их к исполнению чего-либо противного законам и общественному порядку, ибо в противном случае как соучастники в преступлении или как самые преступники наказываются» (§ 22). На наш взгляд, это положение можно признать предшественником такого современного обстоятельства, исключающего преступность деяния, как исполнение приказа или распоряжения.

Уже указывалось, что большая часть учебника посвящена вопросам наказания и его назначения. Наказание автор понимает двояко: в пространном и тесном смысле. В первом значении оно есть физическое или нравственное зло, предусмотренное законом за совершение преступления. Во втором значении наказание «легче против казни и менее против оной нарушает честь; к сему роду принадлежат: исправительное телесное наказание, временное лишение свободы, выговоры» и другие, указанные в законодательстве.

О. Горегляд наказание классифицирует: а) по важности; 2) по предметам, «до коих оно касается»; 3) по последствиям. В первую группу включены казнь, наказания в тесном смысле, штраф и пеня.

Казнь означает высшую меру наказания и состоит в лишении жизни, чести, всех политических и гражданских прав либо в посрамительном наказании кнутом, плетью, кошками<sup>27</sup> и батожем. Императором Петром I были утверждены шесть видов смертной казни: «застреление, отсечение головы, виселица, колесование, четвертование и сожжение» (§ 27).

Указом от 25 мая 1753 г. в качестве наказания была введена «политическая смерть»: «Если

кто положен будет на плаху или взведен будет на виселицу, а потом наказан будет кнутом с вырезанием ноздрей, или хотя и без всякого наказания, токмо вечной ссылкой» (§ 31).

Небезынтересна позиция автора относительно необходимости такого вида наказания, как смертная казнь. Он выделяет три причины ее сохранения: во-первых, наличие чрезвычайно опасных преступлений, посягающих на жизнь человека или интересы государства; во-вторых, эти преступления не могут быть предупреждены и искоренены никаким другим наказанием, кроме как сильным примером казни, поражающим воображение человека; в-третьих, преступник-рецидивист, привыкший к совершению преступлений, не может быть исправлен малыми средствами, поэтому государство, избавляя себя от часто причиняемого им беспокойства, решается лишить его жизни. «Из сего явствует, что могут быть такие случаи, где смертная казнь крайне необходима. Защитники человечества, величайшие противники оной казни, сего не отвергали. Государыня же Императрица Екатерина II вообще токмо признала, что “смерть гражданина может быть в одном случае потребна, сиречь, когда он, лишен будучи вольности, имеет способ возмутить еще спокойствие”» (§ 34)<sup>28</sup>.

По Наказу, на который ссылается О. Горегляд при обосновании возможности в исключительных случаях применения смертной казни, свойства и цель наказания не должны состоять в чрезмерной жесткости и разрушении бытия человеческого. «Намерение установленных наказаний не то, чтобы мучить тварь чувствами одаренную, они на тот конец предписаны, чтобы воспрепятствовать виноватому, дабы он впредь не мог вредить обществу и чтоб отвратить сограждан от содеяния подобных преступлений» (ст. 205 Наказа)<sup>29</sup>. «Для сего между наказаниями употребить такие, которые, будучи уравнены с преступлениями, впечатлили бы в сердца людских начертание самое живое и долго пребывающее и в то же самое время были бы меньше люты над преступниковым телом» (ст. 211 Наказа)<sup>30</sup>.

Автор приходит к существенному выводу: «Неупотребление смертной казни в течение немалого времени доказывало бесполезность оной и тем более тогда, когда Указом 1799 года

<sup>28</sup> Автор в то же время замечает, что в царствование Екатерины II (вступила на престол в 1762 г.) смертная казнь фактически применялась за различного вида преступления, например, по делам о бунте Миловича и его сообщников, о мятеже, учиненном в Москве, и убийстве архиерея Амвросия, о бунте Пугачева, о хищении имущества из домов во время карантина. По последнему делу было замечено: «в крайних зла обстоятельствах и меры к уврачеванию крайние приемлются» (Горегляд О. Указ соч. С. 18).

<sup>29</sup> См.: Наказ Комиссии о составлении проекта нового уложения. М.: Печ. при Сенате, 1767.

<sup>30</sup> См.: Там же.

<sup>27</sup> «Кошка» — плетка из пенькового троса, имевшая от семи до тринадцати косичек (чаще — девять). Каждая из косичек заканчивалась узлом, на котором было от двух до десяти шлагов (петель троса, образующихся при обнесении его вокруг какого-либо предмета). «Кошки» подразделялись на простые и воровские. Последние были более тяжелыми. Ими секли за кражу (см.: Стогов Э.И. Ссылно-каторжные в Охотском солеваренном заводе. СПб., 1818).

апреля 30 дня запрещение оной распространено на все без изъятия губернии» (§ 44).

Как отмечается в учебнике, всякое наказание затрагивает честь наказанного. Различие же между наказаниями «совершенно и совершенно посрамительными» основывается на двух моментах: законе и опыте. Сопоставляя конкретные виды наказаний, нетрудно заметить, что одни из них лишают чести полностью, другие — лишь причиняют ей некоторый урон; одни из них влекут существенные последствия, другие — незначительные. Много в этом случае зависит от звания подсудимого и преимуществ, которыми он пользуется в государстве.

К «совершенно посрамительным» видам наказания автор относит:

- 1) смертную казнь;
- 2) каторгу;
- 3) ссылку на поселение;
- 4) лишение дворянского достоинства, чинов, знаков отличия и доброго имени;
- 5) отрешение от должности;
- 6) опубликование порочного деяния и признание вредным и беспокойным;
- 7) высылка за границу;
- 8) высылка из города;
- 9) жестокие телесные наказания.

Применение некоторых из указанных видов наказания влечет за собой определенные правовые последствия. Например, лицо отстраняется от должности и не допускается в дальнейшем к ее занятию; не может быть опекуном, попечителем, свидетелем и доносителем, а также истцом, ответчиком и т.д. В случае совершения против него посягательства виновный подлежит ответственности только за совершение «важного» преступления.

Наказания, «несовершенно посрамительные», охватывают:

- 1) ссылку на житье;
- 2) арест;
- 3) содержание в тюрьме;
- 4) содержание в смиренном доме;
- 5) содержание в рабочем доме;
- 6) отсылка в казенные работы;
- 7) отдача в солдаты и взыскание рекрута;
- 8) опубликование;
- 9) выговоры;
- 10) испрашивание публичного и частного прощения и обличение слов своих;
- 11) легкие телесные наказания;
- 12) лишение имений;
- 13) церковное покаяние;
- 14) полицейский надзор;
- 15) обеспечение<sup>31</sup>.

<sup>31</sup> Обеспечение как вид наказания заключалось в предоставлении подписки, поручительства или вещественного залога. Подписка отбиралась при недоказанности вины в совершении преступления либо, наряду с исполнением легкого наказания, содержала обещание об изменении своего поведения, несовершения впредь других преступлений.

В учебнике много внимания уделено применению наказаний, пределам судебной власти при рассмотрении уголовного дела. При этом автор исходит из указаний, содержащихся в Манифесте 1802 г.: «В благоустроенном государстве все преступления должны быть объемлемы, судимы и наказуемы общей силою закона». «По сему судья должен рассматривать и решить уголовное дело не по своему произволу, но по точным словам законов, имя при том в виду и сие изречение Указа 1765 года мая 2 дня: “чтобы каждый, до кого по криминальным делам рассмотрение доходить будет, по всеобщему правилу оказывал себя больше милостивым, нежели жестоким судьею, памятуя, что и сам человек есть”» (§ 145).

Индивидуализация наказания, по мнению О. Горегляда, должна достигаться за счет учета формы вины преступления и обстоятельств, ее увеличивающих или уменьшающих.

К числу первых он относил:

«1. По числу и важности причин или обязанностей уклониться от преступления; также по степени образования рассудка.

2. Чем более в преступнике действовала внутренняя склонность к преступлениям, чем более изыскивал случая к совершению оных и чем менее было внешних к тому причин.

3. Чем долговременнее и решительнее обдумывано преступление, чем зlostнее и опаснее страсти, по коим действовал преступник.

4. Чем сильнее препятствия надлежало преодолевать при выполнении преступного намерения, чем более требовалось к тому искусства, хитрости, смелости или силы.

5. Чем более преступник ожесточил себя долговременным упражнением в незаконных поступках или худым поведением; чем более при задержании в тюрьме и допросах показал запирательства, упорства и злости или, состоя под судом, делал на других лживые доносы.

6. Чем более вреда и опасности причинено или могло последовать от преступления, и притом смотря по числу лиц, подвергающихся оным» (§ 151).

Кроме указанных отягчающих наказание обстоятельств автор выделял два особых обстоятельства: во-первых, стечение преступлений; во-вторых, их повторение. Эти положения, относящиеся к институту множественности, рассматривались в учебнике применительно не к преступлению, а к наказанию.

Стечение преступлений состоит в том, что лицом совершается несколько преступлений,

Поручительство предполагало передачу лица заслуживающему доверие человеку с тем, чтобы оно исправилось, воздерживалось от совершения «худых дел», а также для обеспечения явки в суд. Вещественный залог брался с того, кто угрожал совершением преступления. При фактической реализации намерения виновный лишался залога, кроме того, он нес соответствующее наказание.

ни за одно из которых оно не было наказано; эти преступления выявляются одновременно в одном и том же суде по одному и тому же уголовному делу. Таким образом, имеет место прототип современной уголовно-правовой нормы о совокупности преступлений. Автор приводит три варианта подобного стечения преступлений: первый — одно и то же преступление учинено над разными людьми; второй — несколько разных преступлений совершены в отношении одних и тех же лиц; третий — преступник во многих деяниях или в одном главном деле совершил разные преступления.

Законодательство к стечению преступлений относится по-разному. В одних случаях подобная ситуация находит отражение в законе и влечет строжайший род или строжайшую степень наказания; в других случаях — в законе она не отражается, поэтому при назначении наказания принимаются во внимание все имеющиеся узаконения.

Если имеет место повторение (рецидив) тождественного преступления, то наказание, назначаемое за новое преступление, во всяком случае, должно быть строже, чем за предыдущее деяние.

Вина преступника уменьшается:

«1. Чем менее он по степени просвещения своего, по глупости, простоте или недознанию мог предусмотреть всю опасность и вред от предпринимаемого дела или сколь важно запрещение закона. Чем более вовлечен был в преступление легкомысленностью своею, или же учинил оное по лености, или, не одумавшись, внезапно.

2. Чем более увлечен был к преступлению угнетающей бедностью или крайнею нуждою.

3. Чем в большем душевном расстройстве, а именно, в гневе и вспыльчивости, или же печали досаде, стыде и страхе действовал; чем менее был изыскиваем и неожиданнее случай, подстрекнувший к совершению преступления.

4. Чем менее оказывается жестокости нрава из прежнего образа жизни и из разных его поступков при совершении преступления или после оногo. Знаки меньшей жестокости нрава суть: а, когда преступник, имевший случай причинить больший вред и более зла, решился на меньшее; б, когда старался вознаградить нанесенный вред; в, когда искал средства воспрепятствовать худым последствиям преступления, или же к отвращению оногo подал случай и средство; д, когда сам по угрызению совести раскаялся и оставил дальнейшее совершение преступления, или же, представ перед судом, учинил во всем искреннее признание; е, когда при допросе совершенно признался в своей вине и вообще не делал притом ни упорства, ни заперательства, ни ложных показаний.

5. Тем менее оказывается злой его умысел и притом, чем менее опасности и вреда произошло от учиненного им преступления» (§ 157).

Как и относительно увеличивающих вину обстоятельств, выделяются особые причины, уменьшающие вину преступника. К ним О. Горегляд относит: совершение преступления по неосмотрительности; покушение на преступление; роль виновного (не является главным преступником, а «токмо соучастником или прикосновенный к оному»); малолетний возраст; совершение преступления от слабости душевных или «телесных» сил, при старости лет; лишение чувств от опьянения; отсутствие «всех обстоятельств, доказывающих ясно преступление»; излишнее задержание виновного под судом или в тюрьме.

Освобождение от наказания или от его отбывания возможно, как указано в учебнике, в связи со смертью осужденного, по Высочайшему помилованию, по давности и частному прощению. По помилованию виновный может быть освобожден от казни или наказания. Автор приводит перечень дел, которые могут быть представлены «на благоуважение Его императорского величества». По Высочайшей воле наделен правом освобождения от наказания Правительствующий Сенат.

Судя по тексту § 245, автор ведет речь не о давности исполнения приговора (давности исполнения наказания), а исходя из современных воззрений, о давности привлечения к уголовной ответственности, поскольку обращает внимания на два момента: выявление совершенного преступления и 10-летний срок со дня его совершения.

Возможность частного прощения обуславливается характером совершенного деяния, дела по которым возбуждаются по жалобам потерпевших. В этом случае дело прекращается в связи с примирением потерпевшего с виновным.

Как видно из изложенного, во взглядах О. Горегляда на преступление и наказание чувствуется сильное влияние Наказа Екатерины II. Г.С. Фельдштейн по этому поводу замечает: «Последнее представляется очевидным при обзоре тех определений, которые О. Горегляд дает основным понятиям, введенным в его “Опыт”. Он утилизует Наказ *in expressis verbis*<sup>32</sup> для определения покушения и совершения, различения видов неправды уголовной и родов преступлений, видов наказаний и пр. Но использование О. Гореглядом Наказа должно быть отмечено и там, где он не делает соответственных указаний. Понятие преступления, которое выставляет О. Горегляд, почти дословно заимствуется им из Наказа. То же должно сказать о разделении его на виды, значении для вменения уголовной

<sup>32</sup> *Expressis verbis* (лат.) — дословно.

воли и т.д. Руководствуясь схемой Наказа, О. Горегляд формулирует отдельные положения действовавшего в его время уголовного права. Но вместе с тем О. Горегляд не подвергает <...> общих учений философской обработке, хотя и формулирует положения, являющиеся общими по отношению к целому ряду определений положительного права»<sup>33</sup>.

Последняя глава учебника посвящена действию уголовного закона по кругу лиц. По российскому уголовному закону подлежат ответственности как российские подданные, так и иностранцы (проживающие в стране, имеющие владения, временно пребывающие и путешествующие) при совершении ими преступления на территории Российской империи. При этом автор отмечает, что в случае уклонения от ответственности бегством за границу либо совершения преступления за границей, вопрос должен решаться согласно договорам, заключенным с иностранными государствами. «Иностранные посланники и их служители, так как не состоят в подданстве России, за преступления, ими учиненные в оной, отправляются для суждения и наказания в свое государство». Военнослужащие предаются воинскому суду.

#### Значение учебника

Труд О. Горегляда в целом получил положительную оценку дореволюционных криминалистов. Вместе с тем был и отрицательный отзыв на него. Так, профессор А.С. Коровецкий считал его «мало успешным по несвойственным заглавиям, недостатку в порядке и многим другим погрешностям»<sup>34</sup>.

<sup>33</sup> Фельдштейн Г.С. Указ. соч. С. 295–296.

<sup>34</sup> Коровицкий Александр Сикстович (1797–1864) — профессор Московского университета, родом происходил из дворян, учился в Дрогичике у пиаров, затем в Белостокской гимназии и Виленском университете, здесь окончил курс 28 июня 1816 г. со степенью кандидата прав и оставлен при университете, 25 мая 1821 г. утвержден в степени магистра, 1 марта 1822 г. назначен преподавателем в Виленском университете гражданского судопроизводства; в 1824–1825 гг. преподавал русское и местное право, с 1826 по 1831 гг. вел русское гражданское и уголовное право. По закрытии Виленского университета назначен 14 декабря 1834 г. членом комитета Высочайше утвержденного при II отделении Собственной Его Императорского Величества канцелярии для ревизии свода законов западных губерний. С 1 января 1838 по 1839 гг. состоял при комитете Высочайше утвержденном для разбора и составления свода законов для царства Польского, 11 июня 1841 г. определен исполняющим должность профессора юридических наук для юношества царства Польского в Московском университете, 12 июля 1845 г. утвержден в звании профессора по кафедре гражданского, уголовного и административного права. Его сочинения: 1) *Proces cywilny litewski*. Wilno, 1826; 2) *Proces graniczny*. Wilno, 1828; 3) *Porządek sędzenia spraw w Rządzącym senacie i w Radzie państwa*. Wilno, 1827; 4) *Porządek sądowy kryminalny podług praw rossyjskich z dodaniem odmian guberniom zachodnim właściwych*. Wilno, 1831; 5) Историческое обозрение российского гражданского права (Биографический словарь профессоров и преподавателей Императорского Московского университета: в 2 ч. Ч. 1. М., 1855).

Надо иметь в виду, что учебник О. Горегляда — первая попытка научной догматики общей части российского уголовного права. Он основан в том числе на материалах Комиссии составления законов, в деятельности которой непосредственное участие принимал сам автор (это видно из посвящения П.В. Лопухину, об этом пишет и Г.С. Фельдштейн<sup>35</sup>). В работе учтена вся юридическая литература и, как уже отмечалось, Наказ Екатерины II, использованные в своей деятельности Комиссией составления законов. Следовательно, она отражала состояние науки и законодательства конца XVIII — начала XIX вв.

По сути, ценность учебника многозначна. Во-первых, по утверждению Н.С. Таганцева, «труд Горегляда послужил вместе с проектом Уголовного уложения 1813 г.<sup>36</sup> источником при составлении 1-го раздела свода законов уголовных, 1832»<sup>37</sup>. Уже одно это, на наш взгляд, говорит о значении анализируемой работы; уже одного этого достаточно, чтобы имя автора вписать в золотую летопись истории российской науки уголовного права.

Во-вторых, учебник стал основой для дальнейшей разработки уголовно-правовых проблем другими криминалистами. Так, «трудом О. Горегляда усердно пользовался <...> проф. И.Л. Мютель<sup>38</sup>, который в своей работе по лифляндскому уголовному праву полагает труд О. Горегляда в основание ознакомления с догмой русского уголовного права, поскольку последнее входит в качестве источника в интересующую его область»<sup>39</sup>.

Судя по имеющимся материалам, учебник О. Горегляда при чтении лекций, подготовке научных и методических работ был активно использован профессором Императорского Казанского университета Г.И. Солнцевым<sup>40</sup>. В частности, об этом свидетельствует «Российское уголовное право, изложенное Обоих Прав Док-

<sup>35</sup> Фельдштейн Г.С. Указ. соч. С. 293.

<sup>36</sup> См. о нем подробно: Безверхов А.Г., Коростелев В.С. Проект Уголовного уложения Российской империи 1813 г. Самара: Изд-во Самар. ун-та, 2013.

<sup>37</sup> Таганцев Н.С. Русское уголовное право. Лекции. Часть Общая: в 2 т. Т. 1. М.: Наука, 1994. С. 22.

<sup>38</sup> См. о нем подробно: Кириис А.Ю., Лесмент Л.Я., Ярвлайд П.М. Юридическому факультету Тартуского университета 350 лет // Правоведение. 1982. № 4. С. 3–11.

<sup>39</sup> Фельдштейн Г.С. Указ. соч. С. 295.

<sup>40</sup> См.: Багаутдинов Ф.Н. Человек громадной учености (о ректоре Казанского Императорского университета, Казанском губернском прокуроре Г.И. Солнцева). Казань: Фэн, 2011; Емельянова И.А. Гавриил Ильич Солнцев, 1786–1866. Казань: Изд-во Казан. ун-та, 2003; Загоскин Н.П. История Казанского Императорского университета за первые сто лет. Т. II. Казань: Типо-литограф. Имп. Казан. ун-та, 1902; Наумов А.В. Уголовно-правовые взгляды Г.И. Солнцева — представителя казанской школы криминалистов // Два века юридической науки и образования в Казанском государственном университете. Казань: Изд-во Казан. ун-та, 2004; Фельдштейн Г.С. Русский криминалист 20-х годов XIX в. Гавриил Ильич Солнцев // Журнал министерства юстиции. 1906. № 4. С. 129–164 и др.

тором, Императорского Казанского Университета бывшим Ректором, философических и положительных Российских и иностранных прав П.О. Профессором, Общества любителей отечественной словесности при Императорском Казанском университете действительным членом, Ордена св. Анны 2-й степени Кавалером и проч. *Гавриилом Солнцевым*»<sup>41</sup>.

Большое влияние работа О. Горегляда оказала на взгляды П.Н. Гуляева. Его учебник «Российское уголовное право, составленное из Российских Государственных Узаконений Титулярным Советником Петром Гуляевым» (М., 1826) очень близок к попыткам построения русского уголовного права в духе О. Горегляда. Как и О. Горегляд, П. Гуляев в основном преследует цель систематического изложения норм действующего

уголовного законодательства. Правда, при этом автор дает исторический обзор источников уголовного права, чего нет в первом учебнике. Кроме того, работа подразделена на Общую и Особенную части. Общая часть практически полностью совпадает с архитектурой Наказа Екатерины II, тогда как Особенная часть представляет собой более или менее самостоятельное структурное образование. Это объясняется очень просто: Наказ лишь в общих чертах обрисовал Особенную часть уголовного права, поэтому автору пришлось идти самостоятельным путем.

Таким образом, можно сделать бесспорный вывод: истоки достижений современного российского уголовного права лежат в том числе и в работе О. Горегляда «Опыт начертания российского уголовного права».

#### Библиография:

1. Багаутдинов Ф.Н. Человек громадной учености (о ректоре Казанского Императорского университета, Казанском губернском прокуроре Г.И. Солнцева). — Казань: Фэн, 2011. — 800 с.
2. Безверхов А.Г., Коростелев В.С. Проект Уголовного уложения Российской империи 1813 г. — Самара: Изд-во Самар. ун-та, 2013. — 192 с.
3. Горегляд О.И. Опыт начертания российского уголовного права. Ч. 1. О преступлениях и наказаниях вообще. — СПб.: Тип. И. Иоаннесова, 1815. — 167 с.
4. Емельянова И.А. Гавриил Ильич Солнцев, 1786–1866. — Казань: Изд-во Казан. ун-та, 2003. — 16 с.
5. Загоскин Н.П. История Казанского Императорского университета за первые сто лет. Т. II. — Казань: Типо-литогр. Имп. Казан. ун-та, 1902. — 698 с.
6. Кирил А.Ю., Лесмент Л.Я., Ярвелейд П.М. Юридическому факультету Тартуского университета 350 лет // Правоведение. — 1982. — № 4. — С. 3–11.
7. Наумов А.В. Уголовно-правовые взгляды Г.И. Солнцева — представителя казанской школы криминалистов // Два века юридической науки и образования в Казанском государственном университете. — Казань: Изд-во Казан. ун-та, 2004. — С. 30–34.
8. Новый памятник законов Империи российской: в 20 ч. / под ред. А.Ф. Фиалковского. — СПб.: Изд. И. Глазунов, 1825–1832.
9. Победоносцев К.П. [К.П.] Обзорение частных трудов по собранию законов и по составлению указных словарей Полного Собрания Законов Российской империи // Архив исторических и практических сведений, относящихся до России. — СПб.: Тип. Ю.А. Бокрама, 1863. — Кн. 5. — С. 51–84.
10. Соколов П. Систематическое руководство к познанию российского законодательства. Ч. 1. — М.: Универ. тип., 1819. — 119 с.
11. Солнцев Г.И. Российское уголовное право. — Ярославль: Демидовский юрид. лицей, 1907. — 302 с.
12. Таганцев Н.С. Русское уголовное право. Лекции. Часть Общая: в 2 т. Т. 1. — М.: Наука, 1994. — 380 с.
13. Уголовное право. Сочинение доктора Павла Ансельма Фейербаха. — СПб.: Мед. тип., 1810. — 616 с.
14. Фельдштейн Г.С. Главные течения в истории науки уголовного права в России. — М.: Зерцало, 2003. — 542 с.
15. Фельдштейн Г.С. Русский криминалист 20-х годов XIX в. Гавриил Ильич Солнцев // Журнал министерства юстиции. — 1906. — № 4. — С. 129–164.
16. Хапылев С. Систематическое собрание российских законов с присовокуплением правил и примеров из лучших законоучителей: в 6 т. Ч. 1. — СПб.: Сенат. тип., 1817. 1106 с.
17. Чучаев А.А. Трудная судьба первого российского учебника уголовного права // Российский ежегодник уголовного права. — 2007. — № 2.
18. Чучаев А.И. История науки уголовного права // История юридических наук в России. — М.: МГЮА, 2009.

*Материал поступил в редакцию 12 декабря 2014 г.*

<sup>41</sup> Подробный анализ учебника Г.И. Солнцева см.: Чучаев А.А. Трудная судьба первого российского учебника уголовного права // Российский ежегодник уголовного права. 2007. № 2. На наш взгляд, утверждение автора о том, что именно учебник Г.И. Солнцева является первым в России, является ошибочным. Указанный учебник был написан в 1820 г. (то есть на 5 лет позже, чем учебник О. Горегляда), а издан лишь в 1907 г. в Демидовском юридическом лицее (г. Ярославль).

**THE FIRST MANUAL ON CRIMINAL LAW**  
**(On the 200<sup>th</sup> anniversary of the manual by Osip Goreglyad «Experience of Drafting Russian Criminal Law»)**

**Gracheva, Yulia Viktorovna** — Doctor of Law, Professor of the Scientific Research University — Higher School of Economics.

[uvgracheva@mail.ru]

101000, Russia, Moskva, ul. Myasnitskaya, 20.

**Chuchaev, Aleksandr Ivanovich** — Doctor of Law, Professor of the Kutafin Moscow State University.

[moksha1@rambler.ru]

125993, Russia, Moskva, ul. Sadovaya-Kudrinskaya, 9.

**Review.** *The article is devoted to the first Russian manual on criminal law, which was published in February of 1815. The authors describe the situation in the criminal legal science of late XVIII — early XIX centuries, which influenced the views of O. Goreglyad, as reflected in his «Experience of Drafting Russian Criminal Law». Then they discuss the structure of the publication, specific features of systematization of the materials, its division into paragraphs, which by their volume and contents remind one of definitions of criminal law terms. Special attention is paid to the contents of the manual, and analysis of the issues regarding crime and punishment, responsibility for an act, types of punishment, their classification and application, application of law to the range of persons. Finally, the authors discuss the value of the «Experience» by O. Goreglyad for the law-making, more specifically for the formation of the Chapter 1 of the Code of Criminal Laws of 1832 and the further development of the problems of criminal law in the manuals of P.N. Gulyaev and G.I. Solntsev.*

**Keywords:** *criminal law, criminal law science, late XVIII — early XIX century, O. Goreglyad, first manual on criminal law, dogmas of criminal law, «Experience of Drafting Russian Criminal Law», meaning, further development of science of criminal law, P.N. Gulyaev, G.I. Solntsev.*

**Bibliography:**

1. Bagautdinov F.N. Great learned man (about the Rector of the Kazan Imperial University, the Kazan Province Prosecutor G.I. Solntsev). — Kazan': Fen, 2011. — 800 p.
2. Bezverkhov A.G., Korostelev V.S. Draft Criminal Code of the Russian Empire of 1813. — Samara: Izd-vo Samar. un-ta, 2013. — 192 p.
3. Goreglyad O.I. «Experience of Drafting Russian Criminal Law» Ch. 1. On Crimes and Punishments in General. — SPb.: Tip. I. Ioannesova, 1815. — 167 p.
4. Emel'yanova I.A. Gavriil Ilyich Solntsev, 1786-1866. — Kazan': Izd-vo Kazan. un-ta, 2003. — 16 p.
5. Zagoskin N.P. History of the Kazan Imperial University in the first hundred years. II. — Kazan': Tipo-litogr. Imp. Kazan. un-ta, 1902. — 698 p.
6. Kiris A.Y., Lesment L.Y., Yarvelayd P.M. 350<sup>th</sup> Anniversary of the Law Faculty of the Tartu University // Pravovedenie. — 1982. — № 4. — P. 3-11.
7. Naumov A.V. Views of G.I. Solntsev as a representative of the Kazan school of criminal law scholars on criminal law. — Kazan': Izd-vo Kazan.un-ta, 2004. — P. 30-34.
8. A new historical source of laws of the Russian Empire: 20 v. / ed. by A.F. Fialkovskiy. — SPb.: Izd. I. Glazunov, 1825-1832.
9. Pobedonostsev K.P. An overview of works on collections of laws and formation of dictionaries for the Complete Collection of Laws of the Russian Empire // Archive of historical and practical information regarding Russia. — SPb.: Tip. Y.A. Bokrama, 1863. — B. 5. — P. 51-84.
10. Sokolov P. Systematic guidance for understanding Russian legal studies. Ch. 1. — M.: Univer. tip., 1819. — 119 p.
11. Solntsev G.I. Russian criminal law. — Yaroslavl': Demidovskiy yurid. litsey, 1907. — 302 p.
12. Tagantsev N.S. Russian criminal law. Lectures. General Part: in 2 v. V. 1. — M.: Nauka, 1994. — 380 p.
13. Criminal law. Work of Doctor Pavel Anselm Feyerbach. — SPb.: Med. tip., 1810. — 616 p.
14. Fedsthein G.S. Key movements in the history of science of criminal law in Russia. — M.: Zertsalo, 2003. — 542 p.
15. Feldshtein G.S. Russian criminal law scholar of 1820s Gavriil Ilyich Solntsev // Zhurnal ministerstva yustitsii. — 1906. — № 4. — P. 129-164.
16. Khapylev S. Systematic collection of Russian laws complemented with the rules and examples by the best law scholars. In 6 v. Ch.1.— SPb.: Senat. tip., 1817. 1106 p.
17. Chuchaev A.A. Hard luck of the first Russian manual on criminal law // Rossiyskiy ezhegodnik ugolovnoogo prava. — 2007. — № 2.
18. Chuchaev A.I. History of Science of Criminal Law // History of Legal Sciences in Russia. — M.: MGYuA, 2009.

# 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/](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. 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). **Ссылки на иностранные источники** следует указывать на языке оригинала, избегая аббревиатур и по возможности максимально следуя таким же требованиям, как и при оформлении библиографии на русском языке. **Ссылки на электронные ресурсы** следует оформлять в соответствии с **библиографическим ГОСТом 7.82-2001**. Необходимо указывать заголовок титульной страницы ресурса, <в угловых скобках> полный адрес местонахождения ресурса и (в круглых скобках) дату последнего посещения веб-страницы.
  11. При оформлении списка литературы (библиографии) необходимо руководствоваться **библиографическим ГОСТом 7.1-2003**. В библиографическом списке не указываются правовые источники (нормативные акты, судебные решения и иная правоприменительная практика). Пример оформления смотрите на сайте 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: 14,88 усл.-печ.л., формат 60x84<sup>1</sup>/<sub>8</sub>. Тираж 250 экз. Дата подписания в печать 26.03.2015 г.

Печать офсетная. Бумага офсетная.

Отпечатано с готовых диапозитивов

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.

**Для заметок**

**Для заметок**