

Нижегородская академия МВД России
Нижегородский исследовательский научно-прикладной центр
«Юридическая техника»
Факультет права Нижегородского филиала
Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики»

ЮРИДИЧЕСКАЯ ТЕХНИКА

Ежегодник

№ 5

Вторые Бабаевские чтения

**«Преемственность в праве:
доктрина, российская и зарубежная
практика, техника»**

Выходит 1 раз в год

Редакционная коллегия

Главный редактор:

Баранов Владимир Михайлович — доктор юридических наук, профессор, заслуженный деятель науки Российской Федерации

Члены редакционной коллегии:

Апт Людмила Фальковна — кандидат юридических наук, заслуженный юрист Российской Федерации

Баранова Марина Владимировна — доктор юридических наук, кандидат культурологии, доцент

Власенко Николай Александрович — доктор юридических наук, профессор, заслуженный юрист Российской Федерации

Давыдова Марина Леонидовна — доктор юридических наук, доцент

Исаков Владимир Борисович — доктор юридических наук, профессор, заслуженный юрист Российской Федерации

Карташов Владимир Николаевич — доктор юридических наук, профессор, заслуженный деятель науки Российской Федерации

Кашанина Татьяна Васильевна — доктор юридических наук, профессор

Колоколов Никита Александрович — доктор юридических наук, профессор

Лазарев Валерий Васильевич — доктор юридических наук, профессор, заслуженный деятель науки Российской Федерации

Панько Кирилл Константинович — доктор юридических наук, профессор

Поленина Светлана Васильевна — доктор юридических наук, профессор, заслуженный юрист Российской Федерации

Пчелкин Александр Владимирович — кандидат юридических наук, доцент

Пшеничнов Михаил Александрович — кандидат юридических наук, доцент

Ромашов Роман Анатольевич — доктор юридических наук, профессор, заслуженный деятель науки Российской Федерации

Сенякин Иван Николаевич — доктор юридических наук, профессор, заслуженный юрист Российской Федерации

Сивицкий Владимир Александрович — кандидат юридических наук, доцент

Тарасов Николай Николаевич — доктор юридических наук, профессор

Тихомиров Юрий Александрович — доктор юридических наук, профессор, заслуженный деятель науки Российской Федерации

Тихонова Светлана Сергеевна — кандидат юридических наук, доцент

Эбзеев Борис Сафарович — доктор юридических наук, профессор, заслуженный деятель науки Российской Федерации, заслуженный юрист Российской Федерации

СОДЕРЖАНИЕ

Приветственные слова

Приветственное слово В.М. Баранова.....	7
Мой отец — Владимир Бабаев	8
Приветственное слово А.Н. Конева.....	9

Доклады на пленарном заседании

Карташов В.Н. Преемственность в правовой системе общества: методологические основы исследования.....	10
Рыбаков В.А. Преемственность и рецепция — способы развития национального права	19
Черников В.В. Закон о полиции: новеллы и преемственность	26
Оборотов Ю.Н. Ориентиры апологизации современного права	35
Ромашов Р.А. Преемственность и цикличность в российском праве: единство и противоречия.....	41
Давыдова М.Л. Техничко-юридический механизм обеспечения преемственности в праве	43
Бабай А.Н. Модернизация российского права, регламентирующего борьбу с незаконным оборотом наркотиков: тенденции и перспективы.....	50
Баранов В.М. Политико-идеологические пределы преемственности юридической техники	55

Выступления на круглом столе

Абшилава Г.В. Проявления правопреемственности в институте, предусмотренном главой 40 ¹ УПК РФ	58
Александрова И.А. Анализ черт преемственности в развитии законодательства Великобритании и России, предусматривающего уголовную ответственность за взяточничество	63
Алехина А.В. Защита прав инвесторов в Соединенных Штатах Америки: исторический аспект	75
Андреева О.А. Правопреемство в российской историко-правовой науке как принцип развития юридической мысли.....	77
Андриянова О.Ю. Эволюционная преемственность судопроизводства по уголовным делам в отношении несовершеннолетних	82
Баженова Т.М., Зипунникова Н.Н. Исторические знания в процессе подготовки юристов: преемственность и новации	90
Баранова М.В. Преемственность рекламного законодательства как высокозначимый фактор его совершенствования	96
Бондаренко М.В. К вопросу о заимствовании российским правом положений иных правовых систем ...	101
Булавин С.П. Преемственность в полицейском законодательстве России в условиях глобализации	104
Ванина И.А. Юридическое указание в ракурсе правовой правопреемственности	111
Вантеева Н.В. Преемственность как средство преодоления ошибок в муниципальном строительстве... ..	114
Вершинина Е.С. Эволюция становления правовых регламентов и дальнейшие перспективы их развития ..	118
Виссаров А.В. Преемственность законодательства и категория «возможность в праве».....	124
Головкин Р.Б. Некоторые аспекты преемственности права по отношению к иным социальным нормам .	130

СОДЕРЖАНИЕ

Гордеева Е. С. Историческая правопреемственность и эволюция уголовно-правового законодательства об ответственности за порнографию в Российской империи	136
Гревцов Ю. И. Преемственность в правовом регулировании.....	141
Груздев В. В. Преемственность в научном знании: опыт разработки категории «правовое состояние» ...	144
Демин А. В. Бланкетное правотворчество в сфере налогов и сборов: общая характеристика, проблемы, тенденции	154
Демичев А. А. Проблемы изучения правовой преемственности в хронодискретных моногеографических исследованиях.....	160
Денисов С. А. Сохранение и развитие традиций государственного права Российской империи и Советского государства на современном этапе	166
Зражевская Т. Д. Преемственность развития некоторых конституционных институтов в России	174
Иванова А. А. Преемственность как условие эффективности института конфискации имущества в противодействии коррупции	179
Исаков В. Б. Преемственность правовых норм в сфере технического регулирования	184
Калашников О. Д. Преемственность права зарубежных государств как эффективное направление предупреждения преступности несовершеннолетних в Российской Федерации.....	192
Карпычев М. В. Преемственность российского законодательства о представительстве	196
Карягина А. В. Правопреемство и систематизация как условия развития института рекламы в переходный период российской государственности	201
Карягина О. В. Преемственность института медиации в российском уголовном процессе: проблемы и перспективы использования зарубежного опыта	206
Клепоносова М. В. Преемственность принципов защиты гражданских прав в третейском судопроизводстве	210
Клоков С. Н. Проблемы соблюдения стандартов Совета Европы по правам человека в уголовно-процессуальном законодательстве России	215
Ковтун Н. Н. Основные начала проверки судебных решений в уголовном процессе России — стереотипизация правовых установок	219
Кодан С. В. Исторический подход в изучении преемственности и новаций в юридической политике Российского государства (XIX — начало XX в.)	226
Козлов А. В. Преемственность в вопросах правового регулирования и охраны авторских прав в отечественном законодательстве	234
Колоколов Н. А. Преемственность — важное свойство правовой материи	240
Конев А. Н. К вопросу о легализации преемственности правовой политики	255
Корнев А. В. Свобода судебного усмотрения: от прошлого к современности.....	262
Котомин Д. С. Преемственность законодательной регламентации лоббистской деятельности в России	265
Кравец Ю. П. Преемственность в уголовно-правовом регулировании отношений в сфере предпринимательской деятельности	268
Кругликов Л. Л. Средства дифференциации ответственности в Уголовном кодексе 1960 и 1996 годов....	273
Кузнецов А. П. Творческое наследие В. К. Бабаева в исследовании ярославских ученых.....	281
Купцова О. Б. Преемственность в функциях государства	286
Леднева Т. В. Преемственность цензовой демократии: сущность и политико-юридические перспективы..	291
Липень С. В. Преемственность в развитии юридической науки как аспект общей проблемы преемственности в праве	294
Лушина Л. А., Мищенко Л. В. К вопросу об универсальности правопреемства в наследственных правоотношениях.....	298

СОДЕРЖАНИЕ

Макарейко Н.В. Преемственность в институте административной ответственности.....	302
Маслова Е.В. Преемственность субъективного вменения в российском уголовном законодательстве....	308
Мигущенко О.Н. Преемственность в развитии российского правосознания.....	319
Минникес И.А. Проблемы преемственности и теория правового регулирования.....	328
Овчинников А.И. Архетипы правовой культуры и преемственность в государственно-правовом развитии России	336
Омигов В.И. Преемственность в уголовном праве по незаконному обороту наркотиков в России	340
Орлова Л.А. Преемственность в игорном праве.....	343
Панченко П.Н. Преемственность и динамизм развития правового регулирования интеллектуальной собственности в контексте задач модернизации страны (от законодательства об интеллектуальном продукте — к Интеллектуальному кодексу Российской Федерации).....	348
Панько К.К. Преемственность в праве (на примере развития законодательства о юридической технике) ..	357
Першин В.Б., Треушников И.А. Методологические воззрения В.К. Бабаева на преемственность в праве.....	363
Першина И.В. Проблема интереса в отечественном правоведении: история возникновения и преемственность в развитии.....	368
Петрянин А.В. Международное регулирование борьбы с экстремизмом: преемственность и перспективы ...	373
Пишина С.Г. О методологическом значении категории «преемственность» в гражданском праве	378
Пожарский Д.В. Охранительная функция Российского государства на современном этапе: проблемы преемственности и модернизации.....	383
Поленина С.В. Юридическая техника и правовая технология: теория, практика, преемственность.....	387
Пронина М.П. Логико-философская природа презумпций в праве (в развитие преемственности научных исследований, проводимых профессором В.К. Бабаевым)	391
Прудников А.С., Чувилкин К.В. Мироззренческие проблемы современной правовой науки в русле процессов преемственности в конституционном праве	396
Пшеничнов М.А., Майорова С.А. К вопросу о преемственности в корпоративном праве	399
Рарог А.И. Разработка концепции Уголовного кодекса РФ: проблемы преемственности	404
Ротков А.А. Эволюция правовой основы функционирования рынка ценных бумаг в США	408
Сальников М.М. Становление и развитие института охраны фондового рынка в советском законодательстве	412
Сапун В.А. Уровни преемственности в праве.....	416
Сенякин И.Н. Противоречивость российского законодательства в ракурсе преемственности	421
Сивицкий В.А. Пределы преемственности в праве (на примере инструментария систематизации законодательства)	432
Сироткин А.Г. Узуфрукт (пользовладение) в российском праве: вопросы рецепции и преемственности	436
Скубченко Л.Ф. Безопасность личности в контексте преемственности в праве	444
Сочнев Д.В., Трухина Е.Г. Преемственность российского законодательства, регламентирующего противодействие молодежному экстремизму (из опыта деятельности СМИ ОВД)	446
Суменков С.Ю. Исключения из правил как фактор преемственности права: теоретический аспект	451
Сутягин С.С. Лесное законодательство в дореволюционной России: историческая правопреемственность и эволюция	458
Тарасов А.В. Реформа предварительного следствия — три века одна проблема.....	463
Тенилова Т.Л. Преемственность как гарантия эффективности действия права.....	469

СОДЕРЖАНИЕ

Тихонова С.С., Уткина Е.В. Преемственность в уголовно-правовом регулировании охраны лесов в России	475
Толстик В.А. Преемственность в правопонимании	482
Третьякова О.Д. Преемственность права при конвергенции правовых систем	487
Туранин В.Ю. Преемственность в формировании современной юридической терминологической системы: сущность и значение.....	491
Федосова Е.В. Развитие правового регулирования статуса лиц, страдающих психическими расстройствами (к вопросу о правопреемственности)	495
Федулов А.В., Нерсисян Д.Р. Преемственность юридической техники формирования порядка принятия следователем (дознавателем) мер попечения о детях и иждивенцах подозреваемого или обвиняемого	503
Хужин А.М. О проблемах преемственности положений о невиновном поведении в публичном и частном праве.....	506
Червонюк В.И. Традиции как выражение преемственности в правовом развитии, их регулятивные особенности, взаимосвязь с инновациями в сфере действия конституционного права.....	511
Честнов И.Л. Преемственность права в контексте постклассической науки	527
Чупрова А.Ю. Имущественные наказания в уголовном праве: вопросы правопреемственности.....	534
Шавин В.А. К вопросу о негативных последствиях преемственности в трудовом праве России.....	539
Эбзеев Б.С. Решение Европейского суда по правам человека по делу «Республиканская партия России против России», или утраченные иллюзии о гармоничной преемственности общеевропейских правовых стандартов	545

И это все о нем

Бабай А.Н. В.К. Бабаев: человек и ученый. Из сельской глубинки — в большую науку	556
Кругликов Л.Л. Через аспирантуру — в науку	559
Хужин А.М., Мазаева Е.С., Ершов Н.Н. Наш Учитель — Владимир Константинович Бабаев: преемственность и систематика научной школы	561

Конференции, круглые столы, семинары

Давыдова М.Л., Шарно О.И. Пресс-релиз Международной студенческой научной конференции «Юридическая техника как профессиональное искусство юриста»	566
---	-----

Представление членов редакционной коллегии

Баранов Владимир Михайлович.....	572
Давыдова Марина Леонидовна	575
Карташов Владимир Николаевич	577
Колоколов Никита Александрович	581
Ромашов Роман Анатольевич.....	583
Тарасов Николай Николаевич	585
Тихонова Светлана Сергеевна	587

ПРИВЕТСТВЕННЫЕ СЛОВА

Уважаемые коллеги!

История государства начинается со дня его рождения, а история личности — со дня смерти человека. Возможно, это спорный афоризм и в нем не заключена вечность, но некий «момент истины», элемент мудрости веков в нем присутствует.

История личности профессора В.К. Бабаева сегодня продолжается. И очень символично: ключевая категория нашей встречи — «преемственность» предполагает многоплановое, полифункциональное заимствование идей, выводов, тезисов, гипотез, догадок неординарного ученого и талантливого педагога. Речь идет о заимствовании и творческом развитии его методологических установок. А точнее — о наследовании его богатых идей и о том, как этим правовым наследством мы должны грамотно распорядиться. Интеллектуальное наследство предполагает, что наследники должны непременно не только сохранить, но и преумножить, в нашем случае, солидный правовой капитал.

Преемственность в философском ключе есть содержание закона отрицания отрицания, один из источников общественного развития. Некоторые считают, что существуют положительная и отрицательная преемственность. Формат нашей конференции не предполагает «зряшное», «голое» отрицание каких-то спорных или недостаточно аргументированных суждений В.К. Бабаева, что, естественно, не исключает научной корректной полемики с ним. Умелое сочетание преемственности и новаторства в правовой модернизации является сильной чертой разработок В.К. Бабаева. Преемственность с неизбежностью ведет к научному предвидению. Осмелюсь предположить — процесс преемственности научных и дидактических воззрений В.К. Бабаева в сфере права и юриспруденции не прервется никогда. Преемственности права, как известно, в определенные периоды присущи «разрывы», преемственные связи между институтами законодательства порой прерываются. И, вместе с тем, немало процессов преемственности в праве обладают непрерывностью, неизменностью. Хочется верить, что творческое наследие В.К. Бабаева относится к разряду именно неизменных правовых ценностей.

Разрешите Вторые Бабаевские чтения считать открытыми и предоставить слово заслуженному деятелю науки Российской Федерации, доктору юридических наук, профессору, генералу Владимиру Константиновичу Бабаеву.

(Далее участникам конференции был представлен видеоряд с публичными выступлениями В.К. Бабаева.)

Баранов Владимир Михайлович,
доктор юридических наук, профессор, заслуженный деятель науки Российской Федерации, помощник начальника Нижегородской академии МВД России по инновационному развитию научной деятельности, главный научный сотрудник Института правовых исследований Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики», заместитель декана факультета права Нижегородского филиала Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики», президент Нижегородского исследовательского научно-прикладного центра «Юридическая техника»

Мой отец — Владимир Бабаев

Сегодня меня попросили вспомнить, каким был мой отец. Прежде всего я бы хотел напомнить Вам основные этапы его жизни.

Мой отец Владимир Константинович Бабаев родился 1 декабря 1939 года в селе Ново-Александровка Тамбовского района Амурской области. Он был самым младшим тринадцатым ребенком в семье. После окончания школы проходил службу в саперных войсках, из которых демобилизовался в звании старшего сержанта. В 1961 году поступил на юридический факультет Дальневосточного государственного университета. В 1969 году в Свердловском юридическом институте досрочно защитил кандидатскую диссертацию по теме «Презумпции в советском праве». В 1972 году отец был приглашен на работу в Горьковскую школу МВД СССР, где прошел путь от доцента кафедры государственно-правовых дисциплин до начальника школы. В 2003 году отец совместно с Сергеем Петровичем Гришиным создал и возглавил Нижегородскую правовую академию.

Этот жизненный путь отец прошел без чьей либо помощи, за счет своего упорства и нелегкого труда, поэтому в жизни он был человек требовательный не только к себе, но и к другим людям.

Отец говорил мне: «Живи по принципу: “Поставь перед собой цель и своими силами пытайся добиться ее и только когда исчерпал свои силы и возможности, только тогда можно обратиться за помощью”».

Когда я поступил на юридический факультет Университета имени Лобачевского, отец сказал: «Ты будешь изучать много разных интересных и увлекательных юридических дисциплин, но основа их всех — «Теория государства и права», этот предмет ты должен знать на отлично. А в этом я буду уверен только в том случае, если я сам буду читать у тебя лекции и принимать экзамен».

Прошло уже много лет с момента окончания мной факультета, сегодня многие мои однокурсники, ученики отца, занимают высокие государственные должности, но каждый раз при встрече обязательно упоминают, что лекции моего отца были самыми лучшими из всех, которые им читали за весь период обучения.

На кафедру отец выходил с маленьким клочком бумаги, на котором были написаны основные тезисы лекции; как только отец начинал говорить, аудитория затихала, студенты слушали его, как замороженные. Помимо основного материала, лекция была насыщена практическими примерами, выдержками из последних нормативно-правовых документов, а также юридическими курьезами, что особенно нравилось студентам.

На экзамене мне помимо основного материала было задано столько дополнительных вопросов, сколько не было задано всей группе. Уже дома отец произнес: «Вот теперь я уверен, что мой предмет ты знаешь на отлично».

Помимо работы и науки у отца была масса увлечений. Он очень любил книги, в 70—80 годах хорошие книги были дефицитом, именно тогда отец по крупицам начинал собирать свою библиотеку, зачастую выменивая или выкупая книги по книжным барахолкам. Сейчас его библиотека насчитывает около десяти тысяч книг, есть очень редкие дореволюционные издания. Большинство этих книг отец прочел, он всегда придерживался принципа, что любая книга, как источник информации, должна быть прочитана и не должна приобретаться в качестве предмета обстановки квартиры.

Отец любил заниматься землей, на даче ни минуты не мог сидеть без дела, ему все время надо было что-то сажать или пересаживать, строить либо перестраивать в доме. До сих пор на даче хранится мебель, сделанная его руками, разнообразные столы, скамейки, подставки.

Кроме всего прочего, отец был обладателем искрометного чувства юмора, знал множество анекдотов, баек, курьезов и благодаря этому всегда был душой компании. Если он попадал в незнакомую компанию, уже через пять минут вокруг него начинали скапливаться люди, которые хотели с ним пообщаться. В общении отец был очень прост и всегда вел диалог с людьми на равных вне зависимости от того, какое положение занимал человек, поэтому люди постоянно к нему тянулись.

Отец любил свою семью — мою маму, меня и особенно своих внуков, очень любил жизнь. За день до своей смерти планировал, как мы будем вместе встречать Новый год, давал мне указания, что надо сделать по хозяйству, к сожалению, данным планам не суждено было сбыться, 30 декабря 2008 года его не стало.

Когда мама заказала памятник, мы с ней долго обсуждали, что написать на нем в качестве эпитафии, и пришли к выводу, что делом жизни отца была наука, он жил наукой, работал ради науки, так на памятнике появилось высказывание немецкого писателя, юриста Себастьяна Бранта:

«Все преходяще быстротечно, и лишь наука долговечна».

Сегодня я и моя семья хотели бы выразить глубокую благодарность руководству Нижегородской академии МВД России и всем участникам за то, что в очередной раз вы собрались, чтобы вспомнить моего отца, сказать в его адрес добрые и теплые слова. Народная мудрость гласит, что человек жив до тех пор, пока его помнят. Спасибо вам за Вашу память.

Бабаев Сергей Владимирович,
кандидат юридических наук, судья Федераль-
ного арбитражного суда Волго-Вятского округа

Уважаемые коллеги!

Сегодняшняя научно-практическая конференция, без всякого сомнения, может быть названа особой. Доброй традицией в стенах Нижегородской академии МВД России становится ежегодное проведение Бабаевских чтений. Отрадно, что данный почин нашел поддержку не только со стороны научной общественности Нижегородской области, но и был по достоинству оценен учеными более чем из 20 регионов Российской Федерации, а также правоведами из Украины, Республики Беларусь. Далеко не случайно Бабаевские чтения проводятся в статусе Международной научно-практической конференции.

Бесспорно, жизнь человека не вечна, но наука и знания переступают пороги столетий. Кажется, что совсем недавно в рамках Первых Бабаевских чтений на базе Нижегородской академии ученые обсуждали природу правовых презумпций. Сегодня в аудитории имени Владимира Константиновича Бабаева мы продолжаем обращаться к его доктринальному наследию.

По итогам предыдущего научного форума был издан солидный фолиант, с которым, наверное, успел ознакомиться каждый из присутствующих. Хотелось бы надеяться, что проводимая сегодня Международная научно-практическая конференция получит не меньший отклик в наших умах и сердцах, и новый сборник, изданный по ее результатам, станет серьезным итогом нашей совместной работы, высокоценным средством развития и популяризации идей Владимира Константиновича Бабаева.

К их числу, конечно же, относится проблема преемственности в праве. В качестве одного из актуальнейших направлений юридической науки она на протяжении ряда десятилетий притягивала к себе ученых-правоведов. Профессор В.К. Бабаев уделял пристальное внимание ее рассмотрению. В частности, правоведам хорошо известна его научная статья «О преемственности между социалистическими и прошлыми типами права», которая была опубликована в журнале «Советское государство и право» в 1975 году.

Именно тогда, на рубеже 70—80 годов XX века начала проводиться серьезная общетеоретическая разработка вопросов преемственности в праве. Во многом благодаря научным разработкам В.К. Бабаева и на их основе были подготовлены и опубликованы многочисленные монографии и статьи. Каждый из этих трудов в своем русле освещал одну из многих граней этого сложного правового феномена, но цельного завершеного учения о преемственности в праве до сих пор так и не сложилось. Масштаб исследований в данной области все еще нельзя признать достаточным. Несмотря на заложенные солидные основы, необходимо, как отмечал Владимир Константинович, «значительно углубить и расширить научные изыскания в этой области». Хочется выразить надежду, что проводимая конференция внесет свой вклад в реализацию этих начинаний, выступит одним из этапов поиска путей постижения столь актуальной темы.

Во многом этому будут способствовать теоретические разработки наших участников. В программу форума заявились более 130 правоведов — ученых и практиков. 58 из них имеют ученую степень доктора наук, профессора. Позвольте также выразить отдельную благодарность зарубежным гостям, которые изъявили желание участвовать в конференции.

Как и в прошлый раз, Владимир Константинович Бабаев незримо будет среди нас. Андре Мальро отмечал, что «трагедия смерти превращает жизнь в судьбу, делает непоправимым все то, что смерти предшествует». Однако не только непоправимым, но и не реализованным, не законченным, не переданным. В этом и заключается судьба ученого — настоящего ученого — продолжать жизнь в трудах и мыслях своих учеников и последователей. Уверен, что результаты нашего научного форума подтвердят, что это будет достойное продолжение.

Хочу с чувством глубокого удовлетворения уже сейчас объявить для всех присутствующих тему Третьих Бабаевских чтений — «Юридическая аргументация». Организационно-творческую ответственность за проведение и конечные результаты этих чтений принимает на себя кафедра государственно-правовых дисциплин академии во главе с доктором юридическим наук, профессором Владимиром Алексеевичем Толстиком.

Прошу почтить светлую память Владимира Константиновича Бабаева минутой молчания и возложить цветы к его могиле.

Конев Андрей Николаевич,
доктор технических наук, доцент, начальник
Нижегородской академии МВД России

ДОКЛАДЫ НА ПЛЕНАРНОМ ЗАСЕДАНИИ

В.Н. Карташов

Карташов Владимир Николаевич — доктор юридических наук, профессор, заслуженный деятель науки Российской Федерации, заведующий кафедрой теории и истории государства и права Ярославского государственного университета имени П.Г. Демидова

Преемственность в правовой системе общества: методологические основы исследования

Владимир Константинович Бабаев по сути своей затрагивал лишь *преемственность в праве*, оставляя за рамками исследования преемственность в правосознании, различных разновидностях юридических практик и других элементах правовой системы общества¹.

Нужно согласиться с выводом В.К. Бабаева, к которому он пришел еще в конце 70-х годов прошлого века, обращая внимание на то, что вопрос о преемственности в сфере права и государства в философских и юридических науках изучен явно недостаточно, нуждается в глубокой и обстоятельной разработке². Этот вывод не утратил своей актуальности и в настоящее время. Причем он касается не только права и правовой системы, но и всего гражданского общества в целом.

В трудах В.К. Бабаева заложена философская, логическая, историческая, экономическая, политическая, специально-юридическая и прочие методологии исследования преемственности в праве. «Преемственность, — пишет он, — необходимый элемент закона отрицания отрицания, одного из основных законов диалектики. Процесс отрицания включает два неразрывно связанных между собой элемента: а) устранение старого отжившего или не отвечающего изменившимся условиям; б) сохранение старого положительного, ценного, того, что необходимо для прогрессивного развития»³.

В отечественном праве, по его мнению, преемственность затрагивает содержание и форму права, а также сферу юридической техники⁴. Я бы поставил данную проблему несколько шире, то есть рассматривал преемственность не только в праве, но и других компонентах и элементах правовой системы общества (следует признать, что когда Бабаев начинает рассматривать преемственность в области юридической техники, он тем самым уже затрагивает правотворческую и другие типы и виды практики, выходит за рамки права).

Во всех трудах им формулируется следующая дефиниция данного явления. «Преемственность в праве, — пишет он, — это заимствование правом того или иного государства положений прошлых либо современных ему правовых систем»⁵.

В указанном определении просматривается общая тенденция, которая характерна для отечественной и зарубежной юриспруденции, когда преемственность отождествляется с аккультурацией. Более того, подавляющее большинство авторов (Н.Н. Волкова, Р. Давид, Р. Кабриак, Н. Неновски,

¹ См., например: *Бабаев В.К.* О преемственности между социалистическим и прошлым типами права // Советское государство и право. — 1975. — № 12; *Бабаев В.К.* [Рецензия]: В.К. Бабаев, В.М. Лесной // Вестник МГУ. — Серия XII: Право. — М., 1976. — № 2. — Рец. на кн.: Н. Неновски Преемственность в правото; *Бабаев В.К.* Советское право как логическая система. Учебное пособие. — М., 1978. — С. 70—91; *Бабаев В.К.* [Рецензия]: В.К. Бабаев, М.И. Байтин, В.М. Баранов // Советское государство и право. — 1984. — № 6. — Рец. на кн.: Г.В. Швекова Преемственность в праве; *Бабаев В.К.* Методологические вопросы преемственности в праве / В.К. Бабаев, В.М. Баранов, В.И. Гойман // Вопросы теории государства и права: Межвузовский сборник научных трудов. — Саратов, 1987. — Вып. 7; *Бабаев В.К.* Теория современного советского права. — Н. Новгород, 1991. — С. 34—36; *Бабаев В.К.* Преемственность в праве / Общая теория права: Курс лекций / Под ред. В.К. Бабаева. — Н. Новгород, 1993. — С. 133—135; *Бабаев В.К.* Преемственность в праве // Теория государства и права: Учебник / Под ред. В.К. Бабаева. — 2-е изд., перераб. и доп. — М., 2006. — С. 227—229; и др.

² См.: *Бабаев В.К.* Советское право как логическая система. — М., 1978. — С. 71—72.

³ *Бабаев В.К.* Преемственность в праве // Теория государства и права / Под ред. В.К. Бабаева. — М., 2006. — С. 227.

⁴ Там же. — С. 229.

⁵ См., например, там же. — С. 227; *Бабаев В.К.* Преемственность в праве // Общая теория права / Под ред. В.К. Бабаева. — Н. Новгород, 1993. — С. 133.

Н. Рулан, Н.А. Рябинин, В.В. Сорокин, Г.В. Швеков и др.) нередко отождествляют преемственность не только с правовой аккультурацией, но и с юридическим наследием, правопреемством, правовой экспансией, рецепцией и другими юридическими явлениями (процессами, состояниями) и понятиями, их отражающими, что влечет за собой неоправданное расширение или сужение той или иной проблемы, определенные неточности и погрешности в теоретическом познании и практически преобразующей деятельности в юридической и иных сферах общественной жизни¹.

Соблазн свести преемственность к заимствованию из других правовых систем (правовой аккультурации), рецепции и прочее порождают острые дискуссионные вопросы методологического характера, связанные с определенностью и четкостью отдельных категорий, адекватным использованием юридических терминов и конструированием научно-обоснованных понятийных рядов в теоретическом и практическом правоведении.

Учитывая обширность тематики и богатство юридического материала, было бы наивно с нашей стороны претендовать на глубокое и обстоятельное исследование хотя бы некоторых поставленных в данной статье проблем. Здесь мы решаем более простую задачу: кратко показываем соотношение преемственности со смежными юридическими явлениями, процессами и состояниями, опираясь при этом на соответствующие методологические подходы.

1. Преемственность и правовое наследие. Соотношение указанных выше юридических явлений и категорий имеет существенное методологическое значение, особенно в условиях перехода от одного этапа развития общества к другому, глубокого реформирования экономической, политической, социальной, управленческой, духовной и правовой (судебной и т. п.) систем общества. Особенно актуальны вопросы эффективного использования правового наследия, проблема искоренения негативных явлений и процессов (юридической антикультуры), сохранения и преемственности в правовой системе всего того, что служит защите прав и интересов людей, их коллективов и организаций, правовому и социальному прогрессу в целом. Еще великий русский публицист А.И. Герцен писал: «Полнее сознавая прошедшее, мы уясняем современность; глубже опускаясь в смысл былого — раскрываем смысл будущего; глядя назад — шагаем вперед».

Очень часто понятия «юридическое наследие» и «юридическая преемственность» в отечественной и зарубежной литературе отождествляются. И это не случайно, поскольку и в том, и в другом случаях речь идет об использовании юридического опыта и культуры предшествующих поколений, о тенденциях развития правовой системы от прошлого к настоящему и от настоящего к будущему, о становлении новых общественных и правовых институтов.

Каждый новый этап в развитии общества невозможен без предыдущего. На этот момент в общественном (в том числе и правовом) развитии обращали внимание уже древние авторы. Так, Лукреций Кар в книге «О природе вещей» писал:

*«Нужно, чтоб все возрождалось одно из другого...
Судостроение, полей обработка, постройки, законы —
Все это вызвано мыслью пытливою или нуждою
Смертных и мало-помалу идет по пути к совершенству»².*

На наш взгляд, понятия «правовое наследие» и «правовая преемственность» отличаются по своему объему, содержанию и той методологической роли, которую они играют в теоретическом познании и практическом преобразовании правосознания, юридической практики и других элементов правовой системы общества.

Правовое наследие — это вся совокупность юридических явлений, отношений, состояний, результатов деятельности и опыта, доставшихся национальной правовой системе конкретного общества (региона и т. п.) от прошлых этапов и периодов общественного развития. Раймон Леже во введении к своей книге «Великие правовые системы современности» пишет об «освящении настоящего прошлым». «Старые иски были уничтожены, но они властвуют над нами из своих могил». Это знаменитое выражение английского юриста XIX века Метланда, который полагал, что даже если современному периоду предшествовали коренные реформы, необходимо всегда описывать наследие прошлого и там находить источник, который имеет вневременное значение. Новой России, — продолжает Р. Леже, — ставшей на путь правового государства, не следует слишком быстро забывать понятия, используемые в период с

¹ См.: Волкова Н.Н. Рецепция гражданско-правовых норм в налоговом законодательстве: Автореф. дис... канд. юрид. наук. — М., 2008; Давид Р., Жоффре-Спинозе К. Основные правовые системы современности. — М., 1998; Неновски Н. Преемственность в праве. — М., 1977; Кабриак Р. Кодификации. — М., 2007; Рулан Н. Историческое введение в право. — М., 2005; Леже Р. Великие правовые системы современности: сравнительно-правовой подход. — М., 2010; Сорокин В.В. Государство переходного периода: теоретические вопросы. — Барнаул, 2000; Сорокин В.В. Правовая система переходного периода: теоретические проблемы. — М., 2003; Рябинин Н.А. Преемственность государственности: Автореф. дис... канд. юрид. наук. — Екатеринбург, 2001; Швеков Г.В. Преемственность в праве. — М., 1983; Правовая система Нидерландов / Отв. ред. В.В. Бойцова, Л.В. Бойцова. — М., 1998; Андриановская И.И. Преемственность в трудовом праве. — Южно-Сахалинск, 2007. — Ч. 1.

² Лукреций Кар. О природе вещей. — М., 1933. — С. 85, 156.

1917 по 1991 годы»¹. Замечание, на наш взгляд, сверхактуальное, весьма важное не только для ученых, но и политиков, государственных и общественных деятелей всех уровней и рангов.

Все, что наследуется в правовой системе, можно условно подразделить на три большие части:

1) достижения правовой культуры, которые имеют непреходящее значение и могут быть без какой-либо существенной переработки использоваться в современных условиях;

2) юридический опыт прошлого, который в той или иной степени соответствует потребностям нового времени, но требует основательного пересмотра, приспособления к изменившимся социально-экономическим, политическим и иным обстоятельствам;

3) остатки старых правовых институтов, явлений, форм и тому подобное, враждебные новой эпохе, неприемлемые, непригодные для использования в практической деятельности (они могут иметь определенное теоретико-историческое значение и привлекать к себе внимание лишь в научно-познавательном плане).

Что же следует понимать под преемственностью в правовой системе общества? В самом общем виде ее можно определить следующим образом. *Это связь между различными этапами или ступенями развития конкретной национальной правовой системы, которая предполагает сохранение в рамках определенной страны тех или иных достижений правовой культуры прошлого, использование в современной правовой системе всего того прогрессивного, что было накоплено в предшествующие эпохи.*

Преемственность выступает важной стороной проявления закона отрицания отрицания, когда, по мнению Гегеля, в отрицаемом необходимо удержать все положительное. Согласно диалектической концепции развития при переходе правовой системы с одной ступени развития на другую происходит не абсолютное уничтожение всех ее старых свойств, сторон и элементов, а ликвидация отжившего, консервативного, рутинного, с удержанием всего прогрессивного, соответствующего новому, более высокому уровню социального движения².

Таким образом, понятие «правовое наследие» включает не только то, что предполагается сохранить, удержать, использовать (это характерно для преемственности), но и то, что требуется устранить, изъять, удалить из правовой системы. Правовое наследие охватывает, обычно, вынужденное заимствование отдельных сторон (элементов и т. п.) правовой системы предшествующего этапа развития. Например, в результате перестройки и развала Советского Союза в России как суверенном государстве и обществе, по сути дела, осталось и действовало многое из юридического наследия, накопленного в советский период, в частности:

а) в *системе права* основы законодательства Союза ССР и союзных республик, общесоюзные и российские кодексы, другие нормативные правовые акты (так, в соответствии с частью 1 статьи 1 УК РСФСР 1960 года до принятия нового УК РФ 1996 года в задачи первого входили охрана общественного строя Союза ССР, его политической и экономической систем, социалистической собственности, личности, прав и свобод граждан и всего социалистического правопорядка от преступных посягательств);

б) в *правовом сознании* сохранялись как позитивные представления, чувства, идеи, доктринальные принципы, понятия, конструкции, учения, теории, так и пережитки (деформации и т. п.), характерные для советской психологии и идеологии;

в) в *отдельных юридических практиках* складывалась порой весьма парадоксальная ситуация (например, УК РФ был введен в юридическую силу с 1 января 1997 года, а УК РСФСР продолжал действовать до 1 июля 2002 года; многие нормативные правовые акты Верховных Советов СССР и РСФСР, постановления правительств Союза ССР, РСФСР и РФ и так далее по вопросам, которые согласно новому российскому законодательству могли регулироваться только федеральными законами, действовали впредь до принятия и введения в юридическую силу соответствующих законов; до сих пор применяются некоторые постановления Пленумов Верховного Суда Союза ССР и Верховного Суда РСФСР).

К сожалению, российские власти всех уровней, юристы (ученые-практики) и другие агенты и носители преемственности с самого начала юридических и иных общественных преобразований не имели четкого понимания происходящих процессов, не обладали ни грамотной тактикой своей деятельности, ни научно обоснованной стратегией (прогнозированием, планированием и т. п.) развития правовой и других систем общества. Это негативно отразилось на сроках, качестве и эффективности проведения многих юридических, экономических, политических и других социальных реформ.

Преемственность объективно требует определенного избирательного, сознательного, а порой и научно обоснованного подхода к правовому наследию. Правильность же отбора устанавливается в

¹ Леже Р. Великие правовые системы современности: сравнительно-правовой подход / Пер. с фр. — М., 2010. — С. 2—3.

² О сущности и проявлениях закона диалектического синтеза (отрицания отрицания) см., например: Франк С.Л. Сочинения. — М., 1990. — С. 297 и след.; Алексеев П.В. Философия: Учебник / П.В. Алексеев, А.В. Панин. — 4-е изд., перераб. и доп. — М., 2010. — С. 537 и след.

конечном счете в процессе реального функционирования юридических явлений. То есть понятие «преемственность» по своему содержанию уже, чем понятие «правовое наследие».

Объем преемственности, степень использования позитивного юридического опыта и культуры прошлого для нужд современного правового строительства зависит от: 1) характера предшествующего периода, того строя, в котором действовала старая правовая система; 2) степени разрушения предшествующих правовой, экономической, политической, социальной, духовной систем, революционного и эволюционного перехода к новому этапу общественного развития; 3) качества и эффективности прошлого юридического опыта, уровня достижений в различных областях правовой действительности; 4) степени развитости той правовой системы, которая заимствует правовые достижения прошлого; 5) наличия в обществе соответствующих экономических, политических, социальных, духовных и иных предпосылок для использования правовой культуры прошлого. Кроме того, общество должно располагать определенными агентами (грамотными кадрами во всех органах власти, учеными-юристами, их профессиональными коллективами и организациями, профессорско-преподавательским составом и т. п.), способными к отбору всего того, что может служить исходной базой для восприятия и применения юридического опыта прошлого в новых условиях. Использованию подлежат лишь те элементы старой правовой системы, которые способствуют формированию, закреплению и дальнейшему развитию новых общественных отношений, формированию и совершенствованию правовой системы общества в целом или отдельных ее компонентов¹.

Преемственность, по нашему мнению, может осуществляться только во временном направлении, по «вертикали», в рамках одной национальной системы, когда происходит переход от одного этапа развития общества к другому, от одной ступени развития правовой системы к новой, более высокой по своей социальной значимости². Здесь еще раз, видимо, нужно напомнить о том, что преемственность всегда выступает важной стороной проявления закона диалектического синтеза (в чем едины, начиная от Гегеля, все авторы, разрабатывающие проблемы преемственности), когда наряду с отрицанием, искоренением негативных явлений и процессов происходит удержание всего положительного и полезного в правовой системе общества.

II. Правопреемство и преемственность в правовой системе. В юридической литературе очень часто преемственность отождествляется с правопреемством³. Последнее означает лишь переход прав и обязанностей от одного субъекта правоотношения — в силу собственного волеизъявления, закона, иного нормативного правового акта, соглашения или договора (национального, международного и т. п.) — к новому субъекту, который заступает на место предшественника. Правопреемниками могут быть отдельные лица, их коллективы, организации или государство в целом⁴. Так, в соответствии с ГК РФ при слиянии юридических лиц права и обязанности каждого из них переходят к вновь возникшему юридическому лицу в соответствии с передаточным актом (п. 1 ст. 58). При разделении юридического лица его права и обязанности переходят к вновь возникшим юридическим лицам в соответствии с разделительным балансом (п. 3 ст. 58). При преобразовании юридического лица одного вида в юридическое лицо другого вида (изменении организационно-правовой формы) к вновь возникшему юридическому лицу переходят права и обязанности реорганизованного юридического лица в соответствии с передаточным актом (п. 5 ст. 58).

Речь идет, как видим, лишь о замене субъектов права и правоотношений, расширении или сужении их правового статуса (компетенции и т. п.). Причем права и обязанности, переходящие к правопреемникам, могут не только содержать для них какую-то ценность, но и негативно влиять на их социальное и правовое положение, вызывать нежелательные для этих субъектов юридические и иные последствия. Например, весьма сложной была проблема правопреемства в результате развала Советского Союза. Факт ликвидации СССР был закреплен в ряде документов, в том числе в Алма-Атинской

¹ См., например: *Бабаев В.К.* Советское право как логическая система. — М., 1978. — С. 70—91; *Баллер Э.А.* Социальный прогресс и культурное наследие. — М., 1987. — С. 14; *Швеков Г.В.* Преемственность в праве. — М., 1983. — С. 13; *Неновски Н.* Преемственность в праве. — М., 1977. — С. 20 и след.; *Карташов В.Н.* Юридическая деятельность: понятие, структура, ценность. — Саратов, 1989. — С. 182—193; *Карташов В.Н.* Введение в общую теорию правовой системы общества. — Ярославль, 1995. — Ч. 1. — С. 38 и след.; *Рябинин Н.А.* Преемственность государственности: Автореф. дис... канд. юрид. наук. — Екатеринбург, 2001. — С. 6 и след.

² См.: *Неновски Н.* Преемственность в праве. — М., 1977. — С. 12; *Бабаев В.К.* Преемственность в праве // Теория государства и права / Под ред. В.К. Бабаева. — М., 2006. — С. 227.

³ См., например: *Хныкин Г.В.* Проблемы преемственности в трудовом праве // Традиции и новаторства русской правовой мысли: история и современность (к 100-летию со дня смерти С.А. Муромцева): Материалы IV Международной научно-практической конференции (Иваново, 30 сентября — 2 октября 2010 г.): В 3 ч. — Иваново, 2010. — Ч. 1. — С. 108; *Тихомиров Ю.А.* Правовое регулирование: теория и практика. — М., 2010. — С. 136.

⁴ Подробнее о правопреемстве см.: *Черепяхин Б.Б.* Правопреемство по советскому гражданскому праву // Труды по гражданскому праву (Серия «Классики российской цивилистики»). — М., 2001; *Власова Л.В.* Правопреемство государств в отношении договоров. — Минск, 1982; *Ушаков Н.А.* Правопреемство государств: Учебное пособие. — Уфа, 1996; *Аксенов А.Б.* О гражданстве в связи с правопреемством государств: Автореф. дис... канд. юрид. наук. — Казань, 2005.

декларации стран СНГ 1991 года, в которой говорилось, что «с образованием Содружества Независимых Государств Союз Советских Социалистических Республик прекращает свое существование». Причем участники СНГ гарантировали «выполнение международных обязательств, вытекающих из договоров и соглашений бывшего Союза ССР», то есть все члены СНГ в равной мере рассматривались как правопреемники СССР. Невозможность реализации данного решения заключалась в том, что ни один из правопреемников не мог претендовать на членство в ООН в порядке правопреемства. Выход из сложившегося положения был найден в концепции: «Россия: государство — продолжатель СССР», которая была признана международным сообществом и закреплена в различных международных правовых актах. Данная концепция означала, что место СССР в ООН и мировой политике занимает Российская Федерация, которая отныне является основным правопреемником Союза ССР и именно на нее ложится ответственность за выполнение его обязательств¹.

III. Правопреемственность и правовая аккультурация. Нельзя считать преемственностью процесс, когда юридический опыт отдельных стран (например, Германии, Италии, США и т. п.) заимствуется в правовом строительстве других стран (в России, Венгрии, Болгарии и т. п.). Здесь имеет место другое явление — правовая аккультурация, обмен опытом, суть которого заключается в том, что «всякая нация может и должна учиться у других...»².

Подавляющее большинство отечественных (В.К. Бабаев, Н.А. Рябинин, Г. В. Швеков и др.) и зарубежных (Р. Давид, Н. Неновски, Р. Леже, Р. Кабриак, Н. Рулан и др.) авторов, к сожалению, отождествляют понятия «юридическая преемственность» и «юридическая аккультурация». Последнюю можно определить как *процесс воздействия правовых систем различных стран друг на друга, а также результат этого влияния, заключающийся в восприятии одной из них элементов другой правовой системы*. При этом могут возникнуть весьма оригинальные, специфические юридические явления, процессы и состояния (к таковым следует отнести избрание Съездом народных депутатов Комитета конституционного надзора СССР, а в последующем — Конституционного Суда РФ, конституционных и уставных судов субъектов Российской Федерации).

Юридическая аккультурация представляет собой довольно сложный механизм, на что в отечественной, да и зарубежной науке не всегда обращается пристальное внимание³. Этот механизм включает: субъектов (агентов и т. п.), объекты, формы, методы, объемы, причины-условия (детерминирующие факторы, уровни и т. п.), временные (скорость, оперативность) и пространственные пределы, стадии, результаты, индивидуальный и надиндивидуальный опыт, а также другие элементы аккультурации.

Объектом заимствования может быть любое юридическое явление (процесс, свойство и пр.), любой компонент и элемент правовой системы. Чаще всего импортируются отдельные законодательные нормы, акты и институты. Например, Франция в свое время заимствовала бельгийский закон об отсрочке исполнения наказания и английские положения о чеках. В свою очередь в XIX веке подавляющее большинство стран импортировали ГК Франции 1804 года и другие французские кодифицированные акты, а в конце XIX — начале XX века в качестве популярных объектов аккультурации преобладают Германское гражданское уложение и швейцарские Гражданский и Обязательственный кодексы.

По объему юридическая аккультурация может носить частный (заимствование терминов, норм, принципов права и т. п.) и достаточно масштабный характер (импортирование юридических идей, институтов, кодексов и других правовых актов).

Имплантируемый элемент может вызвать существенную мутацию в правовой системе, оказать значительное воздействие на экономические, политические и другие социальные процессы, на индивидуальную и общественную психологию в стране. Поэтому всегда очень важно определить объем, масштаб заимствования, степень адаптации его к новым традициям, культуре, строю и т. д. По данным вопросам нужны более или менее точные прогнозы экономистов, юристов, политологов, социологов и других специалистов.

Этот аспект проблемы тесным образом связан с выяснением *пределов* юридической аккультурации. Здесь возникает масса самых различных вопросов, в том числе о конкуренции и коллизии конкретных юридических понятий и концепций, норм и нормативных правовых актов, институтов и отрас-

¹ В настоящее время существует Венская конвенция о правопреемстве государств в отношении договоров 1978 года и Венская конвенция о правопреемстве государств в отношении государственной собственности, государственных архивов и государственных долгов 1983 года. Подробнее об этих Конвенциях и правопреемстве государств см., например: Лукашук И.И. Международное право. Общая часть. — М., 2008. — С. 354—369; Международное право: Учебник / Отв. ред. Г.В. Игнатенко и О.И. Тиунов. — М., 2009. — С. 88—97.

² Маркс К. Сочинения / К. Маркс, Ф. Энгельс. — 2-е изд. — Т. 23. — С. 10.

³ М.В. Немытина правильно пишет, что заимствования в юридической сфере «становятся возможными только при наличии механизма адаптации чужого опыта в условиях данной страны» (Немытина М.В. Право России как интеграционное пространство. — Саратов, 2008. — С. 76). Однако данный механизм она сводит лишь к выделению отдельных его стадий (см.: Там же. — С. 76 и след.). Такой подход существенно сужает понятие и рамки исследования правовой аккультурации.

лей права, техники и тактики правотворческой практики, правоприменения и так далее, об условиях восприятия и отторжения иностранного элемента юридической культуры. Безусловно, что существуют конкретные объективные и субъективные, идеальные и материальные, экономические и политические, национальные и иные пределы аккультурации. Они могут быть естественными и искусственными. Их изучение применительно к конкретному обществу и его правовой системе позволит более оптимально трансплантировать «чуждые» элементы в правовую культуру страны, эффективно использовать юридический опыт одной или нескольких стран в правовой системе других государств. Определенной границей, «конечным» пределом юридической аккультурации является нарушение внутреннего единства и функционирования правовой системы конкретного общества, ее целостности, гармоничного взаимодействия с другими социальными системами, внесением дезорганизации в ту или иную сферу общественной жизни.

Вопрос о пределах непосредственно связан с причинами и условиями, одним словом, с проблемой *детерминации* юридической аккультурации и достаточно качественного и эффективного механизма адаптации чужого опыта в условиях данной страны.

Не останавливаясь подробно на анализе всех компонентов механизма юридической аккультурации, отметим лишь, что многие ее недостатки обусловлены низким уровнем правовой культуры законодателей, пробельностью и противоречивостью права, практики его толкования и реализации страны-реципиента, в слабой развитости ее правовой системы в целом, в стремлении неоправданно ускоренными темпами догнать и перегнать в правовом развитии другие страны. Например, соображениями быстроты руководствовались члены комиссии по подготовке проекта Гражданского кодекса Румынии 1865 года, работа над которым продолжалась всего 40 дней. Столько времени ей понадобилось, видимо, как не без сарказма замечает Р. Кабриак, чтобы перевести с французского на румынский язык и отредактировать текст Кодекса Наполеона 1804 года¹. В спешке создавались Конституция СССР 1977 года и Конституция РФ 1993 года, Трудовой кодекс РФ и многие другие нормативные правовые акты возрождающейся России. Причем предпочтение порой отдавалось бездумному заимствованию зарубежного материала вместо скрупулезного изучения и воплощения в практику отечественного юридического опыта.

Следует также подчеркнуть, что важным условием для юридической аккультурации является степень открытости общества для иностранного влияния. В этом плане Советский Союз и бывшие страны так называемого соцлагеря относились к закрытым обществам с весьма идеологизированным и политизированным правом, правосознанием, юридической практикой и правовой системой в целом.

В литературе в процессе правовой аккультурации, механизме адаптации чужого юридического и иного социального опыта в рамках данной страны выделяет несколько *стадий*, а именно: изучение в «родной» среде привносимых из-за рубежа компонентов «на теоретическом, нормативном и практическом уровнях»; оценку экономических, политических и иных факторов, в которые будут «встраиваться» новые юридические элементы, выяснение их соответствия особенностям правосознания, традиций, культуре, укладу жизни, предшествующему юридическому опыту страны-импортера; апробация вводимых элементов в виде малых моделей, проведение экспериментов, выявление позитивных и негативных факторов, влияющих на адаптацию; прогнозирование разнообразных социально-правовых ситуаций, связанных с имплантацией новых юридических компонентов в правовой системе конкретной страны; принятие решений на властном уровне, оформление и закрепление зарубежных юридических новелл в нормативных правовых актах; переход на уровень социальной практики, который должен сопровождаться проведением мониторинга и иных исследований с целью выявления узких мест и сильных сторон заимствованного юридического материала; трансляция полученных знаний через систему образования и СМИ в среду правоприменителей и населения страны; корректировка содержания и форм права в соответствии с введением новых юридических компонентов к потребностям общественного развития страны-импортера².

Как видим, речь в данном случае идет не только о стадиях, но и предпосылках, условиях, причинах, основаниях заимствования и адаптации юридического опыта других стран. В отечественной и зарубежной литературе рассматривается масса и других условий, существенно влияющих на данные процессы³.

¹ См.: Кабриак Р. Кодификации. — М., 2007. — С. 436 и след. (автор приводит много подобных примеров в этой части своей книги).

² Подробнее см.: Неновски Н. Преемственность в праве. — М., 1977; Зарубежный опыт и отечественные традиции в российском праве: Материалы всероссийского научно-методологического семинара (г. Санкт-Петербург, 28—30 июня 2004 г.). — СПб, 2004; Немытина М.В. Право России как интеграционное пространство. — Саратов, 2008.

³ Подробнее см.: Давид Р. Основные правовые системы современности / Р. Давид, К. Жоффре-Спинози. — М., 1998; Саидов А.Х. Сравнительное правоведение (Основные правовые системы современности). — М., 2000; Шаповал В.Н. Сравнительное конституционное право. — Киев, 2007; Марченко М.Н. Сравнительное правоведение: Учебник. — М., 2011; Брوليو Ф.М. Религии и юридические системы. Введение в сравнительное церковное право / Ф.М. Брوليو, Ч. Мирабелли, Ф. Онида. — М., 2008; Норбер Р. Историческое введение в право. — М., 2005; Кабриак Р. Кодификации. — М., 2007; Леже Р. Великие правовые системы современности: сравнительно-правовой подход. — М., 2010.

Удачная правовая аккультурация, по мнению указанных и иных авторов, может зависеть также от следующих факторов:

а) профессионального уровня практикующих юристов (например, кодексы, разработанные в конце XIX века в Японии по французскому и немецкому образцам, внесли лишь дезорганизацию в ее правовую систему, поскольку японские судьи не знали и не понимали основ западного права, путали гражданские дела с делами уголовными);

б) от качества юридического образования и науки (например, тунисский Кодекс обязательств и договоров 1906 года не действовал реально более 60-ти лет в связи с отсутствием надлежащего доктринального и дидактического обеспечения);

в) импортируемые элементы правовой системы могут не соответствовать разнообразным нуждам населения, здравому смыслу и духу умеренности во всех сферах жизнедеятельности общества (например, критический анализ содержания современного Трудового кодекса РФ показывает, что его создатели не смогли установить разумные компромиссы в регулировании трудовых отношений, примирить разнообразные социальные и политические противоположности, гармонизировать связи между работодателями и работниками, здраво оценить образ жизни людей в крупных и малых городах, деревнях и иных поселениях, громадную разницу между олигархами и беднейшими слоями российского народа);

г) существенное значение имеет престиж страны, уровень качества и эффективности импортируемых компонентов правовой системы конкретного общества (например, политический престиж Франции и Германии, научный и практически-прикладной потенциал Кодекса Наполеона и Германского гражданского уложения сыграли важную роль в их распространении во многих странах мира);

д) правовая аккультурация должна обуславливаться экономической, политической, социальной, духовной, культурной близостью между отдельными странами (это характерно, например, для Белоруссии, Украины и некоторых государств, входящих в СНГ);

е) на выбор импортируемых элементов правовой системы существенное влияние оказывает схожесть и идентичность языка народов (например, для многих стран Латинской Америки характерными являются испанские и португальские варианты юридического заимствования);

ж) безусловно, что однотипность правовых семей выступает в качестве важнейшего фактора, определяющего оперативность, объем и степень аккультурации (так, в рамках романо-германской правовой семьи этот процесс проходит менее болезненно, чем заимствование этой семьей компонентов англо-американской и других правовых систем);

з) правовая аккультурация имеет больше шансов на успех в случаях, когда она является частичной, постепенно и ненавязчиво внедряется в новый уклад жизни, правовое регулирование, поведение людей, их коллективов и организаций с иной культурой, общественным и правовым порядком.

Юридическая аккультурация, как правило, осуществляется в организационных, процедурно-процессуальных и документальных формах. В этом плане она может проводиться с помощью издания законов и подзаконных актов, заключения нормативных и индивидуальных договоров, вынесения судебных, правоприменительных, интерпретационных, распорядительных и иных юридических актов.

Заимствование в юридической, как и иной социальной сфере, может проходить спонтанно, стихийно, на обыденном уровне и достаточно организовано, с подключением к этому процессу заинтересованных и компетентных учреждений и лиц.

В качестве «агентов перенесения права» Норбер Рулан и Жорж Вандерлинден выделяют «путешественников без багажа» (эмигрантов, колонистов и т. д.), профессиональных путешественников — неюристов (коммерсантов, миссионеров, военных и т. д.), путешественников — юристов (судей и других практикующих юристов, преподавателей и др.)¹.

Действительно, в качестве субъектов (движущей силы) юридической аккультурации в России, например, выступают представители депутатского корпуса и исполнительной власти, судьи, прокуроры, адвокаты и другие практикующие юристы, предприниматели (отечественные и зарубежные), частные лица (граждане, иностранцы и т. д.), ученые-юристы, лица (студенты, аспиранты, стажеры и т. п.), обучающиеся в зарубежных вузах, и т. д.

Юридическая аккультурация может осуществляться с помощью различных методов: косвенного или промежуточного влияния, определенного уподобления и внесения в юридическую (законодательную, судебную и пр.) практику некоторых элементов зарубежного опыта, обстоятельно продуманного и организационно оформленного внедрения конкретных компонентов одной правовой системы в другую.

Косвенное заимствование возможно через юридическую доктрину и так называемую промежуточную аккультурацию. Примером последней может служить тот исторический факт, что Кодекс Наполеона был взят для образца при разработке египетского Гражданского кодекса 1949 года, который был воспринят в мусульманском мире как кодекс исламской страны и потому скопирован многими иными арабскими странами: Сирией в 1949 году, Ираком в 1953 году, Ливией в 1954 году, Алжиром в

¹ См.: Рулан Н. Историческое введение в право. — М., 2005. — С. 360—364.

1975 году и др.)¹. Р. Кабриак пишет также, что «аргентинский Гражданский кодекс 1869 года многое взял из французского Гражданского кодекса, но не прямо, а косвенно — через призму трудов Пуатье, наложивших глубокий отпечаток на цивилистические воззрения основного разработчика аргентинской кодификации Велеса Сарсфельда»².

Важным элементом механизма аккультурации является ее *результат*. В самом общем плане он может быть благоприятным и неблагоприятным. Взаимовлияние правовых систем разных стран друг на друга может привести, во-первых, к акцептации, то есть безусловному принятию иностранного элемента, он как бы естественно «вписывается» в новую правовую систему (примеров тому мы привели достаточно); во-вторых, к адаптации, то есть имплантируемый элемент постепенно приживается, приспособляется к новым условиям (так, в России законодательство об акционерных обществах открытого и закрытого типа постепенно внедрялось в юридическую и хозяйственную практики); в-третьих, к отторжению заимствованного юридического имплантируемого элемента (Судан в свое время принял Гражданский кодекс, который так и не смог реально воплотиться в жизнь, поскольку суданские судьи изучали в университетах англосаксонское Common law и не были готовы к восприятию романо-германской системы гражданского права, сформированного по модели Кодекса Наполеона³).

Результатом юридической аккультурации могут стать также существенные экономические, политические, социальные, правовые, культурные социально-психологические изменения и прочие последствия в индивидуальном и надиндивидуальном сознании людей и их коллективов, обществе в целом. Так, проведение в России приватизации, заимствование новых организационно-правовых форм хозяйствования, правового регулирования земельных, финансовых, трудовых и иных общественных отношений постепенно привело к значительным структурным и функциональным изменениям в экономической и правовой системах российского общества, социальному расслоению населения страны, внедрению индивидуалистической психологии, деформациям нравственного и правового сознания, проявлению различных типов и форм юридической антикультуры.

Таким образом, все перечисленные здесь и иные аспекты использования отечественного и зарубежного юридического опыта свидетельствуют о том, что преемственность и правовая аккультурация — это различные явления и отражающие их понятия.

IV. Преемственность и рецепция в правовой системе общества. Многие отечественные и зарубежные авторы отождествляют указанные понятия⁴. Поддался данному соблазну и В.К. Бабаев. Он, например, пишет: «Наиболее ярким примером преемственности между правовыми системами, опирающимися на частную собственность, была рецепция римского права в странах Европы, начиная с XII века» (курсив наш. — В.К.)⁵.

В этом вопросе нам больше импонирует позиция французского ученого-юриста Ж. Карбонье, которую он постоянно уточнял, но суть оставалась прежней. Так, в книге «Социология права», изданной во Франции в 1978 году, он отмечал, что «в отличие от аккультурации, которая может ограничиться каким-то одним институтом или даже нормой, рецепция — это глобальное явление. При рецепции в данное общество интегрируется зарубежная правовая система в целом»⁶.

В 1994 году автор уточняет свою точку зрения. «Рецепция права, — пишет Ж. Карбонье, — означает ситуацию, когда некое национальное общество приняло, ввело, интегрировало у себя определенную иностранную систему права в целом, то есть в полном ее объеме»⁷. Поскольку эта точка зрения превалирует в обширной отечественной и зарубежной литературе по данной проблеме, то нам представляется нецелесообразным в небольшой по объему статье подробно дискутировать по вопросу о соотношении указанных юридических явлений и понятий.

V. Виды юридической преемственности. В заключение нам бы хотелось отметить, что существуют различные виды преемственности. Так, она может происходить в рамках одной и той же общественно-экономической формации, либо в процессе перехода от одного исторического типа общества к другому. По времени протекания этот процесс может быть непрерывным либо прерывистым, неравномерным. Так, Судебными уставами 1864 года в России был введен суд присяжных (кстати, нехарак-

¹ См.: Кабриак Р. Кодификации. — М., 2007. — С. 451.

² Там же. — С. 449.

³ См. там же. — С. 437.

⁴ См., например: Неновски Н. Преемственность в праве. — М., 1977. — С. 46; Правовая система Нидерландов / Отв. ред. В.В. Бойцова, Л.В. Бойцова. — М., 1998. — С. 33; Литяев В.А. Рецепция римского права в России XIX — нач. XX в. (историко-правовой аспект): Автореф. дис... д-ра юрид. наук. — Саратов, 2001. — С. 16; Волкова Н.Н. Рецепция гражданско-правовых норм в налоговом законодательстве: Автореф. дис... канд. юрид. наук. — М., 2008. — С. 7 и след.; Кабриак Р. Кодификации. — М., 2007. — С. 340.

⁵ Бабаев В.К. Преемственность в праве // Общая теория права: Курс лекций / Под общ. ред. В.К. Бабаева. — Н. Новгород, 1993. — С. 134.

⁶ Карбонье Ж. Юридическая социология / Пер. с фр. — М., 1986. — С. 199.

⁷ Цит. по: Кабриак Р. Кодификации. — М., 2007. — С. 439—440.

терный для романо-германской правовой системы). В советский период этот институт был ликвидирован. В настоящее время институт присяжных восстановлен в российском судопроизводстве.

Преемственность может охватывать всю территорию страны либо ограничиваться определенным регионом (субъектом Федерации, муниципальным образованием и т. п.). В зависимости от объема заимствования она бывает значительной и незначительной. По «переносимым» компонентам и элементам различают преемственность в праве, его содержании (нормах, принципах, легальных дефинициях и т. д.) и формально-юридических источниках (нормативных правовых актах и договорах, судебных прецедентах и т. д.), юридической практике (правотворческой, правореализующей, правоприменительной, интерпретационной, правосистематизирующей и т. д.), юридической технике, тактике и стратегии, идеях и теориях, терминах и т. д.

Многим из указанных и иным разновидностям преемственности В.К. Бабаев уделял самое пристальное внимание. Он писал, что проблема преемственности играет огромную роль в правовой системе современного российского общества, поскольку процесс его формирования, модернизация экономической, политической, социальной, духовной систем и государственного устройства, глобальные изменения в материальном и процессуальном законодательстве, проведение судебной и административной реформ, существенная реорганизация учреждений юстиции и органов внутренних дел, всей системы правоохранительных органов, разработка новых научных концепций и подходов к праву, правосознанию, правовой культуре, юридической практике и другим правовым явлениям и процессам, создание самой теории правовой системы общества, наряду с отрицанием всего рутинного, консервативного, отжившего, должны сопровождаться сохранением, «удержанием» всех лучших, положительных и прогрессивных сторон и свойств правовой системы дореволюционного и советского периодов развития общества.

В.А. Рыбаков

*Рыбаков Владимир Алексеевич — доктор юридических наук,
доцент кафедры теории и истории государства и права Омского
государственного университета имени Ф.М. Достоевского*

Преемственность и рецепция — способы развития национального права

В правоведении утвердилось положение о том, что право развивается одним способом — правотворчеством. Это, в принципе верное положение, допускает возможность более широкого, глубокого рассмотрения темы. Исходя из характера, содержания используемых в правотворчестве норм, можно выделить преемственный способ развития права — он основывается на правовом наследстве своей страны, способ рецепции — в его основе лежат нормы иностранного права и способ трансформации (имплементации) — когда законодатель использует нормы международного права.

В докладе представлены только два явления — преемственность в праве и рецепция права, не нашедшие должного освещения в отечественной литературе.

Проблемы возникают уже на начальных стадиях исследования, потому что общепризнанного их понимания в литературе нет.

Что такое преемственность в праве? Анализ литературы показывает, что авторы, занимающиеся данной проблемой, связывают ее с рецепцией права, чаще всего отождествляя их. На такой позиции стоят Г.В. Назаренко, Г.В. Швеков, В.К. Бабаев и ряд других ученых: «Преемственность — это есть рецепция»¹ (Г.В. Назаренко); «Преемственность и рецепция сплошь и рядом пересекаются и совпадают...»² (Г.В. Швеков); «Рецепция римского права — наиболее яркий пример преемственности... права»³ (В.К. Бабаев).

Другие авторы полагают, что преемственность включает в себя рецепцию. В частности, болгарский правовед Н. Неновски, занимающийся данной проблематикой, пишет: «...рецепция — это специфическое проявление преемственности», своеобразное ее выражение⁴.

Третьи, преемственность рассматривают как часть рецепции. «Преемственность, — заявляет В.Н. Протасов, — является разновидностью правовой рецепции»⁵. «В рецепции, — пишет А.И. Косарев, — четко различимы проявления преемственности»⁶.

Такой подход к преемственности в праве нельзя признать верным. Преемственность и рецепция права — два самостоятельных явления со своей спецификой и именно в таком ключе рассматриваются и аргументируются в настоящем докладе.

Преемственность в праве — это использования правового материала предшествующего этапа развития собственной страны в регулировании новых общественных отношений. Суть данного определения в том, что преемственность — сугубо национальное явление, ограниченное пределами конкретного государства.

В этой связи следует признать неверным широко распространенный вывод, который не ограничивает явление ни территорией (пространством), ни временем. При преемственности, утверждает ряд авторов, «параллельные» образования не обязательно должны сосуществовать во времени, они могут быть разделены столетиями и даже тысячелетиями, как, например, рабовладельческий и буржуазный типы права⁷.

По мнению авторов, отстаивающих данную позицию, преемственность в праве осуществляется в двух направлениях: во временном («по вертикали») — как восприятие и усвоение правовых элементов прошлого, любого исторического типа права и в пространственном («по горизонтали») — как восприятие и усвоение правовых ценностей, созданных в одновременно существующих государствах. «Горизонтальная» преемственность, — пишет В.Н. Протасов, — заключается в восприятии прошлого правового опыта других государств»⁸.

¹ Назаренко Г.В. Теория государства и права. — М., 1998. — С. 162.

² Швеков Г.В. Преемственность в праве. — М., 1983. — С. 2.

³ Бабаев В.К. Советское право как логическая система. — М., 1978. — С. 79.

⁴ Неновски Н. Преемственность в праве. — М., 1977. — С. 39, 46.

⁵ Протасов В.Н. Теория права и государства. Проблемы теории права и государства. — М., 1999. — С. 121.

⁶ Косарев А.И. Этапы римского права // Советское государство и право. — 1983. — № 7. — С. 127, 128.

⁷ См.: Бабаев В.К. Советское право как логическая система. — М., 1978. — С. 74; Маркарян Э.С. О значении сравнительного метода в культурно-историческом познании // Вестник истории мировой культуры. — 1957. — № 4. — С. 30.

⁸ Протасов В.Н. Теория права и государства. Проблемы права и государства. — М., 1999. — С. 121.

Почему преемственность следует ограничивать пределами государства и рассматривать как способ развития национального права?

Во-первых, потому, что она связана с основными диалектическими законами развития: законом единства и борьбы противоположностей, законом перехода количественных изменений в качественные, законом отрицания отрицания. Наиболее полное выражение преемственности находит в законе отрицания отрицания.

Закон отрицания отрицания — третий, центральный закон диалектики. Он предполагает, а) различие противоположностей и их связь и б) необходимость перехода в новое качественное состояние с удержанием положительного, обеспечением возможности перехода от разрушения к созиданию. «Основным содержанием отрицания, с точки зрения материалистической диалектики, — считал Г.В.Ф. Гегель, — являются два взаимосвязанных и взаимообусловленных момента — уничтожение, отмирание старого, отжившего и не отвечающего изменившимся условиям, и в то же время сохранение нового, положительного, соответствующего изменившимся условиям»¹.

Новое качественное состояние, отрицая старое, никогда не является абсолютно новым. Оно неизбежно несет в себе многие черты предшествующего состояния, то есть прежней стадии развития. При переходе от старого качества к новому уничтожается, отрицается лишь то, что мешает развитию, препятствует ему.

В философии сохранение и передача положительного содержания (преемственность) понимается как снятие. «Снятое есть некое, вместе с тем и сбереженное, которое лишь потеряло свою непосредственность, но отнюдь не уничтожено вследствие этого. При снятии сохраняются все особенности данного явления: определенность, содержательность и т. д. в силу неразрывности процесса проявления от проявляемого. В этом особый смысл преемственности-снятия»².

Во-вторых, для преемственности, как способа развития характерно то, что она составляет основу развития национального права, связывает его этапы, соединяя прошлое и настоящее. Происходит это за счет того, что правовой материал одного этапа переносится в другой. Сегодняшнее право родилось из вчерашнего и породит завтрашнее.

Преемственность в этом процессе неизбежна. Она выступает связующим звеном. Ее можно определить как «механизм памяти» общества, который осуществляет накопление и хранение информации прошлого, на основе которой создаются новые правовые ценности, а также как фактор, позволяющий оформить исторический процесс в один непрерывный и прогрессивный.

Можно ли отказаться от правового материала предшествующего строя, этапа? Нет. Попытки такие делались, но безуспешные. Советский строй объявил об отказе от права царской России, но на практике дореволюционный нормативный материал был включен в систему правового регулирования.

В первом российском ГК 1922 года (а затем в воспроизводивших его ГК других республик), было использовано 80—85% положений проекта Гражданского уложения Российской империи³.

Трудовые кодексы 1918 и 1922 годов воспроизводили нормы Устава о промышленном труде (1913 г.) и Закона от 3 июля 1886 года. Ряд понятий и норм были сохранены и в последующих кодексах. Например, о предупреждении об увольнении по собственному желанию за две недели (действовало до 1979 г.); об ограничении удержаний из зарплаты трети среднего заработка (действовало применительно к материальной ответственности до 1986 г.); о необходимости выдачи рабочему расчетной книжки; о предупреждении рабочих за две недели об изменении оплаты труда; о трудовых договорах по их срокам (действует и поныне) и т. п.⁴.

В систему советского права были включены и религиозные нормы. В период с 1919 по 1928 год, когда решалась судьба советской власти в южных регионах страны, допускалась деятельность казийских (шариатских) судов, признавались гражданские права и функции исламских законоученных, лояльно относившихся к советской власти.

Активное участие в процессе институционализации мусульманской юстиции приняли высшие органы государства — СНК и ЦИК Союза ССР, ВЦИК и СНК РСФСР. В январе 1925 года Президиум ВЦИК разработал и утвердил проект постановления «О адатских и шариатских судах на территории РСФСР». Президиум ЦИК СССР 21 сентября 1927 года предоставил право принятия автономными соответствующих актов на основе данного постановления⁵.

Россия, несмотря на коренные преобразования общества, широко использовала советское законодательство. Многие кодексы РСФСР были заменены лишь через пять-десять лет после установле-

¹ Гегель Г.В.Ф. Сочинения. — М., 1937. — Т. 5. — С. 122.

² Там же. — С. 133.

³ Маковский А.Л. Гражданское законодательство в советской плановой экономике и в рыночной экономике России // Журнал российского права. — 2005. — № 9. — С. 119—120.

⁴ Воробьев В.Ф. Морозовская скачка и Закон от 3 июля 1886 г. // Советское государство и право. — 1977. — № 12. — С. 119—120.

⁵ Мисроков З.Х. Феномен мусульманского права в процессах динамики систем права России (XIX — начало XXI века) // Журнал российского права. — 2002. — № 10. — С. 156—157.

ния нового строя. Трудовой кодекс РФ и Уголовно-процессуальный кодекс РФ приняты Государственной Думой в 2001 году, Гражданский процессуальный кодекс РФ — в 2002 году, Лесной и Водный кодексы РФ — в 2006 году.

По состоянию на конец 2008 года в уголовном законодательстве насчитывалось 248 нормативных документов, в трудовом — 1 158, в сфере государственного управления — 403.

В-третьих, преемственность как способ развития предопределяет вектор развития права¹. В философской литературе отмечается, что преемственность как момент содержания закона отрицания органически связана с направленностью развития², она позволяет объяснить общую направленность развития³.

Преемственность в этом качестве определяет два вектора: общее направление (прогрессивный путь развития) и национальное (национальный путь развития), обеспечивая индивидуализацию национального права, его самобытность.

Национальную направленность развития (второй вектор) обеспечивают правовой менталитет и язык. Правовой менталитет представляет собой определенную направленность национального правового сознания, является психологической основой положительного национального права⁴.

Особенности национального права, отмечает Р.С. Байниязов, в огромной мере детерминированы особенностью правового менталитета, алгоритмом его действия. И если законодатель не понял или не захотел понять правовую душу народа, пишет автор, то получит политическую, правовую «пощечину» от общества, юридический «бойкот», юридический конформизм в поведении граждан⁵. И далее, правовая ментальность берет на себя функции сохранения приобретенных в прошлом этнических исторических правовых ценностей, их самобытности⁶. Тем самым предопределяя национальную направленность развития права.

Национальная направленность развития права обеспечивается и сохранением (преемственностью) национального **языка**.

В праве, вернее в законодательстве, язык является единственным материалом, первоэлементом, из которого создаются и формируются все правовые категории. Здесь все выражается через язык: и сама правовая норма как единство государственной воли и особой ее логической структуры, и средства выражения правовой нормы во вне (тема, идея, проблема, композиция законодательного произведения)⁷.

Язык — это первооснова права. Он служит, по мнению Ю.А. Тихомирова, своеобразной внутренней формой закона⁸.

Традиционные языковые способы выражения правовых предписаний, «отражают преемственность в правовом регулировании и потому приобретают особую значимость в условиях смены культурно-правовых ценностей»⁹.

Правовой менталитет и язык объективно обуславливают национальную направленность развития права, его индивидуальность. Они содержат в себе некий генетический код, утрата которого означает утрату исторической памяти, прекращение развития.

Преемственный путь развития, направленный на сохранение национальных особенностей права, не означает строго определенного направления развития права. Преемственная связь, воспроизводя результаты развития системы, создает целый спектр разнообразных (в том числе альтернативных) возможностей, способствующих неоднозначности развития с исторически определенными условиями. Но, выступая как связующее звено настоящего с прошлым и даже с будущим, преемственность обеспечивает устойчивость, целостность национального права и тем самым обеспечивает развитие его в рамках национальной правовой и политической культуры.

Второй способ развития права — рецепция. В отличие от преемственности она выходит за пределы государства и означает взаимодействие с иностранными правовыми системами, отражает тенденцию сближения правовых систем, их унификацию. Данное явление имеет общий и естественный характер. Однако, как отмечают социологи, некритическое отношение к рецепции не только опасно для процессов гармонизации и унификации национальных законодательств, но и грозит дестабилизацией национальных правовых порядков¹⁰.

¹ См.: Зивсь А.Я. Эстетика: идеология и методология. — М., 1984. — С. 155.

² См.: Елфимов Г.М. Возникновение нового. — М., 1983. — С. 131.

³ См.: Зеленков С. Принцип отрицания в философии и науке. — Минск, 1981. — С. 47.

⁴ См.: Байниязов Р.С. Правосознание и российский менталитет // Правоведение. — 2000. — № 2. — С. 35—36.

⁵ См. там же. — С. 33.

⁶ См. там же. — С. 34.

⁷ См.: Касаткина А.А. История языка и история права // Известия АН СССР. — Серия: Литература и язык. — М., 1964. — Т. 23. — Вып. 2. — С. 123.

⁸ См.: Тихомиров Ю.А. Теория закона. — М., 1982. — С. 218.

⁹ Губанова Т.В. Язык права. — М., 2003. — С. 43.

¹⁰ См.: Юридическая социология. — М., 1998. — С. 199—201; Рулан Н. Юридическая антропология. — М., 1999. — С. 144—146.

Понятие рецепции права получило более широкое распространение в научной литературе, но, как правило, дальше рецепции римского права или рецепции в отдельно взятых отраслях права — по крайней мере, в нашей стране — дело не идет, а используемые в науке формулировки не отражают точного содержания термина «рецепция права».

Разночтения появляются уже в самом определении рецепции права. Одни авторы понимают ее как восстановление в действии ушедшего в прошлое правового материала (А.И. Косарев). Некорректность такого вывода в том, что исключается восприятие современного иностранного права.

Другие — как восприятие той или иной страной элементов правовой культуры другой страны¹. Недостаток такого подхода в том, что рецепция ограничивается лишь теоретическим признанием их достоинств, без практического использования их норм.

Р.А. Насибуллин — как применение закона чужой государственной власти, которую признали достаточно авторитетной для того, чтобы видеть в ее установлении обязательную юридическую норму². Однако применение — это государственно-властная деятельность по реализации норм права, а не заимствование норм иностранного права.

Рецепция, полагает М.Н. Марченко, это адаптация права к новым историческим условиям, к новой государственно-правовой среде³.

Понимание рецепции права усложняется терминологическим разнообразием. При исследовании вопросов рецепции права авторы используют термины «трансплантация»⁴ (О.В. Мартышин), «аккультация» (Карбонье), «ассимиляция» (Тихомиров и др.), «миграция» (З.М. Черниловский), З.М. Черниловский предлагает другой термин — «миграция правовых норм», которую он делит на рецепцию — переход норм из правовой системы одной формации в правовую систему другой — и восприятие (или иммиграцию) правовых идей, переходящих из страны в страну в рамках одной формации⁵.

Проблемным остается пространственный, географический аспект рецепции права. Некоторые авторы ограничивают ее сосуществующими национальными системами права, то есть находящимися в одних временных рамках. Так считает, например, В.Н. Протасов. Рецепция, пишет он — это «принятие элементов параллельных правовых систем, то есть правовых систем других современных государств».

Другие авторы неоправданно расширяют понятие рецепции, распространяя ее и на отечественное право, имея в виду заимствование правового материала из предшествующих этапов собственного развития. В этом случае происходит отождествление рецепции права с преемственностью в праве.

Представляется, что рецепция права — это использование правового материала зарубежных стран в регулировании внутрисоциальных отношений.

Рецепция — способ развития права: *во-первых*, потому что иностранный правовой материал является источником национального права. На это указывают не только представители теории права, но и истории государства и права. «Третий источник древнерусского права, — пишут Л.П. Белковец и В.В. Белковец, — право византийское, его рецепция»⁶. Об этом пишет и Я.Н. Щапов⁷.

Во-вторых, рецепцию можно рассматривать как принцип правотворчества. Данное положение закреплено даже в учебной литературе. «Принцип, — утверждает О.А. Пучков, — предполагает, что всякий вновь разработанный нормативный акт должен опираться на уже известный положительный правовой опыт государств и цивилизации в целом. Это имеет особо важное значение в настоящее время — время свободного перемещения информационных потоков»⁸.

В-третьих, рецепция — вид правотворчества. Такой подход прослеживается в работах профессора Ю.И. Гревцова. Он различает спонтанное правотворчество (правовой обычай), правотворчество посредством создания конкретных норм (правовой прецедент, кияс и т. п.), правотворчество посредством создания общих юридических норм (нормативно-правовые акты и юридическая доктрина) и, наконец, заимствование правовых ценностей, созданных прошлыми поколениями⁹.

Особенность рецепции как вида правотворчества состоит в том, что творения нормы права, нормативного правового акта не происходит. Он уже создан, существует в другой стране. Рецепция предполагает наличие готового образца.

¹ См.: *Общая теория государства и права: В 3 т. / Под ред. М.Н. Марченко.* — М., 2002. — Т. 2: Теория права. — С. 293; *История государства и права зарубежных стран.* — М., 1996. — С. 196.

² *Насибуллин Р.А.* Очерки зарубежного права. — Екатеринбург, 2005. — С. 224.

³ *Марченко М.Н.* Курс сравнительного правоведения. — М., 2002. — С. 88.

⁴ *Мартышин О.В.* Несколько тезисов о перспективах правового государства // *Государство и право.* — 1996. — № 5. — С. 5.

⁵ См.: *Ефремова Н.Н.* Методологические проблемы всеобщей истории государства и права / Н.Н. Ефремова, В.В. Кузьяковский // *Советское государство и право.* — 1979. — № 10. — С. 139.

⁶ *Белковец Л.П.* История государства и права / Л.П. Белковец, В.В. Белковец. — Новосибирск, 2005. — С. 24.

⁷ *Щапов Я.Н.* Византийское и южнославянское правовое наследие на Руси в XI—XIII вв. — М., 1978. — С. 5.

⁸ Цит. по: *Теория государства и права / Под ред. В.М. Корельского и В.Д. Перевалова.* — М., 2000. — С. 304.

⁹ См.: *Всероссийская научная конференция «Источники (форма) права // Правоведение.* — 2002. — № 4. — С. 209.

Если рассматривать иностранный правовой материал как источник национального права, то его особенность проявляется в масштабности, в неограниченности временем и пространством.

Территориальная близость или отдаленность страны-донора для рецепции права существенного значения не имеет. Это могут быть и соседствующие страны, и весьма отдаленные. Хотя в Древние и Средние века предпочтения отдавалось близлежащим странам. Так, древнейшие японские законы, дошедшие до нас, во многом напоминают законы китайской династии Тан. Сама концепция права в Японии сложилась под влиянием китайской. Во главу угла она ставила «рицу», то есть уголовный закон. Сама система получила название «рицуре», и ее жестокость привела к тому, что к праву стали относиться отрицательно¹.

Первые вьетнамские правовые тексты, известные как кодекс Хонч Дук и кодекс Гиа-Лонга, являются китайскими по происхождению, концепциям и в деталях, хотя в них инкорпорированы специфические местные элементы права.

Со временем сложились определенные центры, государства-доноры.

Примером такого феномена может служить рецепция римского права в континентальной Европе в эпоху Возрождения. Однако число таких географических центров невелико. Это Великобритания, США, континентальная Западная Европа, Китай.

Рецепция как вид правотворчества является более сложным процессом по сравнению с другими его разновидностями. Она делает его более затратным. Трудности возникают уже в предпроектной стадии правотворчества, когда приходится изучать возможность восприятия тех или иных правовых конструкций. При рецепции иностранное право предстает перед законодателем как чуждая, малоизвестная система, требующая дополнительных усилий, связанных со знанием языка, с познанием психического склада нации, исторических традиций, господствующей правовой идеологии, сущности, эффективности, возможности усвоения заимствованного материала и встраивания его в социальную ткань общества. Рассмотрим две из перечисленных — трудности языковые и психологические.

Языковой фактор. Каждый язык отражает особенности соответствующей правовой системы. Язык есть выражение менталитета, традиций и обычаев, системы ценностей и идеологии народа — носителя данного языка. За переводом собственно языковых знаков всегда стоит большая задача перевода с одной языковой и культурной ментальности на другую. Для того чтобы перевести текст на какой-либо язык, нужно «войти» в другую культуру и изложить смысл переводимого с учетом языковой ментальности.

Кроме того, следует учитывать то, что один юридический язык должен быть переведен на другой юридический язык. «Юридический перевод, — утверждал Жак Керби, — представляет собой не только преобразование отрывка на одном языке в отрывок на другом языке, но и одной системы права в другую»².

Сказывается и специфика терминологии. В каждом языке юридические термины обладают некоторыми отличительными особенностями словообразования и употребления, вызванными уникальностью каждого языка, культурой и научными традициями разных народов³. В английском праве имеется большое число терминов, которые практически непереводаемы, ибо не имеют аналогов среди институтов и категорий континентального права. Так английское «право справедливости» не имеет ничего общего с понятием справедливости в том смысле, в каком им пользуется континентальное право⁴.

Каждое государство имеет свою автономную юридическую терминологию, даже если оно использует юридический язык, который также применяется в качестве такового и в другом государстве. Законодательство и юридическая литература в разных странах используют различный понятийный аппарат. Многие термины, присущие одной правовой системе, могут иметь иное содержание или вообще не иметь эквивалента в другой правовой системе. Это особенно верно применительно к праву стран, относящихся к различным правовым семьям.

В феодальной Японии «обязательство» толковалось как «право делать» что-либо, или «воздерживаться от действий». А английская «свобода» (liberty) стала переводиться китайским термином, означавшим «произвол», «своеволие»⁵.

Психологический фактор. Заимствованные правовые акты должны адаптироваться в суверенной национальной правовой системе, стать ее частью, согласованной с другими нормами.

¹ Всероссийская научная конференция «Источники (форма) права // Правоведение. — 2002. — № 4. — С. 206.

² Цит. по: Герард-Рене де Гроге. Язык и право // Журнал российского права. — 2002. — № 7. — С. 147.

³ Бульба М.С. Влияние исторического фактора на формирование юридических терминосистем во французском и русском языках / Отв. ред. В. Г. Кузнецов // Вестник Московского государственного лингвистического университета. Иностраный язык для специальных целей: лингвистические и методические аспекты. — М., 2002. — Вып. 466. — С. 149.

⁴ См.: Ансель М. Методологические проблемы сравнительного права: Очерки сравнительного права / Под ред. В.А. Туманова. — М., 1981. — С. 74.

⁵ Черниловский З.М. Всеобщая теория государства и права. — М., 2002. — С.238.

На это уходит определенное время. И, как показывает практика заимствования, реципируемый материал не всегда вписывается в новую правовую систему. Целостность и гармоничность элементов национальной правовой системы не способствуют внедрению в нее чужеродных элементов. Отторжение чуждых элементов является имманентной особенностью действенной правовой системы.

Каждая правовая культура стремится при контакте с другой вычитать в ней «свое» (и интерпретировать ее, по преимуществу, в этом ключе, тем самым «осваивая» ее собственными ментальными средствами) и, напротив, отторгнуть «чужое» (соответственно осудив его, дискредитировав, вытеснив или заменив его «своим»).

Как утверждает А. Тойнби, внедрение чуждой культуры есть процесс болезненный и тяжелый. При этом «инстинктивное противодействие жертвы инновациям, грозящим разрушить традиционный образ жизни, делает этот процесс еще более болезненным¹. Поэтому важно воспринимать иностранную правовую систему не только через ее правовые нормы и институты, но и через правовую мысль, атмосферу и дух правопорядка, представление о действующем праве у лиц юридических профессий — судей, прокуроров, адвокатов, государственных служащих, а также у населения. Каждая правовая система имеет свой собственный стиль, который не менее важен, чем юридическая техника. Национальный колорит, особенности конкретной ситуации всегда должны приниматься во внимание, так как в противном случае возникают поверхностные обобщения.

Рецепция как способ развития национального права — явление субъективное. В его основе лежит усмотрение законодателя, он выбирает правовой материал из множества существующих или ушедших в прошлое правовых систем. Делает это добровольно и не всегда удачно. В конце 1990-х годов профессор Миланского университета (Италия) М. Ганино приводил существующую в западной правовой науке точку зрения, что в российской форме правления есть 50% элементов, которые принадлежат французской модели, 30% — модели США, 20% происходят из имперской традиции².

Роберт Шарлет называет рецепцию в России эклектичной: «В Конституции РФ 1993 года можно увидеть конституционный эквивалент европейского аэробуса, собранного из деталей, изготовленных в нескольких странах³. «Текст российской Конституции, — отмечает В. Пастухов, — вобрал в себя формулы, разбросанные чуть ли не по всем конституциям мира. Это была универсальная одежда, этакий конституционный “унисекс” — и для мальчиков, и для девочек, но на особенности “православной конституции” он не был рассчитан⁴.

Есть страны, которые отказывались от рецепции. Например, Япония в начале XVII века осуществила меры по так называемому закрытию страны. Приказ центральной власти губернатору Нагасаки 1633 года запретил под угрозой смертной казни любому кораблю покидать страну с целью прибытия в иностранный порт, а японским подданным — уезжать в другую страну. Японские подданные, проживавшие за границей, подлежали смертной казни, если они возвращались в Японию. Приказ 1636 года запретил детям европейцев, проживающих в Японии, оставаться в стране. За нарушение этого правила была установлена смертная казнь. Усыновление японцами детей европейцев каралось смертной казнью. Все эти меры применялись неукоснительно вплоть до середины XIX века. В результате в японском обществе соприкасающиеся социальные отношения полностью отсутствовали свыше 200 лет⁵.

Отрицательно относилось к рецепции права и Советское государство в период сталинизма.

Рецепцию как акт добровольной воли следует отличать от насильственного привнесения чужеземного права (в результате войн или колониальных захватов). Происходивший в XVII—XX веках процесс распространения права ряда европейских стран (Англии, Испании, Португалии) на территориях, превращенных ими в свои колонии (в Северной и Южной Америке, Азии, Африке).

Многие исследователи эти случаи относят к рецепции права. Такого вывода придерживается, например, Л.А. Морозова. «Представляется спорным, — пишет она, — положение о том, что рецепция — это всегда добровольное заимствование чужого права»⁶.

¹ См.: Тойнби А. Дж. Цивилизация перед судом истории. — СПб., 1995. — С. 187.

² См.: Ганино М. Конституционная реформа в Италии и России: сравнительный анализ // Российский конституционализм: проблемы и решения: Материалы Международной конференции. — М., 1999. — С. 110.

³ Шарлет Р. Правовые трансплантации и политические мутации: рецепция конституционного права в России и новых независимых государств // Конституционное право: восточноевропейское обозрение. — 1999. — № 2. — С. 18.

⁴ Пастухов В. Второе дыхание русского конституционализма // Сравнительное конституционное обозрение. — 2008. — № 2. — С. 6.

⁵ См.: Рубанов А.А. Теоретические основы международного взаимодействия национальных правовых систем. — М., 1984. — С. 41. Подробнее см.: Гальперин А.Л. Очерки социально-политической истории Японии в период позднего феодализма. — М., 1963. — С. 70—73.

⁶ Морозова Л. А. Общая теория государства и права // Государство и право. — 2002. — № 11. — С. 130.

Включает в рецепцию насильственное распространение права (экспорт правового материала) В.К. Бабаев¹, А.Х. Саидов², К. Арановский³. Польский ученый Ю. Бардах различает «рецепцию принудительную и добровольную»⁴.

Рецепция не имеет ничего общего ни с насилием, ни даже с самыми легкими и кажущимися на первый взгляд безобидными формами принуждения. Это процесс сугубо добровольный, не терпящий никаких форм давления, а тем более принуждения и насилия. А именно так обстояло дело и во времена колониального господства, когда метрополии «вместе со своими товарами, капиталами и идеями экспортировали и свое право, насаждали его силой в колониях, протекторатах, в странах, оказавшихся в зависимости от европейского капитала»⁵.

Колонизаторы приходили в захваченные страны со своими законами и судьями. Это особенно характерно для Англии, которая уже в начале XVII века разработала политику юридической экспансии. Каждая колониальная держава навязывала своим владениям собственную правовую модель.

Экспорт «правового капитала» не утратил своего значения и в наши дни, ибо экономически развитые страны стремятся оказывать на другие государства и, прежде всего на государства, освободившиеся от колониальной зависимости, всестороннее, в том числе и правовое влияние.

Насильственное внедрение правовых элементов одной страны в правовую систему другой, думается, представляет собой иное явление, отличное от рецепции.

Во-первых, это не заимствование, составляющее суть рецепции, а внедрение, «навязывание» чужого права, как правило силовыми средствами;

во-вторых, внедрение (насильственный путь развития права) сопровождается отрицанием суверенитета государства и его национальной правовой системы, иностранный правовой материал не получает государственного санкционирования;

в-третьих, силовое внедрение нарушает системность национального права, делает ее деструктивной, рождает дуализм правовой системы;

в-четвертых, внедрение элементов иностранного права совершается на принципиально иных основаниях и в совершенно других целях, чем рецепция. Оно диктуется не потребностями общества, а служило целям упрочнения европейской колониальной экспансии и европейской колониальной администрации в американских, азиатских и африканских обществах, поддержания созданной в их рамках европейскими колонизаторами системы колониальной эксплуатации.

Итак, преимущество в праве и рецепция права — два самостоятельных способа развития права, обладающие своей спецификой и функциональным назначением.

¹ См.: Бабаев В.К. Советское право как логическая система. — М., 1978. — С.79.

² См.: Саидов А.Х. Сравнительное правоведение (Основные правовые системы современности). — М., 2000. — С. 354, 355.

³ См.: Арановский К. Государственное право зарубежных стран. — М., 1999. — С. 11.

⁴ См.: Общая теория государства и права / Под ред. М.Н. Марченко. — М., 2002. — Т. 2. — С. 293.

⁵ Жидков О.А. История буржуазного права (до периода общего кризиса капитализма). — М., 1971. — С. 31.

В.В. Черников

Черников Валерий Васильевич — доктор юридических наук, профессор, заслуженный юрист Российской Федерации, начальник Правового департамента МВД России

Закон о полиции: новеллы и преемственность

1. Преемственность — это константа права, необходимый момент и условие его прогрессивного развития. В одной из своих работ профессор В.К. Бабаев справедливо отмечал: «За период своего существования и развития право накопило немало из того, что в полной мере относится к достижениям человеческой цивилизации. Не воспользоваться этим наследием — значит сделать шаг назад в поступательном правовом движении»¹.

Преемственность в праве — это восприятие моделей правового регулирования прошлого, показавших свою эффективность, полезность и надежность. Такое наследие надо беречь. Для этого главное — верно оценить, сохранить и встроить в новую систему правовых конструкций прогрессивные ценности (правовые идеи, правовые принципы, правовые нормы и т. д.) прежнего регулирования. Тем самым сохранить содержательную и формальную направленность устоев общества. Увязать прошлое, настоящее и будущее правовой сферы. Такое стабилизирующее начало крайне актуально для этапа неустойчивого развития, свойственного современному, переходному периоду российской истории.

Не последнюю роль здесь играют и чисто утилитарные соображения. Полная смена нормативных ориентиров, отказ от оправдавших себя стереотипов поведения может иметь весьма негативные последствия для правоприменения. Дело в том, что хронология развития права от истоков его возникновения и до нынешних времен неразрывно связана с динамикой уровня правовой культуры населения. Люди, привыкшие действовать в рамках традиционных законодательных координат, просто не могут опираться на не свойственные их правовым обычаям стереотипы правоотношений.

Соблюдение принципа преемственности в праве является одним из основных начал и при организации нормотворческой деятельности.

Усердное и уверенное следование позитивному опыту прошлого во многом повышает эффективность нормотворческого процесса, упрощает его, сокращает путь поиска верных, наиболее оптимальных решений, минимизирует риски ошибок, просчетов и заблуждений.

И действительно, какая необходимость еще раз изобретать велосипед и неоправданно отказываться от моделей, которые прошли проверку временем. Тратить силы и средства на поиски суррогата юридических идей и конструкций. Сохранение правового прогресса, наработанного отечественной и мировой практикой полицейского возведения — это не только дань традициям как таковым, а социально и юридически обусловленное требование законотворческой деятельности².

Но преемственность в праве — это не механическое воспроизведение нормативных догм прошлого. В противном случае был бы застой. Процесс отрицания всегда подразумевает новизну в правовом регулировании, новый, более высокий уровень качества права.

Любое прогрессивное развитие, в том числе в правовой области, это одновременно и отказ от прошлых идей и установлений, которые устарели и не отвечают изменившимся условиям. На смену отвергаемым ценностям приходят новые правовые взгляды и положения, которые не были известны в соответствующей области. В этом суть новаций.

В данном смысле каждый новый закон — это определенный прорыв в праве, в правовой идеологии, в правовом знании. Он вносит в правовую систему что-то новое, неизведанное. По крайней мере, так должно быть.

Перед разработчиками любого закона стоит задача сделать шаг вперед в законодательном регулировании, повысить его качество, включить в него новые правовые решения, написать нормы, отра-

¹ Теория государства и права: Учебник / Под ред. В.К. Бабаева. — М., 2006. — С. 227.

² См. об этом: *Неновски Н.* Преемственность в праве. — М., 1977; *Швеков Г.В.* Преемственность в праве. — М., 1983; *Наконечная Т.В.* Преемственность в развитии советского права. — Киев, 1987; *Алексеев С.С.* Восхождение к праву. Поиски и решения. — 2-е изд., перераб. и доп. — М., 2002; *Курышев Е.Ю.* Рецепция в российском праве: Дис... канд. юрид. наук. — Саратов, 2005; *Рыбаков В.А.* Преемственность в отечественном праве в переходный период: общетеоретические вопросы: Дис... д-ра юрид. наук. — Омск, 2009.

жающие современные потребности общества, связанные с созданием эффективного и демократически действующего государственно-правового института.

2. Тема новизны и преемственности в праве может рассматриваться с позиций общего, особенного и частного.

С точки зрения частного предметом исследования выступают различные направления правового регулирования и конкретные нормативные правовые акты. С этих позиций показательно обратиться к одному из самых резонансных правовых документов последнего времени — Федеральному закону от 7 февраля 2011 года № 3-ФЗ «О полиции»¹.

Он является поистине революционным шагом, положившим начало преобразованию, нужно честно признать, обюрократившейся милиции в полицию. Именно с даты вступления его в силу начинается отсчет, пишется биография новой российской полиции, истоки создания которой относятся к началу XVIII века.

Федеральный закон «О полиции» отвечает мировым и европейским стандартам и во многих своих идеях и положениях является прорывом в законодательном регулировании правоохранительной деятельности и в этой связи о Законе в полной мере можно говорить, как о новаторском законе. Он содержит много инновационных идей и положений, воплощающих современные политические и законодательные реалии, которые определяют дальнейшее развитие статусного законодательства о правоохранительных органах и специальных службах.

Отметим, прежде всего, пионерскую миссию Федерального закона «О полиции» по закреплению универсальных общесоциальных ценностей человечности, гуманизма и милосердия в качестве принципов деятельности правоохранительного органа. Но закон не просто ограничился их провозглашением, а наполнил каждый принцип конкретным юридическим содержанием, придал им правовую форму. В данной связи Закон о полиции может явиться реальным юридическим плацдармом для формирования истинно гуманистического полицейского права России.

Этим документом запущена новая модель взаимоотношений властного института правоохраны и общества, которая основана на взаимоуважении и партнерстве.

Еще один немаловажный момент новой идеологии связан с общественной оценкой полицейского труда. Впервые на уровне закона общественное мнение провозглашено в качестве одного из основных критериев официальной деятельности полиции (часть 6 статьи 9 Федерального закона «О полиции»). Тем самым демонстрируется отказ от «палочной» системы и осуществляется переориентация на упреждение криминала, что для общества более ценно. Поэтому правоохранительные органы должны быть максимально открыты и стимулированы на постоянную работу с населением.

Именно этими соображениями продиктованы, в частности, такие новеллы Закона, как обязанность полиции информировать заявителей о ходе рассмотрения их обращений о правонарушениях не реже одного раза в месяц, доводить до соответствующих органов и должностных лиц органов информацию о фактах, требующих их оперативного реагирования (пункт 1 части 1 статьи 12).

Федеральный закон «О полиции» — это единственный документ, который содержит развернутый перечень прав и обязанностей сотрудников и четко регламентирует механизм применения ими мер государственного принуждения.

Даже в ходе своей разработки Закон о полиции породил новую традицию и норму законотворческого процесса — общественную экспертизу проектов федеральных законов, имеющих резонансный характер.

Публикация проекта федерального закона «О полиции» по решению Президента Российской Федерации в Интернете вызвала широкое общественное обсуждение. За время работы сетевой площадки www.zakonoproekt2010.ru поступило 33 тысячи комментариев, содержащих более 20 тысяч конкретных предложений по совершенствованию законопроекта. Сайт посетили свыше 1,5 млн человек. Процедура сетевого форума, а также количество принявших участие в обсуждении граждан обеспечили достаточный уровень репрезентативности общественного мнения по законопроекту, способствовали его легитимации и поиску правильных решений.

Опыт оказался удачным. По результатам дискуссий большинство статей законопроекта подверглись той или иной правке.

В итоге был создан прецедент и издан Указ Президента Российской Федерации от 9 февраля 2011 года № 167 «Об общественном обсуждении проектов федеральных конституционных законов и федеральных законов»². Теперь на всенародное обсуждение должны выноситься все значимые законопроекты, затрагивающие основные направления государственной политики в области социально-экономического развития Российской Федерации.

¹ Собрание законодательства РФ. — 2011. — № 7. — Ст. 900.

² Собрание законодательства РФ. — 2011. — № 7. — Ст. 939.

3. В свою очередь, говоря о преемственности, необходимо вспомнить, что Федеральный закон «О полиции» (как и полиция в целом) появился не на пустом месте. Он пришел на смену действующему почти 20 лет Закону Российской Федерации «О милиции»¹.

С юридической точки зрения Закон о милиции также можно считать памятником права того периода, когда создавалась и первоначально развивалась российская государственность. И этот факт игнорировать было бы несправедливо и некорректно.

В свое время Закон о милиции решал две основные задачи. Во-первых, устранял явное несоответствие организационно-правовых начал деятельности милиции, сформировавшихся в конце 60-х — начале 80-х годов, и реалий нового времени. Во-вторых, задавал законодательный вектор развития милиции в условиях раннего строительства демократического общества.

К числу основных концептуальных идей Закона о милиции были отнесены: демократизация милиции; деполитизация милиции; деуниверсализация милиции (сужение функций); достаточность полномочий; социальная и правовая защищенность персонала; ослабление централизации в управлении полицией.²

По многим своим параметрам Закон о милиции совершил серьезный прорыв в понимании, а самое главное, в правовом закреплении места и роли милиции в жизни общества. Впервые в истории России во главе угла милицмейской деятельности обозначились защита жизни, здоровья, прав и свобод граждан.

Были решительно отброшены идеологические аспекты в деятельности милиции. На первый план выдвинуты задачи по обеспечению законности, гуманизма, гласности, социальной справедливости.

Милиция была освобождена от ряда функций, не связанных с охраной общественного порядка и борьбой с преступностью. Одновременно обеспечена достаточностью прав, которые необходимы для эффективного выполнения возложенных на нее обязанностей в новых, рыночных условиях.

И не случайно получилось так, что многие идеи Закона о милиции были восприняты в других законодательных актах того периода — в Законе РФ «О прокуратуре Российской Федерации» (1992), «О федеральных органах налоговой полиции» (1993), «Об учреждениях и органах, исполняющих наказание в виде лишения свободы» (1993), «О пожарной безопасности» (1994), «Об органах федеральной службы безопасности в Российской Федерации» (1995) и др.

Говоря о юридической состоятельности и прогрессивности Закона о милиции, сошлюсь на оценку, данную ему экспертами Совета Европы еще в 2000 году, когда в обществе в очередной раз разгорелись страсти о его недемократическом характере. Было решено официально направить документ на рецензию в европейское сообщество. И вот выдержки из заключения профессора Цюрихского университета С. Трексела: «...Закон о милиции не только не противоречит каким-либо серьезным образом духу и букве Европейской конвенции о правах человека, но регламентирует деятельность полиции в соответствии с Конвенцией... Во многих отношениях рассматриваемый закон является значительно точным, а иногда его можно назвать даже исключительным». После высшей международной аттестации Закон действовал еще на протяжении 10 лет.

Поэтому перед разработчиками Федерального закона «О полиции» была поставлена задача обеспечить преемственность оправдавших себя положений Закона «О милиции».

4. Преемственность двух законов прослеживается по всем основным параметрам организационно-правового положения милиции/полиции. Это касается, в частности, места в государственном механизме, обязанностей, прав, оснований и порядка применения силы, основных элементов правового статуса сотрудника, системы государственного контроля за деятельностью и т. д.

Однако речь не идет о механическом копировании в Федеральный закон «О полиции» норм предыдущего Закона, хотя схожие, подобные (в том числе и в языковом выражении) нормы в законах имеются. В большей мере преемственность прослеживается относительно восприятия соответствующих правовых идей. Но и сами эти идеи творчески переосмыслены, наполнены новым юридическим содержанием, учитывающим нынешние реалии. Их языковая форма дана с учетом требований современной законодательной техники.

¹ Ведомости СНД РСФСР и ВС РСФСР. — 1991. — № 16. — Ст. 503; Ведомости СНД РФ и ВС РФ. — 1993. — № 10. — Ст. 560; № 32. — Ст. 1231; Собрание законодательства РФ. — 1996. — № 25. — Ст. 2964; 1999. — № 14. — Ст. 1666; № 49. — Ст. 5905; 2000. — № 31. — Ст. 3204; № 46. — Ст. 4537; 2001. — № 1. — Ч. 2. — Ст. 15; № 31. — Ст. 3172; № 32. — Ст. 3316; 2002. — № 18. — Ст. 1721; № 27. — Ст. 2620; № 30. — Ст. 3029; 2003. — № 2. — Ст. 167; № 27. — Ч. 1. — Ст. 2700; № 28. — Ст. 2880; № 50. — Ст. 4847; 2004. — № 30. — Ст. 3087; № 35. — Ст. 3607; 2005. — № 13. — Ст. 1078; № 14. — Ст. 1212; № 19. — Ст. 1752; 2006. — № 24. — Ст. 2555; № 31. — Ч. 1. — Ст. 3420, 3425, 3452; № 52. — Ч. 1. — Ст. 5498; 2007. — № 10. — Ст. 1151; № 41. — Ст. 4845; 2008. — № 30. — Ч. 2. — Ст. 3616; № 52. — Ч. 1. — Ст. 6227, 6235, 6248; 2009. — № 48. — Ст. 5715, 5717; 2010. — № 1. — Ст. 4. — № 19. — Ст. 2291; № 30. — Ст. 3987, 3988; № 31. — Ст. 4196.

² См. об этом: Кондрашов Б.П. Комментарий к Закону Российской Федерации «О милиции» / Б.П. Кондрашов, Ю.П. Соловей, В.В. Черников. — 6 изд. перераб. и доп. — М., 2009. — С. 3—8.

5. Сравнительный анализ двух законов можно осуществлять по разным критериям — применительно к форме, структуре, содержанию, кругу регулируемых вопросов, в разрезе отдельных глав, статей, норм, относительно языка, стилистики.

В основе такой работы должно лежать сопоставительное исследование концептуальных начал Закона о полиции и Закона о милиции. Это в первую очередь вопрос о назначении, месте и роли органа охраны правопорядка в обществе.

И нужно заметить, что в этом вопросе рассматриваемые акты во многом схожи, потому как много предназначения, нежели обеспечение спокойствия и порядка в обществе, защита прав человека и гражданина на основе тесного взаимодействия с гражданскими институтами, для полиции нет. Это общемировая практика. Что-то новое здесь трудно изобрести. Постулатом назначения полиции на все времена остается защита жизни, здоровья, прав и свобод граждан.

Вместе с тем, Федеральный закон «О полиции» корректирует идеологические приоритеты в работе.

Во-первых, во главу угла ставятся защита жизни, здоровья, прав и свобод граждан. Эти ценности выступают как самостоятельный объект полицейской защиты независимо от того, угрожают ли им преступные и иные противоправные посягательства. Тем самым законодательная конструкция социального назначения российской полиции приведена в соответствие с духом и буквой Конституции Российской Федерации, которая устанавливает, что человек, его права и свободы являются высшей ценностью, а признание, соблюдение и защита прав и свобод человека и гражданина является обязанностью государства (статья 2).

Во-вторых, Закон ориентирует работу полиции на упреждение противоправной активности, на профилактику правонарушений. Сунь-Цзы, живший в VI—V веках до н. э. сказал: «Непобедимость заключена в самом себе, возможность победы — в противнике. Однако покорять противника без сражения — вот венец искусства».

Предупреждение и профилактика преступлений как главное направление работы полиции закреплены в статьях 2 и 12 Закона. Полиция в этой связи обязана (п. 3 ч. 1 ст. 12):

1) выявлять причины преступлений и административных правонарушений и условия, способствующие их совершению;

2) принимать в пределах своих полномочий меры по их устранению;

3) выявлять лиц, имеющих намерение совершить преступление, и проводить с ними индивидуальную профилактическую работу;

4) участвовать в деятельности по профилактике безнадзорности и правонарушений несовершеннолетних.

Часть 3 статьи 10 законопроекта также устанавливает, что полиция в пределах своих полномочий оказывает содействие государственным и муниципальным органам, общественным объединениям и организациям в обеспечении защиты прав и свобод граждан, соблюдения законности и правопорядка, а также поддерживает гражданские инициативы в сфере предупреждения правонарушений и обеспечения правопорядка.

В-третьих, подчеркивая социальную ориентированность деятельности полиции, законодатель в части 2 статьи 1 устанавливает, что полиция незамедлительно приходит на помощь каждому, кто нуждается в ее защите от преступных и иных противоправных посягательств.

На первый взгляд, эта норма конкурирует с частью первой этой же статьи, поскольку ограничивает полицейскую помощь лишь необходимостью оказания ее тем, кто нуждается в защите. Но это только на первый взгляд, а фактически же данное предписание еще раз подчеркивает особенность полиции, предназначенной для решения широкого спектра задач служения населению в ситуациях как некриминального, так и криминального характера. Постановка таких целей обуславливается социальной сущностью полиции и организационно-правовыми особенностями функционирования.

Полиция чаще, чем какие-либо другие органы, оказывается в ситуациях, когда кому-либо требуется помощь, не терпящая отлагательства, и получить ее, кроме как от сотрудника органов внутренних дел, неоткуда по причине отсутствия законных соответствующих служб или их представителей.

Более того, из всех публичных учреждений полиция находится в режиме круглосуточного контакта с населением.

Наконец, она, в отличие от других органов, имеет более или менее широкие возможности централизованной передачи и получения информации, связи, транспортные ресурсы.

Оценивая назначение полиции в обществе, необходимо обратить внимание еще на один важный момент. В отличие от предыдущего Закона, в действующем из определения полиции исключено упоминание о том, что применение мер принуждения является атрибутивным признаком полиции.

Данная новелла имеет глубокий социальный смысл, отражающий как становление и развитие научных представлений о сущности исполнительной власти вообще и полицейской действительности, в частности, так и исходные концептуальные посылы позиционирования полиции в современной России.

Полиция как структура принудительного поддержания правопорядка действительно иногда использует для реализации своей компетенции меры принуждения (физическое принуждение, напри-

мер, задержание, арест, применение силы или специальных средств, различные проверки, предписания, запреты, ограничения, взыскания и т. д.).

Однако это не должно заслонять того факта, что работа полиции является не только правопринудительной, но и, в первую очередь, правоохранительной по своей сути, поскольку и применяя право, и обеспечивая его соблюдение или восстановление — охраняет право и соответствующие общественные отношения. «Какие бы виды конкретной (исполнительной) деятельности государства мы ни брали, — отмечал еще в начале прошлого века В.Иозефи, — каждый раз эта деятельность всецело исчерпывается правовой охраной... Содержание всякой исполнительной власти — правовая охрана, а всякая исполнительная власть — правоохранительная...»¹.

Таким образом, исключение в комментируемой статье из определения полиции указания на принудительный характер ее деятельности означает лишь то, что законодатель закрепляет правоохранительное предназначение полиции в современной России, отводя принуждению важную, но не главенствующую роль.

Принципиально важным здесь является также то, что Закон о полиции намного сузил административное усмотрение при применении полицией мер принуждения. Осуществлена жесткая регламентация порядка и условий задержания, проникновения в жилище, оцепления (блокирования) участков местности и т. д. Конечно, это будет служить дополнительной гарантией соблюдения законности и обеспечения прав граждан и организаций в работе полиции.

С позиций раскрытия гуманистического характера деятельности полиции заслуживают также быть отмеченными следующие положения Закона:

— деятельность полиции, ограничивающая права и свободы граждан, немедленно прекращается, если достигнута законная цель или выяснилось, что эта цель не может или не должна достигаться путем ограничения прав и свобод граждан (ч. 2 ст. 5);

— сотруднику полиции запрещается прибегать к пыткам, насилию, другому жестокому или унижающему человеческое достоинство обращению, он обязан также пресекать эти действия (ч. 3 ст. 5);

— полученные полицией сведения о частной жизни гражданина не разглашаются без согласия гражданина, за исключением случаев, предусмотренных федеральным законом (ч. 6 ст. 5);

— сотруднику полиции запрещается подстрекать, склонять, побуждать в прямой или косвенной форме кого-либо к совершению противоправных действий (ч. 3 ст. 6);

— полиция защищает права, свободы и законные интересы человека и гражданина независимо от пола, расы, национальности, языка, происхождения, имущественного и должностного положения, места жительства, отношения к религии, убеждений, принадлежности к общественным объединениям, а также других обстоятельств (ч. 1 ст. 7);

— деятельность полиции является открытой для общества в той мере, в какой это не противоречит требованиям российского законодательства, а также не нарушает прав граждан, общественных объединений и организаций (ч. 1 ст. 8);

— полиция при осуществлении своей деятельности стремится обеспечивать и поддерживать общественное доверие к себе (ч. 1 ст. 9);

— действия сотрудников полиции должны быть обоснованными и понятными для граждан (ч. 2 ст. 9);

— в случае нарушения сотрудником полиции прав и свобод граждан или прав организаций он обязан принять меры к восстановлению нарушенного правового состояния и принести свои извинения (ч. 3 ст. 9).

6. В отличие от ранее действовавшего законодательства о милиции в статье 2 комментируемой главы Закон о полиции закрепляет не задачи, а основные направления деятельности полиции. И это также является новеллой в правовом регулировании полиции.

Задачи представляют собой цели, достижения которых каждая организация должна добиваться всей своей деятельностью. В свою очередь, содержание задач любого органа или учреждения исполнительной власти определяется их социальным назначением.

В чем смысл новации? Дело в том, что предусмотренное в части 1 статьи 1 нового Закона социальное назначение полиции уже содержит в себе конкретные целевые установки ее деятельности: защита жизни, здоровья, прав и свобод граждан Российской Федерации, иностранных граждан, лиц без гражданства, противодействие преступности, охрана общественного порядка, собственности, обеспечение общественной безопасности. Эти правила непреложны в силу объективного характера общественных потребностей в полицейской деятельности. Это, во-первых.

Во-вторых, в свое время закрепление целей-заданий милиции в качестве ее задач обуславливало их обязательное решение, причем очень часто — любой ценой. Каждое колебание в состоянии оперативной обстановки в сторону увеличения числа совершаемых преступлений вне зависимости от объективных причин происходящего оценивалось как неэффективность деятельности конкретных должностных лиц и повод для дисциплинарного взыскания, отстранения от должности, увольнения и т. д.

¹ Иозефи В. Опыт юридической науки полицейского права. Основные понятия. Материальное полицейское право. — Могилев-Под., 1902. — Ч. 1. — С. 23, 31.

Естественной была и обратная реакция: объективно не имея возможности обеспечить требуемую эффективность реализации целей-заданий, зафиксированных в законодательных нормах и различного рода директивных предписаниях, чиновники шли на фальсификацию результатов своей работы. В печальном итоге деятельность милиции становилась все более эфемерной, мнимой, не обеспечивающей правовой порядок, а иногда и нарушающей его.

В этом отношении понятие «основные направления деятельности» в известной мере нейтрально относительно средств их реализации. Оно лишено идеологического и конъюнктурного подтекста, отражает в первую очередь иерархию тех социальных ценностей, охрана и защита которых возлагается на полицию.

Основные направления деятельности полиции — это, по сути, функции, необходимые и, вместе с тем, достаточные для реализации ее социального предназначения. Формулируя эти тенденции, законодатель стремился сделать их доступными для восприятия широкими слоями населения, что в свою очередь является условием усиления общественного контроля за деятельностью полиции.

Федеральный закон «О полиции» в части 1 статьи 2 выделяет 12 направлений деятельности полиции, что в два раза больше, чем количество задач, возлагавшихся ранее на милицию. Суть законодательных новелл заключается, конечно, не в удвоении возлагаемых функций полиции, их могло быть и больше, а в учете содержательных и организационных аспектов ее деятельности. Эти направления, во-первых, вытекают из социального назначения полиции; во-вторых, отражают суть и специфику полицейской работы; в-третьих, раскрывают особенности содержания полицейской деятельности; в-четвертых, закрепляют сложившиеся или относительно новые реалии деятельности полиции.

7. Преемственность прослеживается и относительно принципов деятельности. Но здесь нужно подчеркнуть, что новый закон, преемствуя принципы работы милиции, одновременно обогащает и развивает их.

В ранее действовавшем Законе о милиции принципам ее деятельности была посвящена одна статья (ст. 3), в части первой которой назывались такие начала, как уважение прав и свобод человека и гражданина, законность, гуманизм, гласность. А в части второй декларировалось, что милиция решает стоящие перед ней задачи во взаимодействии с другими государственными органами, органами местного самоуправления, общественными объединениями, трудовыми коллективами и гражданами, а также муниципальными органами охраны общественного порядка. Еще одна норма (ст. 5) содержала ряд основополагающих правил, которым должны были следовать все сотрудники милиции в случаях, когда их деятельность затрагивала права и свободы человека и гражданина.

Федеральный закон «О полиции» воспроизвел в качестве дефиниций такие основные начала, как соблюдение и уважение прав и свобод человека и гражданина, законность, взаимодействие. Гласность трансформировал в принцип открытости и публичности, гуманизм — в принцип общественного доверия и поддержки. Появились также новые принципы — беспристрастность и использование достижений науки и техники, современных технологий и информационных технологий.

Таким образом, в Законе о полиции не просто перечислен набор позиций, как в Законе о милиции, а закреплен целый комплекс императивных предписаний, которые выделены в самостоятельную главу (глава 2), включающую в себя семь статей. Это свидетельство не только использования более совершенной юридической техники, но и признания важнейшей роли принципов деятельности полиции как основных концептуально значимых руководящих идей, на которых должна строиться ее работа.

Нормы данной главы формируют *партнерскую модель взаимоотношений полиции и общества*, которая предусматривает, что полиция не стоит над обществом, а служит ему, ориентируясь на сотрудничество с гражданскими институтами. Новая модель предусматривает вежливое и внимательное отношение полиции к людям, безупречный внешний вид полицейского, разумную открытость полиции для общественного контроля, привлечение граждан к профилактике противоправных деяний и т. д. Здесь же предполагается, что население является активным участником обеспечения правопорядка, не только в качестве субъекта его непосредственной охраны, но и в качестве информатора своевременно оповещающего полицию о всех рисках, угрожающих безопасности граждан.

Разумеется, сами по себе принципы деятельности полиции, изложенные в комментируемом законе, не могут полностью воспроизвести партнерскую модель отношений между полицией и населением. Но, систематизированные и сконцентрированные в одной главе, эти концептуальные начала обретают правовую природу, превращаясь в *нормативные предписания*, формирующие юридический каркас той системы координат, в границах которых, по мнению законодателя, и должна осуществляться повседневная деятельность полиции.

Эти координаты приобретают особое значение в тех ситуациях, когда сотрудники полиции, применяя управомочивающие альтернативные нормы, нормы, содержащие оценочные понятия, сталкиваясь в правоприменении с юридическими пробелами или противоречиями законодательства приобретают *дискреционные полномочия* (от фр. *discretionnaire* — зависящий от личного усмотрения). Не менее важно и то, что нормативно закрепленные в виде принципов концептуально значимые руководящие идеи, на которых должна строиться деятельность полиции, обязывают самого законодателя к

такому ее правовому регулированию, которое в содержательном плане полностью соответствовало бы указанным концептам.

Важно также отметить, что практически все правовые предписания главы второй комментируемого закона, тесно взаимосвязаны с положениями главы второй Конституции Российской Федерации, закрепляющей права и свободы человека и гражданина, а также с международно-правовыми актами, устанавливающими стандарты полицейской деятельности, в частности, с Кодексом поведения должностных лиц по поддержанию правопорядка, Европейским кодексом полицейской этики, Декларацией основных принципов правосудия для жертв преступлений и злоупотребления властью, Свода принципов защиты всех лиц, подвергаемых задержанию или заключению в какой бы то ни было форме, Основных принципов применения силы и огнестрельного оружия должностными лицами по поддержанию правопорядка, Декларации о полиции и др.

8. Впервые в российской практике в Федеральном законе «О полиции» закреплен принцип *общественного доверия и поддержки граждан*. Строго говоря, именно кризис общественного доверия к работе милиции во многом инициировал появление Указа Президента Российской Федерации от 24 декабря 2009 года № 1468 «О мерах по совершенствованию деятельности органов внутренних дел Российской Федерации»¹, с которым связано начало проведения реформ в системе МВД России.

В последние годы уровень доверия населения к органам власти, в том числе к правоохранительным органам, даже неисправимый оптимист не смог бы назвать высоким. Это подтверждают и регулярные мониторинги общественного мнения. Так, результаты опроса, проведенного в 2010 году Аналитическим центром Юрия Левады (Левада-Центр), показали, что в России наблюдается устойчивое недоверие населения к правоохранительным органам. Особенно низко респонденты оценивают деятельность милиции. Страх перед произволом милиционеров как представителей власти лишь незначительно уступает страху перед террористами, нападением хулиганов и преступников².

Поэтому не случайно в систему принципов деятельности полиции как нового правоохранительного института законодатель включил предписание о том, что «полиция при осуществлении своей деятельности стремится обеспечивать общественное доверие к себе и поддержку со стороны граждан» (ч. 1 ст. 9), а затем раскрыл основные пути решения этой задачи, которые можно объединить в две группы.

Первое направление — это по существу нравственные кредо поведения сотрудника полиции, облеченное в форму правовых предписаний. Закон обязывает сотрудника работать так, чтобы его действия были обоснованными и понятными для граждан (ч. 2 ст. 9). Специфика полицейской службы, обстоятельства, в которых сотруднику приходится принимать решения, например, о задержании гражданина, применении иных предусмотренных законодательством мер принуждения, могут порождать ситуации нарушения сотрудником полиции прав и свобод граждан или прав организаций. Но теперь это не будет считаться простым огрехом. Новый Закон требует, чтобы сотрудник в пределах своих полномочий принял меры к восстановлению нарушенного правового состояния, принес извинения гражданину, чьи права и свободы были им нарушены, по месту нахождения, работы, учебы или по месту жительства гражданина в соответствии с его пожеланиями (ч. 3 ст. 9). Это в практике впервые.

Также впервые, следуя общеправовому принципу о публичном опровержении недостоверных сведений, установлено, что сведения, порочащие честь, достоинство и деловую репутацию гражданина, преданные гласности сотрудником полиции, в случае признания их не соответствующими действительности судом, следователем, органом дознания или самой полицией должны быть опровергнуты в той же форме, в какой они были преданы гласности, в возможно короткий срок, но не позднее чем через один месяц со дня признания таких сведений не соответствующими действительности.

Второе направление — это комплекс предписаний организационно-правового характера. В частности, Закон устанавливает, что общественное мнение является одним из основных критериев официальной оценки деятельности полиции. МВД России обязано проводить постоянный мониторинг общественного мнения о деятельности полиции, а также мониторинг взаимодействия полиции с институтами гражданского общества (ч. 5 и 6 ст. 9). При МВД России и его территориальных органах создаются общественные советы, призванные обеспечить согласование общественно значимых интересов граждан Российской Федерации, федеральных органов государственной власти, органов государственной власти субъектов Российской Федерации, органов местного самоуправления, общественных объединений, правозащитных, религиозных и иных организаций, в том числе профессиональных объединений предпринимателей, для решения наиболее важных вопросов деятельности полиции. Порядок формирования и полномочия общественных советов определены Указом Президента Российской Федерации от 23 мая 2011 года № 668 «Об общественных советах при Министерстве внутренних дел Российской Федерации и его территориальных органах»³.

¹ Собрание законодательства РФ. — 2009. — № 52. — Ч. 1. — Ст. 6536.

² <http://www.levada.ru/press/2010021605.html> (дата обращения 15.02.11)

³ Российская газета. — 2011. — мая.

9. Как известно, одной из идей Закона о милиции была легализация на законодательном уровне прав и обязанностей милиции. В советский период ее полномочия законодательно были определены скупо. Допустимыми способами восполнения этих пробелов считались подзаконное правовое регулирование и правоприменительная практика, основанная на так называемом «явочном» порядке. Понятно, что при таком подходе, в первую очередь, страдал конкретный человек, нередко становившийся жертвой государственного произвола. Да и сам сотрудник милиции был уязвим и незащищен перед надзирающими и контролирующими органами.

Поэтому вполне обосновано, что Закон о милиции юридически оформил многие из правомочий, скрытых под эгидой ведомственности. Более того, определил основания и порядок применения наиболее резонансных мер принуждения — физической силы, специальных средств и оружия.

Федеральный закон «О полиции» продолжил процесс юридической формализации полномочий полиции. Осуществлена кодификация многих обязанностей и прав, которые содержались в иных законодательных актах и в подзаконных регламентах. Это, в свою очередь, разбудило критику об эскалации полномочий полиции. Однако кажущееся расширение сферы действия полиции — это мнимое, ошибочное мнение. Объем нормативного материала мог бы быть и увеличен, поскольку статьи 12 и 13 Федерального закона «О полиции» содержат еще много отсылок на правомочия, которые определены другими федеральными актами. Но в этом случае скорее пришлось бы вести речь о полицейском кодексе — задача, которая стоит на перспективу.

Равным образом, актуальными остаются и вопросы по законодательному закреплению порядка применения правомочий. Хотя нужно признать, что Федеральный закон «О полиции» по сравнению с Законом о милиции сделал большой шаг вперед и в этом направлении. Подробно регламентированы основания и порядок задержания граждан, проникновения в жилище и иные помещения, оцепления (блокирования) участков местности и объектов. Впервые законодательно определены категории граждан, информация о которых может содержаться в полицейских банках данных.

Критиками не принимается во внимание также еще одно важное обстоятельство. Законом установлено, что перечень обязанностей полиции является исчерпывающим. Он может быть дополнен только путем внесения соответствующих изменений в указанный нормативный правовой акт (ч. 2 ст. 12). Тем самым ограничивается субъективизм исполнительной власти в использовании полиции не по назначению.

10. Во многом остались схожими правовые основы деятельности милиции и правовые основы деятельности полиции. Это Конституция, федеральные законы, акты главы государства, правительственные акты, международные договоры. Но есть несколько новелл.

Часть 1 статьи 2 Федерального закона «О полиции» добавила в перечень правовых источников не только международные договоры Российской Федерации, как это было в ранее действовавшем законе о милиции, но и общепризнанные принципы и нормы международного права, что соответствует правовым положениям Конституции России.

Ранее в качестве правовой основы деятельности милиции назывались нормативные правовые акты субъектов Российской Федерации, изданные в пределах их полномочий. Теперь же эта норма подверглась существенной корректировке.

Во-первых, пул юридических документов субъектов Российской Федерации, которыми должна руководствоваться полиция, ограничен — это только законы. Это означает, что в качестве актов, регулирующих деятельность полиции, не могут выступать подзаконные нормативы, которые издаются на субъектовом уровне.

Во-вторых, в данный круг субъектов актов включены только законы по вопросам охраны общественного порядка и обеспечения общественной безопасности.

Принципиально новыми являются положения статьи 3 Федерального закона «О полиции», которые, восполняя правовой пробел, закрепляют роль МВД России в регулировании деятельности полиции, наделяя его правом разрабатывать и представлять Президенту Российской Федерации и в Правительство Российской Федерации проекты федеральных конституционных законов, федеральных законов, нормативных правовых актов Президента Российской Федерации и нормативных правовых актов Правительства Российской Федерации, а также предложения по совершенствованию законодательных и иных нормативных правовых актов по вопросам, отнесенным к деятельности полиции.

Отметим также, что по сравнению с предыдущим законом, в перечне нормативных правовых актов, которыми руководствуется полиция, отсутствуют законы и иные правовые акты бывшего СССР. Тем самым завершён полный переход на собственную российскую, национальную нормативно-правовую базу деятельности.

11. Федеральный закон «О полиции» продолжил процесс деуниверсализации полиции, начатый предыдущим законом. В перечне обязанностей полиции отсутствуют 15 обязанностей, которые ранее закреплялись за милицией. Это такие, как содержание в специально отведенных помещениях органов внутренних дел иностранных граждан, подлежащих депортации по решению суда; сопровождение в центры временного размещения и охрана лиц, получивших свидетельство о рассмотрении ходатайств

ва о признании беженцем, и прибывших с ним членов его семьи в целях обеспечения их безопасности; подача заявления о государственной регистрации рождения найденного (подкинутого) ребенка, родители которого неизвестны; обеспечение по письменному обращению военного комиссариата прибытия граждан, подлежащих призыву на военную службу, на мероприятия, связанные с призывом на военную службу; контроль за применением контрольно-кассовой техники; розыск собственника безнадзорных животных; выдача разрешений на хранение и перевозку автомобильным транспортом взрывчатых материалов промышленного применения и др.

До 1 января 2012 года полиция будет освобождена еще от пяти обязанностей, предусмотренных частью 1 статьи 54 Закона: осуществление административного выдворения иностранных граждан и лиц без гражданства за пределы Российской Федерации, организация работы медицинских вытрезвителей, проведение технического осмотра автотранспортных средств и прицепов к ним, конвоирование задержанных лиц и лиц, заключенных под стражу, из следственных изоляторов уголовно-исполнительной системы, розыск должника, его имущества, формирование и ведение реестра дисквалифицированных лиц

Данные меры безусловно будут способствовать превращению полиции в институт с ярко выраженной правоохранительной направленностью.

Закон о полиции — это уже действующий закон. Но градус социального скепсиса и общественных ожиданий вокруг него в сравнении с периодом, когда он всенародно обсуждался, ниже не станет. Этого можно ожидать лишь тогда, когда произойдут действительные перемены в работе самого многочисленного аппарата охраны правопорядка. Данное, в свою очередь, возможно лишь при условии полной реализации его норм, воплотивших отечественный и мировой опыт правового регулирования полицейской деятельности.

В этой связи актуален постоянный мониторинг применения Закона о полиции. Он нужен для того, чтобы на основе обобщения, анализа и оценки информации о действии Закона своевременно корректировать его положения. Такая обязанность для МВД России как федерального органа исполнительной власти проистекает из Указа Президента Российской Федерации от 20 мая 2011 года № 657 «О мониторинге правоприменения в Российской Федерации»¹.

¹ Российская газета. — 2011. — 25 мая

Ю.Н. Оборотов

Оборотов Юрий Николаевич — доктор юридических наук, профессор, заслуженный юрист Украины, член-корреспондент Национальной академии правовых наук Украины, заведующий кафедрой теории государства и права Национального университета «Одесская юридическая академия»

Ориентиры апологизации современного права

Современное право в контексте дальнейшего изложения, во-первых, характеризуется по его принадлежности к XXI столетию, и, во-вторых, свидетельствует о его принципиальных особенностях в сравнении с правом ранее существовавшим, правом эпохи модерна, национального государства и гражданского общества. Современное право утрачивает или с трудом сдерживает устойчивое состояние догмы права — своего главного достояния прежних времен. Догма права становится текучей, быстро меняющейся, что сказывается не только на обыденном и компетентном правосознании людей, но подрывает основания профессионального правосознания. Юристы теряют устойчивую законодательную базу для принятия правовых решений, и все больше полагаются на собственную правовую культуру и правовой опыт, заимствуя материал для решений в доктринальной сфере и сложившейся юридической практике.

Для развития современного права актуален вопрос о том, что сегодня является определяющим в естественном праве: право на несходство (индивидуальность) или право на одинаковость (социальность)? В самом деле, обнаруживается, что этот вопрос связан с особенностями современного правового развития. Действительно, право эпохи модерна было нацелено на утверждение одинаковости, оно нивелировало индивидуальность. Между тем право эпохи постмодерна стремится утверждать индивидуальность, настаивая на несходстве как определяющей составляющей в современном праве.

Современное индивидуализированное общество задает высокий уровень конфликтности бытия, предопределяя усиление значения права как средства разрешения конфликтов (конфликтное предназначение права). При этом установка права на персонального пользователя приводит к тому, что закон перестает восприниматься в качестве сакрального начала, поскольку нормативное регулирование все чаще подменяется целесообразностью и координацией. Деперсонализация права эпохи модерна замещается поисками правовой личности эпохи постмодерна.

Это, однако, не означает, что право перестает побуждать субъектов считаться со своим окружением, ограничивать собственные желания. Однако в условиях модерна эти требования права воспринимались как традиционные, обычные и, по сути, не нарушались. Не случайно проблема злоупотребления правом в прежние времена была экзотической, она не затрагивала различные сферы правовой реальности. Постмодерн принес с собой повсеместное распространение игнорирования индивидом другого и той целостности, к которой он принадлежит. Отсюда нарастающее количество ситуаций злоупотребления правом и, одновременно, нормативных попыток их регламентации в самых разных областях правового регулирования, от отрасли гражданского до уголовного права. В настоящее время комплекс правообразующих факторов приобретает все новые очертания, что определяется не только существованием такого мощного фактора эволюции права как глобализация, но и человеческой субъективностью, где на уровне ментальности происходят динамические процессы, определяющие современный ландшафт бытия права.

Классическое право было обращено к нормативной субъективности, обладало стабильностью, самоотчетностью, ориентацией на незыблемые принципы. В современном праве все эти характеристики поставлены под сомнение, так как сказываются:

- неопределенность и приблизительность в осуществлении права;
- детерриторизация субъекта как отражение глобализации;
- атемпорализация субъекта как фрагментация человеческого существования.

Растворение личности в многообразных и несвязанных слоях массовой культуры расшатывает традиционные социальные институты, а фрагментарность и разнообразие существующих ценностей подрывает сложившуюся нормативность, в том числе, правопорядок, приводит к утрате устойчивой принадлежности человека к определенному образу жизни, сказывается на его отношении к праву. На фоне увлеченности собственным имиджем и своей жизнью происходит сокращение набора общезначимых норм и ценностей¹, распространено не только незнание общих начал культуры, выраженных в

¹ Шугуров М.В. Правовая субъектность и инверсии современной культуры // Общественные науки и современность. — 2005. — № 1. — С. 80.

праве, но и стираются грани между нормой и патологией. Заметно отрешение человека от той субъектности, которая представлена в концентрированном виде в праве европейской цивилизации. По сути, разрушается привычная субъективность как активное и ответственное начало бытия в нормативно организованном обществе, а институциональные структуры уже не могут согласовывать диаметрально расходящиеся цели и интересы. Все это приводит к неспособности права быть как сферой согласования интересов, так и системой преодоления конфликтов.

Современная жизнь создает большие сложности на пути правовой социализации человека, его становления в качестве правовой личности, поскольку складывается ситуация невосприимчивости права и отказ от движения к правовой субъектности.

Современный человек пребывает как бы в двух измерениях, определяющих его раздвоение, с одной стороны, он живет в границах цивилизации, устремленной к центрации, а, с другой — в культуре, настроенной на децентрацию. Между тем сложившаяся деиндивидуализация права не может быть преградой для его использования как сферы персонализации, которая вряд ли в современном обществе возможна вне права. Поэтому традиционно признаваемый приоритет объективного права над субъективным утрачивает смысл. Субъективное право выводится в центр правовой реальности, отбрасывая плюралистическую картину бытия. Не случайно даже представление о праве (правопонимание) начинает исходить не из регулятивных его характеристик, а из координации действий субъектов и сфер их социального бытия.

Как справедливо замечено в юридической литературе, мы только сегодня приближаемся к тому, что стало почти аксиомой дореволюционной юриспруденции, а именно, к пониманию того, что субъект права, правовая личность есть вовсе не правовая усредненность как некая типовая фигура, а индивидуальность, правовая особенность.

С проблемой выдвигания субъективного права в центр правовой реальности связаны утверждения о необходимости признания особой формы бытия права — актуального права, имеющего свои специфические источники, формирующегося особыми путями и особыми субъектами. Это актуальное право¹ рассматривается как совокупность норм, создаваемых гражданским обществом и государством в сфере законодательного регулирования при реализации права и выполнении функций конкретизации, адаптации и коррекции законов, обновления правовой системы.

В современных условиях особенно важно утверждение идеи многогранности субъекта права как правовой личности, содержащей в себе разнообразие правовых связей. Заметим, что представление о субъекте как объясняющем начале всего правового, исходной точке отсчета всех правовых явлений и центре системы правовых координат позволяет преодолеть ту несостоятельность механизма действия права, которая все в большей степени заметна в связи с обозначившимся высоким уровнем индивидуализации общества. По сути, индивидуализированное общество — это вызов праву, которое должно реагировать на этот вызов не только выведением субъекта в центр правовой системы, но и соответствующей персонализацией всех компонентов правового бытия. В представленном ракурсе перспективно развертывание исследований в рамках правовой антропологии, где осуществляется корреляция «образа права» и «образа человека» применительно к современному состоянию правовой реальности². Кардинальные изменения «образа человека» эпохи постмодерна должны соответствующими новыми положениями подкреплять «образ права», который традиционно исходит не только из способности человека быть субъектом права, но из признания права за другими быть такими же. Как представляется, персонализация права в эпоху постмодерна не только принципиально меняет положение субъекта права в правовой системе, но и формирует развернутую палитру красок, с помощью которых может быть выписана индивидуализация правовой жизни современного общества.

Несмотря на общетеоретический статус, любая дефиниция права в первую очередь рассматривается в призме ее практического использования. Заметим, что неизбежно существование многообразия определений права, которое связано с его многоликостью, несводимостью к нормам, отношениям, идеям. Более того, разнообразие определений права обусловлено также его существованием в институциональном, общесоциальном и философском измерениях³, когда весьма сложно перебросить мостик от права как нормативной системы к праву как эталону свободы, справедливости, порядка. Однако, особенности развития человека, общества и государства постоянно диктуют эту необходимость развития дефиниции права, потому неизбежно появление новых его характеристик и определений.

Сегодня, еще более чем в прошлые годы, утвердилось представление о том, что нецелесообразна постановка вопроса о выходе к единому определению понятия права. Заметим, что даже в советской юриспруденции, когда определение права должно было быть единственно верным и навязывалось ученым и практикам, в действительности существовали и использовались различные его дефиниции.

¹ См.: Муравский В.А. Актуальное право: происхождение, сущность, источники, соотношение с законом: Монография. — Екатеринбург, 2004.

² См.: Философия права / Под ред. О.Г. Данильяна. — М., 2006. — С. 232—233.

³ См.: Алексеев С.С. Право : азбука — теория — философия: опыт комплексного исследования. — М., 1999.

Стремительность перемен в жизни современного общества, все большая его индивидуализация и глобализация отражаются в кардинальных изменениях правовой реальности, сказываются на всем используемом правовом инструментарии и профессиональной подготовке юристов. При этом заметна не только нарастающая антропологизация и аксиологизация права, но и все большая его духовная устремленность, диссонирующая с устоявшимся на протяжении столетий рационализмом и обособлением правовых нормативов от религиозных канонов. В призме происходящих перемен новую актуальность приобретают вопросы аксиоматических начал (постулатов) права.

В современном философском словаре постулат (лат. *postulatum* — требование) определяется как положение, которое служит основанием для осуществления содержательных рассуждений и выводов. При этом говорится, что вряд ли допустимо отождествление постулата с аксиомой, поскольку постулат предполагает меньшую строгость и линейность выводов, отсутствие жесткого следования правилам логической функции, что как раз позволяет различать сферы применения аксиом (естественнонаучное знание) и постулатов (социогуманитарное знание). Показательно, что наличие в системе знания постулатов характеризует ее как достаточно развитую с точки зрения рефлексии над своей логической структурой и эволюцией¹.

Заметно, что современная юриспруденция как система знаний выработала свои аксиоматические начала, которые могут быть представлены в качестве постулатов права. Думается, что постулаты права не следует отождествлять с принципами права, которые в качестве основополагающих идей пронизывают всю правовую сферу.

Высокий уровень формализации правовой сферы привел к тому, что определяющим постулатом предстает правопонимание, а построение правовой теории (юриспруденции) зачастую осуществляется с помощью аксиоматического метода как работа с формализованной системой (системой права или правовой системой)².

Среди важнейших постулатов права, обеспечивающих аксиоматический характер правовой сферы — постулат правового дуализма, выраженный в делении права на естественное и позитивное, объективное и субъективное, частное и публичное, материальное и процессуальное.

Получил признание постулат, часто именуемый правовым плюрализмом, выступающий как наличие в правовой жизни разнообразных источников права. В системе социального регулирования использование термина «источники права» дает возможность, в первую очередь, отграничить сферу права от других сфер социальной жизни, во-вторых, позволяет обеспечить разнообразие используемых в правовой жизни общества источников права, и, в-третьих, выделить связи, существующие между источниками права и выйти к системе источников права.

В развитии современных правовых систем превалирование одного из источников права в виде подавления других источников права (правовой монизм) не допускается. Характерная в этой связи практика советской правовой системы показала несостоятельность такого похода. Сегодня законодательное (статутное) право с его основным источником — нормативно-правовым актом — не только претерпевает серьезный кризис, но все в большей степени включает в свою среду использование прецедентного права, нормативных договоров, правовых обычаев, юридической доктрины и т. д. Особенно ярко проявление постулата правового плюрализма выражено в утверждении системы источников права и их иерархии.

Другой значимый постулат связан с целостностью правовой системы и предстает в качестве постулата правовой целостности. Постулат правовой целостности фиксирует два важных момента правового бытия. Во-первых, в социуме с помощью права достигается соединение в целое определенных общностей людей, для которых правовые нормативы и решения выступают объединяющим фактором. В современном мире невозможно представить существование общества как целое вне права и без права. Во-вторых, не могут рассматриваться в качестве права даже такие значимые его составляющие как правовая норма, правоотношение, акты реализации права и т. д. Известно, что даже к догме права, при всем ее значении для механизма действия права, не может быть сведено право. Постулат правовой целостности направлен на признание многогранности правового бытия и несводимости права к одной из его составляющих.

Постулат правовой обеспеченности связан, во-первых, с легализацией и легитимацией права; во-вторых, с утверждением строго определенной последовательности действий (процедурой, процессом); и, в-третьих, с применением государственного и иного предусмотренного принуждения.

Наконец, аксиоматическое значение для права имеет принадлежность к определенной правовой семье, что выражено с помощью постулата правовой принадлежности. Вопрос о правовой принадлежности имеет принципиальное значение не только с точки зрения истории развития определенной правовой системы, но и важен для эффективного решения проблем правовой политики, особенно в

¹ См.: Новейший философский словарь. — 3 изд., испр. — Мн., 2003. — С. 787.

² См.: *Оборотов Ю.Н.* Правопонимание как аксиоматическое начало (постулат) права // *Право Украины.* — 2001. — № 1. — С. 107—114.

условиях процессов глобализации международного права и интеграции национальных правовых систем. Решающее значение при определении принадлежности правовой системы к определенной правовой семье имеют те факторы, которые дают основание констатировать такую принадлежность. Систему этих составляющих именуют правовым стилем и в его содержание включают пять факторов: историческое происхождение и развитие правовой системы, господствующую доктрину права и ее специфику, специфические правовые институты, источники права и их интерпретация, особенности правовой идеологии. Каждая национальная правовая система имеет свой стиль, однако в нем есть нечто общее, что позволяет свидетельствовать о правовой принадлежности данной правовой системы к какой-либо правовой семье.

Таким образом, аксиоматические начала права составляют постулаты правопонимания, правового дуализма, правового плюрализма, правовой целостности, правовой обеспеченности и правовой принадлежности.

Следует отметить, что постулат правопонимания получает все большее признание в аксиоматических началах украинского права, определяя интерес ученых-юристов Украины к проблематике правопонимания, к поискам такого определения понятия права, с помощью которого можно приблизиться к изменяющимся правовым реалиям. Сегодня много говорится об отсутствии определенности в правопонимании при формировании самостоятельной правовой системы Украины и издержках отсутствия этой определенности. Справедливо обращается внимание на тесную связь между переходом к новому правопониманию и становлением современной правовой парадигмы в отечественной юриспруденции¹.

Не вдаваясь в развертывающуюся по этому поводу дискуссию, необходимо провести разграничение правопонимания, понимания права и понимания в правовой сфере, поскольку порой эти три исследовательских направления сводят к одной проблеме правопонимания. Как представляется, если правопонимание — это отображение в юриспруденции основополагающих (аксиоматических) характеристик правовой реальности, то понимание права — это процесс формирования образа права на основе предпонимания и использования знаний, умений, навыков и т. д. В то же время, понимание в правовой сфере представляет собой постижение или переосмысление всего того, что связано с правом.

По аналогии с пониманием в политике, понимание в правовой сфере предстает как уверенность субъекта в адекватности его представлений о содержании воздействий, когда понимание не отождествляется со знанием, поскольку возможно знание без понимания и понимание без знания. Для понимания характерно ощущение внутренней связанности, организованности рассматриваемого явления. Результат понимания субъективно уникален для человека, но произволен, поскольку определяется специфическими культурными условиями².

Без понимания в правовой сфере как особого состояния субъекта невозможна включенность в правовые отношения, соответствие поведения требованиям правовых предписаний, постановка целей и задач с использованием правовых средств, принятие правовых решений и т. д.

Итак, если правопонимание — это один из постулатов права как отображение сгустков правовой реальности, то понимание права — это само его постижение, в то время как понимание в правовой сфере — это постижение того, что связано с правом, его формированием и реализацией.

Современные парадигмы правопонимания определяются кризисом рационализма, кризисом законодательного права, в частности, законодательного права Украины. При этом до сих пор остаются спорными и слабо разработанными вопросы соотношения нормативной недостаточности, нормативной избыточности и нормативной оптимальности применительно к законодательству и правовой жизни современной Украины.

Рассматривая процесс развития права в разных культурах и цивилизациях, можно выделить:

1) парадигмы донаучного правопонимания (мифологическая, теологическая), которые существовали в период, когда юриспруденция еще находилась в стадии становления и не существовала как самостоятельная область гуманитарного знания;

2) парадигмы научного правопонимания, когда произошло разделение сфер религиозного и светского, и когда развитие светской сферы стало определяться рационализмом и рациональностью, завязанной на возможностях человеческого разума. Иначе парадигмы этого периода (нормативная, социологическая, психологическая и др.) могут быть названы парадигмами юридического рационализма;

3) парадигмы постнаучного правопонимания, существуют которые приходится на эпоху постмодерна, когда происходит кризис рациональности и соединение знание и вера, закономерности и случайности, истина и ценность. Парадигмы этого периода (антропологическая, коммуникативная, интегративная, ценностно-нормативная и др.) могут быть названы парадигмами правопонимания постмодерна.

В целом же, на основе представленных подходов к правовой реальности, а также с учетом принципиальных перемен в праве и государстве эпохи постмодерна, можно предложить следующее определение понятия права, отображающее одну из возможных парадигм правопонимания — ценностно-

¹ Селіванов В.М. Право і влада суверенної України: методологічні аспекти: Монографія. — К., 2002. — С. 421.

² Ольшанский Д.В. Политико-психологический словарь. — М., 2002. — С. 409.

нормативную. Право — это исторически сложившаяся, морально обоснованная и религиозно выверенная, легализованная ценностно-нормативная система, рассчитанная на всеобщее признание (легитимацию) и соответствующее поведение людей, организаций, социальных общностей, в которой используются процедуры, формализованные решения и государственное принуждение для предупреждения и разрешения конфликтов, сохранения социальной целостности.

Специфика предлагаемого правопонимания выражена, прежде всего, в представлении о праве как ценностно-нормативной системе, что подчеркивает не только нормативный, но и ценностный смысл всего механизма действия права. С этих позиций право нацелено на закрепление, ранжирование, перераспределение и охрану существующих ценностей, а также информирование о ценностях, которые таким образом становятся ценностями права. Одновременно в самом праве складываются разнообразные специфические ценности (правовые ценности), несущие в себе цивилизационные и культурные отложения, связанные с пониманием свободы, справедливости, порядка, сохранения себя, близких и всей социальной целостности.

В ценностно-нормативном правопонимании выражена трансляция права через века и поколения с помощью правового менталитета, правовых традиций, правовых институтов, что дает возможность проследить историческую обусловленность права, его моральную обоснованность и его соответствие традиционным религиозным основаниям.

Важно подчеркнуть, что ценностно-нормативная система права рассчитана на ее признание народом, то есть легитимацию, которая обеспечивает этой системе действенность и эффективность. Несомненно, легитимность — это лишь важная предпосылка того, чтобы правовой механизм функционировал, поскольку вряд ли можно решить задачи правового воздействия не используя такие правовые инструменты, как устойчивые процедуры, формализованные решения и средства государственного принуждения.

Наконец, центральными идеями ценностно-нормативного правопонимания выступают, во-первых, конфликтное предназначение права и, во-вторых, необходимость сохранения существующей социальной целостности. Смысловая характеристика права и профессии юриста всегда связывается с возможностями предупреждать возникновение конфликтных ситуаций, а при возникновении конфликтов, оптимального их разрешения. Точно также как предназначением права с момента его становления в древнем обществе вплоть до нынешних времен, является обеспечение целостности человеческого существования от рода и племени в древнем обществе, до семьи и государства в современной жизни.

Понятие «апология» от греческого *apologia* как защита кого-либо или чего-либо, часто предвзятая; заступничество; восхваление¹. Осуществляемая сегодня правовая политика неизбежно использует апологизацию права. Заметим, что апология права существует в различных культурах и цивилизациях. По сути, разделение правовых систем на светские и религиозные выступает как два важнейших направления апологизации права, сложившихся на протяжении многих веков. В современных правовых системах апологизация права используется для повышения уровня легитимации существующей системы правового регулирования, то есть большей ее поддержки со стороны населения.

Угрозами для апологии права в современном обществе становятся те способы развития правовых систем, которые до недавнего времени составляли само содержание этой апологизации. Это рационализация и мифологизация правовой сферы. Понятно, что право не может обойтись как без одного, так и без другого. Но на примере правового развития Украины можно заметить проявления этих угроз. Избранная в Украине стратегия правовой политики, направленной на всемерное использование законодательного права и кодификации, в соединении с мифами о народовласти, правовом государстве, прямом действии закона и ряде других, уже привела к падению уровня легитимности правовой системы. К тому же легковесное отношение в политике и средствах массовой информации к такому фундаментальному акту, как Конституция Украины, по сути, подвело социум к антиконституционному эмоциональному состоянию.

За тот короткий по меркам истории срок, который существует самостоятельная правовая система Украины, апологизация права уже сменила свои ориентиры. Так, с момента становления украинского права основанием апологизации выступала идея правового государства. Стремительно исчерпав ее возможности, мы перешли к развертыванию такого содержательного конструкта, как верховенство права. Однако уже сегодня заметно, что и это средство апологизации права перестает оказывать требуемое воздействие на процессы легитимации правовой системы. Возникает вопрос: что дальше?

Использование идеи правового государства при апологизации национального права неизбежно должно было привести к кризису, поскольку создание наднациональных структур (в частности, Европейского Суда по правам человека) и рассмотрение ими тех конфликтов, которые не нашли разрешения внутри государства, свидетельствует о несостоятельности правового государства как реалии.

¹ Словарь иностранных слов. — 18-е изд. — М., 1989. — С. 49.

Обращение к идее верховенства права как раз обеспечивает преодоление этой наднациональной укоризны существующим правовым порядкам. При этом заметна тенденция, которая и должна стать важнейшей в стратегии институализации и иерархизации государственной власти в эпоху постмодерна, а именно, возвышение суда в современной государственной и правовой жизни. Именно суд сегодня способен преодолевать издержки нормативности правовой сферы, выходя к использованию ситуативного подхода и тем самым обеспечивать реальное воплощение в жизнь концептуальной идеи верховенства права.

Думается, что дальнейшая апологизация права должна выстраиваться на наполнении так называемого официального права теми ценностями и идеалами, которые соответствуют цивилизационным и национальным традициям нашего народа. Формально-рациональный тип легитимации существующего правового порядка (как следование нормативным предписаниям закона), то есть модель апологизации через правовое государство и, с некоторой коррекцией, модель апологизации через верховенство права имеет существенный недостаток, поскольку в этих моделях нет места для субъекта правовой жизни.

Такой субъект появляется в качестве определяющего звена современного права лишь тогда, когда используется ценностно-нормативный тип легитимации, позволяющий преодолевать все усиливающийся разрыв между социальной ситуацией и правовой нормой. Следовательно, недостаток нынешней апологизации права связан с отсутствием ценностного легитимирования правовой системы. При этом нужно подчеркнуть, что право всегда выступает как ценностно-нормативная система. Другое дело, в каких объемах и по каким направлениям эта ценностная составляющая используется для решения конкретных задач обеспечения механизма действия права.

По нашему мнению, правовая жизнь должна координироваться не только с помощью научно обоснованной, стратегически и тактически выверенной правовой политики, но также с использованием эффективных средств апологизации права.

Апологизация права в эпоху постмодерна должна осуществляться с учетом кризиса тех фундаментальных характеристик права, которыми оно обладало в эпоху модерна, а именно: объективизма, рациональности, фундаментализма, стабильности и одномерности¹. Потому так важно обнаружить те позитивные черты, которые составили основу существования права эпохи постмодерна. Можно согласиться с мнением И. Л. Честнова, что таковыми должны стать, во-первых, признание для права меняющегося содержания, то есть опора не на статику, а на динамику права при сохранении его нормативности; во-вторых, соединение в праве объективности, выражающей его нормативность, и активности субъекта; в-третьих, сочетание в праве противоположных элементов (должного и сущего, материального и идеального, общего и особенного и т. д.), что обеспечит диалоговый характер права.

Апологизация права в современную эпоху определяется идеей выдвижения субъекта права в центр правового развития². На этом пути видится продвижение от регулирования, как определяющей стратегии эпохи модерна с ее основанием в законодательном праве и законопорядке, к координации в качестве определяющей стратегии эпохи постмодерна, соответственно с договорным правом и договорным правовым порядком. При этом право неизбежно модифицируется в ценностно-нормативную систему с иерархизированной системой ценностей в правовой сфере и представлениями о возможности расхождений между такими определяющими ценностями как свобода, справедливость и порядок, и в этой связи, с ситуативным предпочтением каждой из этих ценностей правового бытия современного общества.

Как особый профессиональный слой юристы обязаны использовать механизм апологизации права, опираясь на главные идеи правового развития постулаты права и те возможности правовых средств, которые раскрываются для индивида и общества при условии их использования для решения возникающих в жизни проблем. На этом пути весьма актуальна опора на антропологизацию права, поскольку выдвижение в центр правовой сферы субъекта, учет его индивидуальности, а также оценка ситуативности при решении правовых вопросов позволяет выйти на необходимый уровень апологизации права даже несмотря на возможные нестыковки в существующей правовой системе и интенсивном формировании сферы неправовой практики.

Таким образом, правовая жизнь современного общества, опираясь на апологию права, стимулирует поведение людей с позиций новых представлений о правовой реальности постмодерна, выраженных в ценностно-нормативной характеристике права, его диалоговой сущности и ситуативной рациональности. Вера в право как средство обеспечения целостности и безопасности для индивида и социума всегда была и будет задачей для профессионального слоя юристов, что вряд ли достижимо в полной мере без использования механизма апологизации права.

¹ Честнов И.Л. Теоретико-методологические основания взаимоотношения общества и права // Право и общество: от конфликта к консенсусу / Под общ. ред. В.П. Сальникова, Р. А. Ромашова. — СПб, 2004. — С. 29.

² Введение в украинское право / Под общ. ред. С.В. Кивалова, Ю.Н. Оборотова. — 2-е изд, перераб и доп. — Одесса, 2009. — С. 137—144.

Р.А. Ромашов

Ромашов Роман Анатольевич — доктор юридических наук, профессор, заслуженный деятель науки Российской Федерации, начальник Самарского юридического института Федеральной службы исполнения наказаний Российской Федерации

Преемственность и цикличность в российском праве: единство и противоречия

Право есть элемент социальной истории, столь же детерминированный общественными отношениями фактор, как язык или семья. В таком понимании преемственность есть объективное свойство динамики правовой организации. Новое всегда возникает на базе прошлого и в той или иной степени копирует его. При этом не имеет значения факт субъективного отношения к прошлому и его столь же субъективной оценки. Сравнение права с языком, значимо, прежде всего, для того, что бы показать его национальную природу. Точно так же как русский язык используется в качестве государственного языка России (ранее СССР, Российской империи, Всея Руси, Московского княжества/царства), так же и русское право выступает для русского общества и государства инструментом установления и практического воплощения нормативных стандартов общеобязательного поведения, а также мер ретроспективной ответственности за их нарушение. Естественно, что с течением времени меняются формальные и содержательные сегменты, образующие источники права и определяющие юридическую технику правотворчества и правореализации. Также происходит пополнение правового языка заимствованными извне институтами и терминами. Но ведь от того, что мы стали говорить вместо слов «соглашение» — «консенсус», «встреча» — «саммит», «государь» — «президент», смысл сказанного не изменился, и русский язык, вобрав в себя новые термины, не перестал быть русским. То же самое можно сказать о праве. Механическое включение в национальный правовой массив понятий, принципов, нормативов, ценностных установок относящихся либо к «прогрессивному зарубежному опыту», либо к пресловутым «общечеловеческим ценностям», не означает «перерождения» русского права в «иноземное», общечеловеческое, западное и т. п. В данном случае мало что дают характеристики российского права в качестве советского, а ныне романо-германского. Россия никогда не относилась и не относится к странам с европейской традицией, воспринявших римское право в ходе рецепции. Становление и развитие отечественной правовой системы происходило под преимущественным воздействием собственно русской преемственности, выступавшей в качестве не зависящего от воли и желаний отдельных личностей и групп механизма сохранения национальной правовой идентичности.

Вопрос: Какие качественные свойства и основополагающие принципы задают дискурс преемственности в российском праве? Представляется, что это — государственность, иерархичность, приоритет публичных ценностей над частными, приоритет обвинительного уклона правосудия над состязательным.

Государственность, либо, что точнее, «подгосударственность» российского права, в первую очередь определяется субстанциональной природой самого российского государства, на всех периодах своей истории составлявшего комплексный (земля и люди) объект владения индивидуального (персонифицированный глава государства) либо коллективного (высший слой административно-бюрократической элиты) государя. При таком понимании индивидуальная/коллективная подчиненность определяется не абстрактным правовым предписанием, в какую бы юридическую форму оно не было бы воплощено, а властным указанием лица/группы лиц, ассоциирующихся с государственным главенством.

Иерархичность непосредственным образом связана с государственностью и являет собой систему, основанную на строгой субординации «нижестоящих субъектов» правотворчества и правореализации по отношению к вышестоящим. Преемственность принципа иерархичности в свою очередь минимизирует юридическое значение привнесенных из западных правовых систем принципов разделения властей и федерализма. В первом случае следует осознавать, что для всех этапов российской истории разделение власти рассматривалось, как инструмент разрушения целостного государственного механизма основанного на централизации властных функций и, в конечном итоге, сосредоточении основной, главной, всеобъемлющей государственной власти в руках конкретного человека — главы государства. Говоря о федерализме, следует также сказать о том, что никогда Россия не позиционировалась в качестве союза договаривающихся субъектов, строящих свои взаимодействия на реальном разграничении сфер влияния. И СССР, и РСФСР, и современная Российская Федерация

идентифицировали себя в качестве целостных социально-политических систем, строящихся по принципу безусловного приоритета интересов «общегосударственного целого» по отношению к «региональному». Отсюда и идеал государственного устройства — «Россия/Русь единая и неделимая».

Приоритет публичных ценностей над частными выражается, прежде всего, в культурно-религиозной традиции русского права, «завязанной» на ценностных установках православной этики. Основным смысл жизни русского человека состоит не в удовлетворении эгоистических ценностей (что характерно для протестантской концепции), а в бескорыстном служении отечеству, обусловленном неоплатным долгом перед ним же. Естественно, что при таком подходе права и свободы отдельной человеческой личности рассматриваются в качестве производных и вторичных от публично-правовых интересов государства, которое в данном случае выступает в качестве аналога отечества («большой Родины»).

Приоритет обвинительного уклона правосудия над состязательным. В ситуации, когда человек строит свои отношения с государством исключительно в рамках односторонних обязательств, последнее начинает воспринимать его в качестве потенциального нарушителя, стремящегося противопоставить собственный эгоизм идее «общего служения». При таком подходе право рассматривается, прежде всего, в качестве инструмента контроля и кары, опирающегося в своем функционировании на механизм легального государственного принуждения. Не случайно, в современной юридической процессуальной лексике (сформировавшейся в советское время и воспринятой современной терминологией) противопоставляются обращения «товарищ» и «гражданин». Подозреваемый, обвиняемый и подсудимый не являются «товарищами» для сотрудников правоохранительных органов (к числу которых традиционно относят не только органы, осуществляющие ОРД, дознание и досудебное следствие, но и органы правосудия, хотя в системе разделения властей исполнительная и судебная власть дифференцируются), воспринимающих этих контр субъектов правоприменительного процесса в качестве фактических правонарушителей (вина которых очевидна уже в силу их вовлеченности в уголовно-правовой процесс), «обязанных» понести «справедливое наказание».

Перечисленные факторы, на мой взгляд, определяют субстанциональную характеристику русского права воспринимаемую в рамках идейно-теоретической и юридико-технической преемственности на всех этапах отечественной истории и во многом (если не в основном) влияют на содержание правотворческого и правореализационного процессов.

Наряду с преемственностью в качестве объективного фактора правового развития выступает цикличность. Если преемственность оперирующая критериями линейного (бесконечного) развития, означает, прежде всего, воспроизводство правовых норм и отношений по принципу копирования аналогов прошлого конструкторами настоящего, в свою очередь являющихся продуктами прошлого и, следовательно, обреченных думать и делать так, как их воспитали и научили в прошлом люди прошлого, то цикличность основывается на гипотезе прерывистого развития и предполагает локализацию динамики социо-пространственно-временных изменений точками начала и завершения. Точка завершения цикла совпадает по своей субстанциональной характеристике с точкой начала (если проводить аналогию начала и завершения цикла с рождением и смертью человека, то рождение знаменует собой момент перехода из ничто в нечто, а смерть из нечто в ничто, при этом и в том и в другом случае сам момент перехода представляет собой «нулевой» период). Завершение предшествующего цикла, применительно к истории социальных отношений одновременно знаменует собой «смерть истории» и, вместе с тем, начало нового витка (цикла) исторического развития. Понятие «смерть истории» означает разрушение национальной культуры и основанной на этой культуре цивилизации. Наиболее известными примерами подобных ситуаций являются «ушедшие в ничто» цивилизации ацтеков, майя, монголов эпохи Золотой Орды и др. В тех случаях когда имеет место воспроизводство культурно-исторических циклов, следует различать повторяющиеся и модернизированные циклы. В условиях повторяющегося цикла имеет место «бег по кругу», когда изменения, происходящие в научно-технической и культурной областях не оказывают существенных преобразовательных воздействий на отношения, сложившиеся в сфере организации и функционирования механизма государственного управления. В рамках модернизированных циклов происходит «восхождение» на новую ступень (новый виток спирали) социально-управленческих отношений, вырабатывается и апробируется в реальных условиях качественно новая модель политической системы общества.

В контексте цикличности система русского права демонстрирует тенденцию повторяющегося (кругового) развития, сочетающего фазы зарождения — становления — стабильности — стагнации — кризиса — правовой аномии (правового хаоса). Анализ отечественной политико-правовой истории позволяет говорить о двух завершённых циклах русского права: имперского и советского периодов. В настоящее время мы наблюдаем становление русского постсоветского права, переставшего быть советским, но не ставшего европейским (романо-германским). По какому алгоритму будет проходить дальнейшее развитие отечественной правовой системы, — покажет время.

М.Л. Давыдова

Давыдова Марина Леонидовна — доктор юридических наук, доцент, заведующая кафедрой конституционного и муниципального права Волгоградского государственного университета

Технико-юридический механизм обеспечения преемственности в праве

Хорошее и плохое, полезное и вредное, идущее от природы самого права и чуждое ему, принятое и признанное обществом и навязанное государством, сиюминутное и вечное — в праве (как и в любом социальном явлении) сталкиваются и взаимодополняют друг друга противоречивые тенденции. Попытки объяснить феномен правовой преемственности, охватить меняющуюся и неизменную части правового содержания, описать механизм и факторы его развития особенно актуальны в периоды наибольших изменений, когда правовая система сталкивается с новыми социальными явлениями, институтами и общественными запросами. Необходимость урегулировать новые отношения наиболее наглядно высвечивает способность права *изменяться, одновременно оставаясь самим собой*. При этом, чем интенсивнее социальные, экономические и иные преобразования, тем более необходима своевременная реакция права на них. Зачастую потребность в правовом регулировании возникает до того, как соответствующие отношения успели окончательно сформироваться. Каким образом право вырабатывает механизм воздействия на подобные складывающиеся отношения? В какой мере новые сферы регулирования обуславливают трансформацию самого права? Каковы механизмы, обеспечивающие сохранение старых правил в новых условиях? Ответы на эти вопросы в определенной мере способны осветить механизм и средства обеспечения преемственности в праве.

Рассмотрим в качестве примера сферу нанотехнологий, в которой огромная популярность и динамичные темпы развития изначально сочетались с абсолютной неразработанностью ключевых параметров, необходимых для правового регулирования. Выступая в ноябре 2009 года на V Международной конференции по техническому регулированию в сфере нанотехнологий П. Хетто, руководитель Технического комитета Международной организации по стандартизации ИСО/ТК 229 «Нанотехнологии» отметил, что в отличие от других классических инновационных технологий, стандартизацию в нанотехнологиях можно сравнить с «листом чистой бумаги», поскольку пока еще отсутствуют согласованные определения в области терминологии, недоработаны методы измерения характеристик нанобъектов, не в полной мере хватает эталонов, стандартных образцов структуры, состава и свойств для калибровки средств измерений и, как следствие, нет международно согласованных правил, гарантирующих при использовании наноматериалов здоровье человека и безопасность окружающей среды¹.

При этом развитие nanoиндустрии уже требует и потребует в ближайшей перспективе корректировки законодательства в сферах интеллектуальной собственности, корпоративного регулирования, научно-технической и инновационной предпринимательской деятельности, безопасности, охраны труда² и др. Приведем лишь две конкретные проблемы, иллюстрирующие зависимость правовой составляющей от сугубо технической и естественно-научной. Первая проблема, тормозящая повсеместное внедрение четких правил в данной области, как отмечают эксперты, заключается в отсутствии в сфере nanoиндустрии согласованного определения понятий «наноматериал» и «нанотехнология»³.

«Концепция развития в Российской Федерации работ в области нанотехнологий на период до 2010 года» определяет нанотехнологию как совокупность методов и приемов, обеспечивающих возможность контролируемым образом создавать и модифицировать объекты, включающие компоненты с размерами менее 100 нм, хотя бы в одном измерении, и в результате этого получившие принципиально новые качества, позволяющие осуществлять их интеграцию в полноценно функционирующие системы большего масштаба. В нормативную дефиницию, таким образом, закладывается два ключевых признака: 1) формальный — размер компонентов (менее 100 нм, хотя бы в одном измерении); 2) функциональный — появление принципиально новых качеств объекта. Первый признак имеет при этом относительный характер. С одной стороны, он отличается от аналогичного признака, включенного

¹ См.: Акопов Э. Евросоюз: техническое регулирование в сфере нанотехнологий // Nanoиндустрия. — 2010. — № 3 // <http://www.nanoindustry.su/issue/2010/3/5>

² См.: Приоритетные направления совершенствования законодательства // Официальный сайт РОСНАНО, <http://www.rusnano.com/Post.aspx/Show/14515>

³ Акопов Э. Евросоюз: техническое регулирование в сфере нанотехнологий // Nanoиндустрия. — 2010. — № 3 // <http://www.nanoindustry.su/issue/2010/3/5>. См. также: Хохлаев С. К единой терминологической базе нанотехнологий // Nanoиндустрия. — 2010. — № 5 // <http://www.nanoindustry.su/issue/2010/5>

в правовую дефиницию, действующую на международном уровне (Технический комитет Международной организации по стандартизации ИСО/ТК 229 определяет нанотехнологии как знание и управление процессами, как правило, в масштабе 1 нм, но не исключающее масштаб менее 100 нм в одном или более измерениях) и, следовательно, не является общепризнанным. Во-вторых, как отмечает академик РАН М.В. Алфимов, «...практически все материалы содержат элементы (субструктуры), лежащие в интервале размеров 1—100 нм. Если подходить формально, то большая доля всех производимых продуктов может быть отнесена к продуктам наноиндустрии... Наиболее неопределенной является категория продуктов, которые в своем составе содержат наноземента. К данной категории могут быть отнесены... любые классические продукты, которые содержат в своем составе наномодифицированные элементы...»¹. Поэтому, руководствуясь вторым признаком, следует, говорить о нанотехнологиях лишь в том случае, когда «...нанокомпоненты продукта создают принципиально новые функциональные и потребительские характеристики нанопродукции и нанокомпоненты являются неотделимой частью произведенного изделия»².

Целесообразность использования данного критерия не вызывает сомнений в том, например, случае, когда речь идет о праве интеллектуальной собственности. Вряд ли стоило бы патентовать в качестве нанотехнологий метод, предполагающий использование нанокомпонентов, но не создающий в связи с этим никаких новых качеств объекта. Однако иначе, как нам кажется, проблема выглядит с позиции обеспечения безопасности. Использование нанокомпонентов может нести в себе разнообразные, в том числе пока не изученные риски для человека и окружающей среды. Для целей контроля поэтому целесообразно было бы использовать более широкую трактовку определения, делая акцент, в первую очередь, на формальном признаке. Однако прежде чем подобная специфика будет отражена в законодательстве, с тонкостями дефиниции должны определиться сами ученые.

Помимо нормативной дефиниции, следует вспомнить еще об одной проблеме, лежащей на грани собственно технического и технико-юридического — стандартизации и техническом регулировании в области нанотехнологий. Проблема эта имеет, по меньшей мере, два аспекта. С одной стороны, речь идет о создании общей «системы координат», необходимой для полноценного развития науки и экономики. «Здесь, как нигде более, актуален тезис “если нельзя измерить, то невозможно создать”. Все страны, вступившие в нанотехнологический прорыв, прекрасно представляют необходимость опережающего развития метрологии в этой бурно развивающейся области знания, поскольку именно уровень точности и достоверности измерений способен либо стимулировать развитие соответствующих отраслей экономической жизни общества, либо служить сдерживающим фактором»³.

Этот, собственно научный аспект дополняется вторым — юридическим: выработка стандартов выступает обязательным условием осуществления правового регулирования и, в первую очередь, контроля в области безопасности нанопродуктов. Так, например, в настоящее время доказано, что испускание нанообъектов из наноматериалов в окружающий воздух или жидкость — это серьезная проблема, которую следует принимать во внимание при проектировании и реализации многих производственных процессов. Чрезмерное испускание нанообъектов может оказать самое неблагоприятное воздействие на здоровье людей и на окружающую среду. Поэтому важно получить данные о таких свойствах наноматериалов, которые бы позволяли оценивать, контролировать и минимизировать возникающие риски⁴.

Если стандартизация сама по себе находится в русле регулятивного воздействия, то обеспечение безопасности направлено на выполнение второй основной функции права — охранительной. Следует признать, что полноценная реализация обеих названных функций отдельно взятым государством на сегодняшний день практически невозможна.

Формирование наноиндустрии в современном мире неразрывно связано с процессом глобализации. Вопреки стремлению государств установить режим секретности для отдельных технологий и изобретений, наука (в особенности в сфере высоких технологий) давно уже развивается совместными усилиями мирового научного сообщества, стимулируя развитие глобализирующейся мировой экономики. Единое пространство — научное и экономическое — требует и единого нормативного регулирования, что ставит задачу не просто согласования, а совместного создания понятийного аппарата, а также технических нормативов и стандартов в наносфере. Кооперация государств в процессе разработки правовых и технических стандартов является одновременно обязательным условием и средством формирования нормативно-правовой базы развития наноиндустрии. К примеру, в рамках

¹ Алфимов М.В. Что можно относить к продукции наноиндустрии? // Российские нанотехнологии. — 2010. — № 11—12. — Т. 5. — С. 2.

² Там же.

³ Тодуа П.А. Метрология в нанотехнологии // Российские нанотехнологии. — 2007. — № 1—2. — Т. 2. — С. 61 // http://nanoru.ru/pdfs/07002001/08_todua.pdf

⁴ См.: Хохлявин С. Нанотехнологии и стандарты — неразрывный симбиоз // Наноиндустрия. — 2010. — № 3 // <http://www.nanoindustry.su/issue/2010/3/9/>; Хохлявин С. Нанориски — новые угрозы для здоровья и окружающей среды. — Нанотехника. — 2008. — № 2 (14). — С. 74—79.

Технического комитета Международной организации по стандартизации ИСО/ТК 229 «Нанотехнологии», секретариат которого ведет Британский институт стандартов, существует некое распределение предметов ведения: подкомитет по метрологии, методам измерений и испытаний — за Японией; термины и определения — за Канадой; здоровье, безопасность, окружающая среда — за Соединенными Штатами Америки¹.

Подобная «универсальность» еще более усложняет проблему преемственности в правовом регулировании, так как, помимо связи между старым и новым, требует учета связи между национальным, иностранным и международным. Однако, несмотря ни на скорость технологического развития, опережающую самые смелые научные прогнозы, ни на обусловленные глобализацией масштабы правового регулирования, феномен преемственности в праве продолжает существовать. С точки зрения юридической техники, это можно объяснить существованием определенного *механизма обеспечения преемственности*, включающего (а) *технологии* и (б) *средства* ее обеспечения.

Технология обеспечения правовой преемственности заложена в самом механизме правотворчества. Как отмечает В.Б.Исаков, новый законопроект сравнительно редко пишется «с чистого листа». Как правило, любой законотворческой идее предшествуют прототипы — ранее действовавшие акты по тому же вопросу, зарубежные аналоги, законотворческие разработки ученых, предложения о совершенствовании действующего законодательства². Это касается не только ситуации «вторичного» регулирования, когда законодатель обновляет нормативную базу в ранее урегулированной сфере (как, например, было при принятии закона о полиции, значительная часть предписаний которого вполне закономерно воспроизводит аналогичные положения закона о милиции). Даже новая сфера общественных отношений, еще не подвергавшаяся правовому воздействию, никогда не может претендовать на исчерпывающую регламентацию посредством установления первичных правовых предписаний. Кроме того, само это установление осуществляется далеко не сразу после возникновения новых отношений.

Первым этапом в регулировании подобной новой сферы всегда является *адаптация* к ее потребностям существующей нормативной базы. Возвращаясь к формирующейся в настоящее время наноиндустрии, укажем, например, что в соответствии с решением Европарламента в марте 2009 года действие закона ЕС о регистрации, оценке и условиях применения химических соединений было распространено на наноматериалы. Подобное решение проблемы сразу рассматривалось лишь как временное, так как при разработке данного закона нанотехнологии во внимание не принимались.

Практическое значение такого способа регулирования заключается в том, что, препятствуя возникновению правового вакуума, он позволяет правовой системе задействовать *механизм саморегулирования*, проверить регулятивный потенциал существующих правовых институтов в новых условиях, оценить действенность имеющихся юридических инструментов. Законодатель в этих условиях получает некую «передышку» для того, чтобы выявить в системе правового регулирования наиболее слабые места, нуждающиеся в первоочередной корректировке. Этот начальный этап связан с процессом *естественного правообразования*³, когда постепенно складывающиеся обычные, прецедентные, договорные источники права указывают законодателю на возможные способы правового регулирования новых отношений.

Механизм саморегулирования, включающий в себя принципы права, институт аналогии, коллизионные нормы, выступает, таким образом, в качестве альтернативы революционным изменениям в праве. В результате новые правовые веления «вживляются» в материю действующего права постепенно. И это не случайно: слишком поспешные или избыточные нововведения общество (а, значит, и правовая система) неизбежно отторгает. К тому же зачастую правовые конструкции настолько тонко и детально регулируют общественные отношения, находя баланс между индивидуальными, общественными и государственными интересами, что проще обратиться к проверенной классике, чем пытаться на скорую руку изобрести столь же совершенные новые правила.

Таким образом, постепенно складываются условия для *второго этапа* регулирования новой сферы отношений — полноценного *искусственного (государственного) правообразования*⁴. Но и на этой стадии нормативный материал лишь в части своей является действительно новым.

Актуально в этой связи существующее в науке деление нормативно-правовых предписаний по происхождению на первичные и вторичные. Под первичными предписаниями в литературе понимаются веления, регулирующие отношения, ранее не регламентированные другими правилами, установленными тем же либо иным вышестоящим или нижестоящим органом, издаваемые в порядке реали-

¹ См.: Тодуа П.А. Метрология в нанотехнологии // Российские нанотехнологии. — 2007. — № 1—2. — Т. 2. — С. 61 // http://nanoru.ru/pdfs/07002001/08_todua.pdf

² См.: Исаков В.Б. Стадии подготовки законопроектов // Законодательная техника. — М., 2000. — С. 64.

³ См.: Трофимов В.В. Правообразование в современном обществе: теоретико-методологический аспект: Автореф. дис... д-ра юрид. наук. — СПб., 2011. — С. 10.

⁴ См. там же.

зации собственной компетенции в соответствии и с учетом общих идейно-содержательных положений, принципов, целей и задач, сформулированных в актах того же или иного вида¹. С определенными оговорками первичными можно признать и такие предписания, которые устанавливают принципиально новый порядок в определенной сфере общественных отношений, ранее уже регламентированных правом². Речь идет о ситуации, когда новое веление не является исправленной или дополненной версией ранее действовавшего, не заимствовано из другого нормативного акта, а впервые сформулировано в таком виде именно в данном источнике.

Первичные предписания, в свою очередь, делятся на абсолютно- и относительно-первичные. *Абсолютно-первичные* нормативные предписания не имеют текстуального прототипа в современном или ранее действовавшем внутригосударственном либо иностранном, международном законодательстве. В развитой правовой системе, по всей вероятности, количество таких предписаний не является преобладающим. Процессы преемственности, рецепции «чужих» правовых институтов, международного правового влияния, экономической, культурной и иной интеграции приводят к тому, что многие правовые положения давно уже стали «общими» для различных правовых систем, и для регулирования соответствующих отношений нет ни необходимости, ни смысла «изобретать» новые правила. Тем не менее, развитие всегда предполагает, наряду с совершенствованием старого, и создание чего-то абсолютно нового.

Проблема абсолютной первичности нормативных предписаний может рассматриваться в двух аспектах: историко-правовом и формально-юридическом. Отсюда можно выделять: (а) *исторически первичные предписания*, поиск и анализ которых позволяет обнаружить корни, истоки формирования тех или иных правовых велений и институтов действующего законодательства; (б) *юридически первичные*, то есть предписания, впервые введенные в действие на территории данного государства, ранее никогда не действовавшие в данной правовой системе.

Относительно-первичные предписания являются первоисточником какого-либо другого предписания. Такие веления рассматриваются в качестве первичных только в связи с исследованием другого — вторичного веления. Сами по себе они, в свою очередь, часто оказываются производными от иных абсолютно- или относительно-первичных нормативных предписаний. Исследование данной проблематики позволяет обнаружить целые цепочки правовых велений, демонстрирующие глубинные генетические, преемственные связи, как в системе законодательства, так и в системе права.

Так, положения главы II Конституции РФ, закрепляющие основные права и свободы человека и гражданина, являясь первичными по своей юридической силе, с точки зрения происхождения воспроизводят другие ранее действовавшие правила. Ближайшим источником, то есть относительно-первичными предписаниями для них можно считать текст Конституции РСФСР 1978 года в редакции закона РФ от 21 апреля 1992 года № 2708-1 «Об изменениях и дополнениях Конституции (Основного Закона) РСФСР»³. Сам этот закон, в свою очередь, воспроизводил положения Декларации прав и свобод человека и гражданина 1991 года⁴, являвшиеся для российской правовой системы юридически первичными. Исторически же первичными являются те акты, содержание, которых воспроизводила Декларация: Всеобщей декларации права человека 1948 года и других, многие положения которых почти дословно взяты из еще более ранних источников — документов эпохи Нового времени.

Вторичные нормативно-правовые предписания — это веления, ранее уже излагавшиеся в таком же или измененном виде в другом нормативно-правовом акте большей или меньшей юридической силы. Их появление — результат использования такого технико-юридического приема как *воспроизведение*. Многообразие вторичных предписаний обусловлено, с одной стороны, множеством актов, из которых производится заимствование, а, с другой стороны, степенью точности воспроизведения. Исходя из этого, все классификации вторичных нормативных предписаний строятся на их *соотношении* с первичными, то есть на анализе того, *что и как* воспроизводится. В соответствии с этим говорят о предписаниях замещающих и дублирующих, созданных в результате нисходящего, восходящего или одноуровневого воспроизведения, воспроизводящих первоисточник буквально либо с корректировкой формы или содержания⁵.

Не менее важен и вопрос о том, *откуда* заимствуется воспроизводимая норма. Помимо действующих или ранее действовавших национальных актов все большее значение в современном правовом регулировании приобретают иностранные и международные источники. В многократно упоми-

¹ См.: Поленина С.В. Научные основы типологии нормативно-правовых актов в СССР / С.В. Поленина, Н.В. Сильченко. — М., 1987. — С. 79.

² Давыдова М.Л. Юридическая техника. Проблемы теории и методологии. — Волгоград, 2009. — С. 195.

³ Ведомости СНД РФ и ВС РФ. — 1992. — № 20. — Ст. 1084.

⁴ Постановление ВС РСФСР от 22 ноября 1991 года № 1920-1 «О Декларации прав и свобод человека и гражданина» // Ведомости СНД РФ и ВС РФ. — 1991. — № 52. — Ст. 1865.

⁵ Давыдова М.Л. Юридическая техника. Проблемы теории и методологии. — Волгоград, 2009. — С. 197—199.

нашей сфере нанотехнологий, к примеру, формирование нормативной базы осуществляется одновременно на международном и внутригосударственном уровнях.

С одной стороны, идет разработка международных стандартов в области нанотехнологий. Международные стандарты — это стратегический инструмент, обеспечивающий конкурентоспособность инноваций. Они содержат условия, регулирующие выполнение производственных процессов и помогающие достичь высокого и стабильного качества изделий. При их разработке учитываются требования к изделиям, используемые технологические новинки, вопросы защиты окружающей среды, ряд других факторов. Именно такой подход обеспечивает соответствие стандартизируемых изделий и систем потребностям будущего вне зависимости от страны их производства и применения. Для этого стандарты должны применяться в региональном, а лучше — в общемировом масштабе¹. К примеру, участие в ИСО/ТК 229 ведущих мировых лидеров в области нанотехнологий: США, Великобритании, Японии, Южной Кореи, Китая обеспечивает возможность разработки и принятия международных стандартов, основанных на консенсусе мнений ведущих научных специалистов по всему миру, работающих в области нанотехнологий².

С другой стороны, ряд стран, не ожидая результатов работы общеевропейских комиссий, создает собственное законодательство по техническому регулированию использования продукции нанотехнологий: во Франции предложен закон, по которому производители и импортеры наноматериалов обязаны информировать власти о количестве, свойствах и сфере использования последних, представляя все доступные данные о возможном риске; в Великобритании Королевская комиссия рекомендует перейти от добровольной к обязательной отчетности об использованных наноматериалах; в Германии «Нанокомиссия» настаивает на «прозрачности» данных о продукции и совместно с Министерством по окружающей среде проводит анализ возможности регистрации и маркировки нановключений в масштабах всей страны³. Соответствующие нормативные документы разрабатываются и утверждаются и в России (см., например, постановление Главного государственного санитарного врача РФ от 23 июля 2007 года № 54 «О надзоре за продукцией, полученной с использованием нанотехнологий и содержащей наноматериалы»; постановление Главного государственного санитарного врача РФ от 31 октября 2007 года № 79 «Об утверждении концепции токсикологических исследований, методологии оценки риска, методов идентификации и количественного определения наноматериалов»; приказ Роспотребнадзора от 12 октября 2007 года № 280 «Об утверждении и внедрении методических рекомендаций «Оценка безопасности наноматериалов»; приказ Ростехрегулирования от 11 октября 2007 года № 2753 «О координационном научно-техническом совете по обеспечению единства измерений, стандартизации и подтверждению соответствия продукции наноиндустрии»; письмо Роспотребнадзора от 2 мая 2007 года № 0100/4502-07-32 «О надзоре за производством и оборотом продукции, содержащей наноматериалы»)⁴.

Подобное одновременное правотворчество, предполагающее заимствование значительного количества норм, заставляет поставить вопрос о наличии либо отсутствии преемственности в праве. Можем ли мы говорить о преемственности в случае рецепции или имплементации правовых норм? Ответ на этот вопрос не будет столь однозначным. В.А. Рыбаков, к примеру, обосновывает принципиальные различия между преемственностью и рецепцией как самостоятельными явлениями, указывая, что преемственность носит национальный характер, существует только в рамках определенного государства, а рецепция — явление интернациональное, предполагает взаимодействие различных систем права⁵.

По нашему мнению, стоит говорить о двух уровнях преемственности в праве: *национальном* и *наднациональном*. В первом случае речь идет об исторических предпосылках формирования того или иного правового института в конкретной национальной правовой системе и постепенной его модификации с сохранением основного направления регулирования или целых блоков правовых норм. Именно этот вид преемственности соединяет прошлое и настоящее, не зависит от субъективных факторов и направлен на сохранение индивидуальности национального права в рамках мирового правового пространства⁶.

При этом возможна ситуация, когда подобная историческая преемственность сталкивается с рецепцией или другой формой заимствования. Новые правовые институты в этом случае либо отторга-

¹ См.: Есипова Н. Международная стандартизация и перспективные направления развития электроники // Наноиндустрия. — 2010. — № 3 // <http://www.nanoindustry.su/issue/2010/3/6>

² См.: Хохлявин С. Нанотехнологии и стандарты — неразрывный симбиоз // Наноиндустрия. — 2010. — № 3 // <http://www.nanoindustry.su/issue/2010/3/9>

³ См.: Акопов Э. Евросоюз: техническое регулирование в сфере нанотехнологий // Наноиндустрия. — 2010. — № 3 // <http://www.nanoindustry.su/issue/2010/3/5>

⁴ Официальный сайт РОСНАНО // <http://www.rusnano.com/Post.aspx/Show/14513>

⁵ См.: Рыбаков В.А. Преемственность в отечественном праве в переходный период: общетеоретические вопросы: Автореф. дис... д-ра юрид. наук. — Омск, 2009. — С. 11.

⁶ См. там же.

ются национальной правовой системой, либо воспринимаются ею с большей или меньшей степенью видоизменения. В контексте конкретной правовой системы этот процесс выглядит как прерывание исторической линии преемственности, как более или менее успешная борьба с вторжением в нее инородных норм. В глобальном же масштабе успешное встраивание заимствованной нормы в национальную систему позволяет говорить о *наднациональной* преемственности.

Ключевой акцент в анализе проблемы преемственности перемещается, в данном случае, с вопроса «откуда?» (откуда взяты те или иные нормы, есть ли у них исторические корни в данной правовой системе) на вопрос «куда?» (пригодна ли «местная почва» для новых правовых институтов, *приемлемы* ли они для нее). Если новые нормы «прижились» и естественным образом восприняты правовой системой-реципиентом, то вполне правомерно вести речь о преемственности между ней и системой-донором.

Вторым элементом, составляющим технико-юридический механизм преемственности в праве, наряду с технологией, являются *средства обеспечения преемственности*. Если технология отражает правовую динамику, то средства — это наиболее статичные элементы, характеризующие и обуславливающие стабильность правового содержания. Важнейшую роль в рассматриваемом механизме играют два средства юридической техники, в определенной мере дополняющие друг друга: правовые аксиомы и юридические конструкции.

Под правовыми аксиомами традиционно понимаются такие правовые положения, которые в результате проверки многовековой общественно-исторической практикой стали непреложными, исходными элементарными истинами — привычными и самоочевидными, вне которых невозможно существование права как социального явления¹.

Юридическая конструкция — разработанная доктриной и принятая юридическим научным сообществом идеальная модель, позволяющая теоретически осмыслить, нормативно закрепить, обнаружить в правовом тексте и в реальных юридических отношениях закономерную, последовательную, логичную взаимосвязь структурных элементов различных правовых явлений².

Соотношение данных правовых явлений целесообразно рассматривать через призму общих и отличительных черт. Сходство заключается в следующем. Во-первых, и аксиомы и конструкции вырабатываются в течение многовековой истории, многократно проверяются, совершенствуются, уточняются практикой и являются поэтому достижениями мировой юридической мысли. Во-вторых, оба эти правовых явления характеризуют устойчивые «вечные» черты и свойства права, обеспечивают преемственность в его развитии. «Нормы права могут меняться от росчерка пера законодателя. Но в них и немало таких элементов, которые не могут быть произвольно изменены, поскольку они теснейшим образом связаны с нашей цивилизацией и нашим образом мыслей. Законодатель не может воздействовать на эти элементы, точно так же, как на наш язык или нашу манеру размышлять»³. Нет сомнений, что к числу подобных элементов относятся, в первую очередь, юридические конструкции и правовые аксиомы.

Возможно, именно это сходство дает иногда исследователям основания для отождествления рассматриваемых правовых явлений. Так, А.В.Масленников под аксиомами понимает логические формулы, выступающие в качестве: 1) средств упорядочения последовательности каких-либо юридически значимых действий в целях успешного решения поставленной мыслительной задачи (*на самом деле речь, вероятно, идет о юридических конструкциях*, — М.Д.); 2) блока информации, обладающего определенной истинностью, ценностью и аргументационной силой, организационным и программирующим воздействием на ход мыслительной деятельности⁴.

Думается, отождествление аксиом и конструкций, как на нормативном, так и на доктринальном уровне необоснованно. Юридическая конструкция характеризует *форму* правового явления, описывает его структуру, строение, дает условную схему, которая может быть наполнена различным содержанием. Другими словами, конструкция представляет собой метод юридического мышления, с помощью которого могут быть осмыслены различные по содержанию правовые явления. В противоположность этому, аксиома выражает *содержание* права, его нравственную общечеловеческую сущность.

Этим различием определяется и та роль, которую указанные средства юридической техники играют в процессе обеспечения преемственности в праве.

Аксиомы как общепризнанные правовые истины отвечают за *содержательную* преемственность права, выступая при этом средствами обеспечения, в первую очередь, наднациональной (универ-

¹ Ференс-Сороцкий А.А. Аксиомы и принципы гражданско-процессуального права: Автореф. дис... канд. юрид. наук. — Л., 1989. — С. 4.

² Давыдова М.Л. Юридическая техника. Проблемы теории и методологии. — Волгоград, 2009. — С. 152.

³ Давид Р. Основные правовые системы современности / Р. Давид, К. Жоффре-Спинози; Пер. с фр. В.А.Туманова. — М., 1999. — С. 19—20.

⁴ Масленников А.В. Правовые аксиомы: Автореф. дис... канд. юрид. наук. — Владимир, 2006. — С. 18.

сальной) правовой преемственности. Идеи, выражаемые правовыми аксиомами, признаются разными правовыми системами и транслируют дух права через эпохи и государственные границы¹.

Помимо общечеловеческих идей и ценностей, выражаемых такими аксиомами, есть, безусловно, ценности, лежащие в основе конкретной национальной правовой культуры. К примеру, идеи коллективизма в восточной культуре и индивидуализма в западной обуславливают приоритеты правового развития в конкретных странах, характеризуя сущность и идейную основу соответствующих правовых систем. Сказанное дает основания, наряду с универсальными, говорить о существовании национальных правовых аксиом, обеспечивающих, в свою очередь, национальную (историческую) преемственность права.

Таким образом, правовые аксиомы (универсальные и национальные — каждые на своем уровне) выступают важнейшим средством, благодаря которому право *остаётся самим собой*, сохраняя соответствие существующим в общественном сознании идеалам нравственности и справедливости.

Обращаясь к юридическим конструкциям, следует подчеркнуть, что они отвечают за преемственность формы, а точнее, *внутренней логической структуры* права. Конструкции, в отличие от правовых аксиом, не могут быть оценены с точки зрения справедливости или нравственности, они представляют собой «чистое правовое знание» без лишнего конкретно исторического или фактического содержания. Роль юридических конструкций в качестве средства обеспечения преемственности в праве заключается в том, что они «составляют ядро правового знания и транслируются через эпохи, сохраняя свою ценность независимо от философских картин мира, этических императивов и научных парадигм»².

Это вовсе не означает, что сами конструкции остаются неизменными на протяжении веков. Неизменна их роль, как формы юридического мышления, как способа, с помощью которого юристы осмысливают окружающую действительность. При этом каждая конструкция в отдельности имеет собственную историю, развивается и совершенствуется в течение всего периода своего существования, выражая степень познания общественных отношений, уровень правового мышления, существующий на данном этапе.

Однако, если конструкции не статичны, то каким образом они могут обеспечивать стабильность и преемственность правового регулирования? По нашему мнению, ответ на этот вопрос кроется в понимании природы юридических конструкций как *доктринального* средства юридической техники.носителем юридической конструкции и основным фактором ее развития являются не общественные отношения и не действующее законодательство, а осмысливающая их *правовая доктрина*. Именно поэтому скорость, а главное, причины модификации или трансформации юридической конструкции не обусловлены напрямую динамикой изменчивой и текучей материи позитивного права. Для законодателя и правоприменителя в каждый конкретный исторический момент правовая доктрина несет в себе относительно стабильное знание об оптимальных (проверенных опытом) способах и средствах правового регулирования.

Предложенная структура механизма обеспечения преемственности в праве является достаточно схематичной и не содержит исчерпывающего перечня элементов. Нами, к примеру, были оставлены без внимания такие средства юридической техники, как правовые символы, теснейшим образом связанные с глубинными слоями общественного сознания и всегда несущие в себе отсылку к прошлому. Однако в целом данный механизм, включающий, с одной стороны, средства, а, с другой — технологию обеспечения преемственности, позволяет, как нам кажется, показать, каким образом новое, переплетаясь со старым, образует единую ткань права.

Метафора «ткань права» в данном случае как нельзя более точно отражает суть процесса правообразования. Как любая ткань, правовая имеет свою основу — прочные нити, которые тянутся из прошлого в будущее и обеспечивают неразрывность полотна. Эту основу составляют наиболее устойчивые элементы права: юридические конструкции, правовые аксиомы, символы и т. д. Носителями их являются, с одной стороны, правовая доктрина, накапливающая и транслирующая через эпохи достижения мировой юриспруденции, а, с другой — национальный менталитет, язык, традиция, образующие «механизм памяти» (В.А. Рыбаков) конкретного общества. Между нитями основы в определенном порядке вплетаются менее прочные разноцветные поперечные нити — нормы позитивного права. Располагаются они не произвольно, а в соответствии с определенными канонами. Некоторые нити являются абсолютно новыми, отдельные элементы, наоборот, повторяют те, что были использованы ранее, другие — заимствуют краски чужих полотен. Рисунок, образуемый ими, не должен быть старомодным, но, каким бы ультрасовременным он не казался, структура орнамента никогда резко не меняется — старые узоры гармонично перетекают в новые, образуя общую картину, определяя то, как будет выглядеть ткань сегодняшнего, современного права.

¹ Подробнее см.: Давыдова М.Л. К вопросу о понятии правовых аксиом: теоретические и технико-юридические аспекты // Юридическая техника. — 2007. — № 1.

² Тарасов Н.Н. Методологические проблемы юридической науки. — Екатеринбург, 2001. — С. 257.

А.Н. Бабай

Бабай Александр Николаевич — кандидат юридических наук, профессор, заслуженный юрист Российской Федерации, начальник Дальневосточного института повышения квалификации Федеральной службы Российской Федерации по контролю за оборотом наркотиков

Модернизация российского права, регламентирующего борьбу с незаконным оборотом наркотиков: тенденции и перспективы

Модернизацию российского права следует понимать как комплексный, многосторонний, длительный процесс, направленный на приспособление к российским реалиям общечеловеческих ценностей (национальный аспект модернизации), а также на дальнейшую унификацию и стандартизацию правовых систем современности, приведение российского права в соответствие с общепризнанными принципами и нормами международного права (глобальный аспект модернизации).

Как в общечеловеческих ценностях, так и в международно-правовых стандартах воплощаются естественные права и свободы личности. Поэтому целью модернизации российского права является максимальное воплощение в нем естественных прав человека и их гарантирование со стороны государства.

Приоритет прав и законных интересов личности как атрибутивный признак правового государства никем не подвергается сомнению. Каждое субъективное право человека достойно уважения и требует соответствующих усилий со стороны властных структур по его обеспечению и защите. Но субъективные права граждан по природе своей разные.

Большинство прав и свобод связаны с удовлетворением потребностей конкретного человека (право на труд, отдых, получение образования, свобода творчества, выбора рода занятий, профессии и т. п.), и их нарушение вредит только данному человеку и в какой-то степени его ближайшему окружению.

Но есть и такая категория прав, нарушение которых сопряжено с интересами многих, целых социальных общностей. Речь идет о так называемых коллективных правах или правах третьего поколения. К их числу можно отнести право на достойное существование, безопасные условия жизнедеятельности людей, здоровую экологию. Неслучайно посягательства на эти права причисляют к глобальным угрозам человечеству. Статус такой угрозы уже давно получил, например, международный терроризм.

Однако до сих пор Организация Объединенных Наций не решается присвоить этот статус транснациональной наркопреступности, в орбиту которой вовлекаются все новые и новые жертвы и страдают интересы многих миллионов людей во всех уголках земного шара. Введение такого статуса позволило бы применять высшие формы международно-правового принуждения (экономические санкции, вооруженные силы) к государствам, криминальным синдикатам, специализирующимся на производстве и незаконном распространении наркотиков.

А то, что криминальный наркотизм на рубеже XX—XXI веков стал острейшей проблемой мирового сообщества, приобрел угрожающие масштабы для всей земной цивилизации, затрагивая практически все страны мира, — очевидно для всех.

Сегодня угроза гибели человечества исходит не столько от техногенных катастроф (например, аварии на АЭС в японском городе Фукусима) или природно-климатических катаклизмов (наводнения, оползни, землетрясения), а скорее от стремительного распространения наркотиков и той эпидемии их незаконного употребления, которая приобретает масштабы глобальной катастрофы.

По данным ООН, более 200 млн человек в возрасте от 5 до 64 лет употребляют наркотики. Из них каждый восьмой — наркозависимый, практически не поддающийся лечению.

Средняя продолжительность жизни наркомана — 8 лет. Но за эти годы он вовлекает в эту бездну до 50, а то и более, человек. Отсюда армия наркоманов не только воспроизводится, но и из года в год растет. Поэтому назрела необходимость введения в оборот международной политики нового вида безопасности — антинаркотической. В этой связи весьма символичным представляется тот факт, что уже во всем мире 26 июня отмечается как Международный день борьбы с наркоманией.

Не отличается от мировых тенденций и наркоситуация в России.

Если в 1990 году в России диагноз «наркомания» был поставлен врачами всего 4,6 тысячам человек, в 1996 году — уже 30,4 тысяч, в 2000 году — 73,3 тысячам, то в 2010 году — уже 358 тысячам человек, то есть за 20 лет количество наркоманов в стране возросло примерно в 75 раз¹.

¹ См.: Овчинский В.С. О развитии наркоситуации в России: как обезвредить мины на российском наркополе // Наркоконтроль. — 2011. — № 1. — С. 11.

Цифры упрямо свидетельствуют об ухудшении наркоситуации в нашей стране. Однако до сих пор у нас не сложилась единая система учета наркоманов.

По данным рабочей группы Президиума Государственного совета Российской Федерации, количество официально зарегистрированных в России лиц, употребляющих наркотики, составляет более 600 тысяч человек¹.

Директор ФСКН России В.П. Иванов неоднократно приводил цифру: 2,5 миллиона наших соотечественников зависят только от наркотиков опиумной группы. И если к ним добавить наркоманов, предпочитающих другие виды наркотиков, то их общее количество вырастет в несколько раз. Неслучайно эксперты ООН полагают, что реальная цифра потребителей наркотиков в Российской Федерации превышает 6 миллионов человек.

По сведениям руководителя Роспотребнадзора Г. Онищенко, «во всех странах Европы зарегистрировано около миллиона наркоманов. У нас же на 142 миллиона населения 2,5 миллиона приверженцев дурмана. Официально зарегистрированных. А статистика тут такая: на одного зарегистрированного приходится в среднем 7 незарегистрированных»². Если применить такую методику подсчета, наркозависимых в стране окажется не 2%, а более 12% от общей численности населения.

Если учесть, что это в основном люди трудоспособного возраста, к тому же с репродуктивной функцией, то серьезность и масштабность наркоугрозы для Российской Федерации приобретает устрашающие размеры. Именно наркоугрозу следует считать главной опасностью для существования Российского государства, да и многонационального российского народа.

В условиях такой путаницы в статистических данных чрезвычайно актуальна задача мониторинга наркоситуации, который должен показать истинное положение дел в этой сфере. Однако до сих пор не сложилась единая система мониторинга наркоситуации в стране. Наркологи, социологи, представители правоохранительных органов закладывают разные параметры в определение самой наркоситуации. Так, нет единства мнений между ними по вопросу о критериях отнесения тех или иных лиц к категориям: потребители наркотиков; наркозависимые или больные с диагнозом «наркомания». Не могут договориться и относительно единообразного понимания ряда других оценочных показателей.

В геометрической прогрессии растет число выявленных преступлений, связанных с незаконным оборотом наркотиков. За последние 20 лет их количество возросло в 15 раз и достигло 238,5 тысяч в 2009 году³.

Но что интересно, если численность наркоманов, только официально учтенных Минздравсоцразвития России, выросла, как отмечалось, в 75 раз, то число наркопреступлений за этот же период увеличилось лишь в 15 раз. И еще один настораживающий факт: если в стране миллионы лиц, систематически употребляющих наркотики, а количество соответствующих преступлений исчисляется двумя с небольшим сотнями тысяч, то это наводит на определенные размышления. Этих преступлений также должно быть несколько миллионов. Ведь каждый факт приобретения наркоманом очередной дозы — это уже преступление со стороны тех, кто эту дозу продает!

Впрочем, достаточно статистики. И так очевидно, с учетом истинных масштабов наркомании и наркопреступности, они давно уже вошли в число угроз национальной безопасности, переросшей границы одного государства и достигшей уровня угрозы планетарного характера.

Что же происходит в современной России и мире в целом в сфере противодействия незаконному обороту наркотиков? Насколько адекватно реагируют государство и общество на складывающуюся ситуацию? Модернизируются ли международное право и национальные правовые системы, в частности российское право, в соответствии с наметившимися негативными тенденциями?

С одной стороны, налицо все необходимые атрибуты активной борьбы с распространением наркотиков. Сложился даже определенный национальный антинаркотический механизм. С 2003 года действуют специализированные органы наркоконтроля. Сформирован аппарат Государственного антинаркотического комитета для координации деятельности всех противодействующих наркоугрозе сил. Во всех субъектах Российской Федерации заработали антинаркотические комиссии во главе с губернаторами (главами республик). В 2009 году принята Концепция государственной антинаркотической политики на 2010—2020 годы, а в 2010 году Президентом Российской Федерации утверждена Стратегия государственной антинаркотической политики.

И на международном уровне есть соответствующий механизм противодействия наркопреступности. Существует Управление ООН по наркотикам и преступности. Еще 50 лет назад принята Единая Конвенция ООН о наркотических средствах, а 40 лет назад — Конвенция о психотропных веществах. В Конвенции о борьбе против незаконного оборота наркотических средств и психотропных веществ 1988 года перечислены соответствующие действия, которые государства должны признавать престу-

¹ <http://www.rian.ru/antidrugs/20110418/365802426.html>

² Онищенко Г. Заместительная терапия // Российская газета. — 2009. — 17 марта.

³ См.: Овчинский В.С. О развитии наркоситуации в России: как обезвредить мины на российском наркополе // Наркоконтроль. — 2011. — № 1. — С. 11.

плениями¹. А вообще в этой сфере действует более 200 международно-правовых актов, ратифицированных Россией².

Но как практически реализуются все эти акты и действуют соответствующие правоохранительные органы? Анализ данного вопроса позволяет сделать вывод о наличии противоречивых тенденций, характеризующих динамику соответствующей нормативно-правовой базы и вытекающих из нее основных направлений борьбы с наркоманией и наркопреступностью.

В июне 2011 года Глобальная комиссия ООН по оценке борьбы с распространением наркотиков, в которую входят весьма авторитетные люди: Кофи Аннан, бывший Генеральный секретарь ООН, бывшие президенты Мексики, Колумбии, Бразилии, экс-премьер Греции и другие, пришла к выводу, «что легализация наркотиков во всем мире и прекращение уголовного преследования наркоманов будут более эффективны, чем война против распространения наркотических веществ». В экспертном докладе отмечается, что борьба с наркотиками привела лишь к усилению наркоторговли и организованной преступности. При этом она обходится налогоплательщикам в миллионы долларов и уносит жизни тысяч людей. Авторы доклада выступили с критикой в адрес правительств тех государств, которые считают силовые методы борьбы с распространением наркотиков эффективными³.

Кстати, вышеуказанные выводы комиссии ООН не отличаются новизной и оригинальностью. Еще 25 октября 1990 года Комитет конституционного надзора СССР принял Заключение № 8 (2-10) «О законодательстве по вопросу о принудительном лечении и трудовом перевоспитании лиц, страдающих алкоголизмом и наркоманией», в соответствии с которым «потребление наркотиков приравнивалось к неотъемлемому праву человека, который ни перед кем не обязан бережно относиться к собственному здоровью». Согласно данному решению юридическая ответственность за потребление наркотиков без назначения врача (как уголовная, так и административная) была объявлена несовместимой с новой демократической Россией⁴. Данная норма просуществовала чуть больше года и 5 декабря 1991 года была отменена. Порочность данного подхода, основанного на мнимой гуманизации отношения к наркоманам, игнорирующего колоссальные негативные социальные последствия такой либерализации, очевидна. Российская политическая и юридическая доктрины не поддерживали и не поддерживают подобные взгляды, хотя в мире они имеют немало сторонников, в частности в США, других странах НАТО. Известно, что после введения войск НАТО на территорию Афганистана, эта страна вышла на первое место в мире по производству героина (90% его изготавливается на афганской территории), а с 2008 года — и на первое место в мире по производству гашиша. Все это во многом произошло из-за попустительства коалиционных сил, не желающих противодействовать незаконному производству афганских наркотиков и их распространению в Европу и Азию.

Другая тенденция, проявляющаяся при модернизации отечественного законодательства, регулирующего рассматриваемую сферу, — усиление репрессивных мер.

В апреле 2011 года Министерство юстиции Российской Федерации предложило рассмотреть возможность введения уголовной ответственности за употребление наркотиков, а Федеральная служба Российской Федерации по контролю за оборотом наркотиков поддержала эту инициативу, конкретизировав ее: да, нужно криминализировать указанное деяние, но с предоставлением альтернативы в виде возможности лечения наркозависимых, вплоть до полного их выздоровления. Это же можно сделать и в отношении лиц, совершивших незначительные преступления в погоне за средствами для приобретения наркотиков. Отказалось такое лицо от лечения или уклонилось от него — тогда колония. Но по опыту стран, где такая система имеется (Швеция, Франция), нет желающих идти на тюремные нары, если есть альтернатива лечения от наркозависимости.

Кроме того, нередко звучат предложения об усилении уголовной ответственности за имеющиеся в Уголовном кодексе Российской Федерации составы преступлений (сбыт наркотиков, вовлечение в наркопотребление и др.). Хотя и действующие нормы содержат довольно жесткие санкции. Например, статья 228¹ УК РФ за сбыт наркотикосодержащих средств предусматривает от 4 до 8 лет лишения свободы; в крупном размере или в составе группы — от 5 до 12; в особо крупном размере — от 8 до 20 лет лишения свободы.

Другое дело, что наши суды выносят слишком мягкие приговоры за эти деяния. Сорок процентов лиц, совершивших наркопреступления, получают условное лишение свободы, много выносится наказаний ниже низшего предела, установленного санкцией соответствующей нормы⁵.

Понятно, что в каждом конкретном случае суд руководствуется какими-то здравыми соображениями, учитывает все обстоятельства дела, но в целом просматривается весьма либеральное отно-

¹ См.: Международное публичное право: Сборник документов. — М., 1996. — Т. 2. — С. 71—82.

² См.: Ковалев Н. Наркобизнес. Терроризм. Коррупция // Наркомат. — 2003. — № 1.

³ См.: <http://top.rbc.ru/society/02/06/2011/598415.shtml>

⁴ См.: Ведомости СНД СССР и ВС СССР. — 1990. — № 47. — Ст. 1001.

⁵ См.: Овчинский В.С. О развитии наркоситуации в России: как обезвредить мины на российском наркополе // Наркоконтроль. — 2011. — № 1. — С. 12.

шение к данной категории дел со стороны судей. Некоторые распространители наркотиков, имея по несколько судимостей за эти деяния, продолжают торговать наркотическим зельем. В такой ситуации воспитательная функция юридической ответственности явно не срабатывает.

При существовании диаметрально противоположных точек зрения относительно перспектив модернизации антинаркотического законодательства важно учитывать не только взгляды политиков, ученых, профессионалов-практиков, но и мнение рядовых членов общества. Между тем в общественном сознании преобладает мысль об ужесточении наказаний к лицам, совершившим наркопреступления, вплоть до пожизненного лишения свободы, а то и смертной казни.

В связи с этим ФСКН России обратилась в Государственную Думу Российской Федерации с предложениями:

А) дополнить статью 228¹ УК РФ еще одной категорией сбыта наркотиков — в сверхкрупном размере с санкцией, предусматривающей пожизненное лишение свободы;

Б) выделить контрабанду наркотиков в самостоятельный состав преступления;

В) установить возможность конфискации имущества за отдельные виды наркопреступлений.

В ноябре 2010 года Государственная Дума Российской Федерации приняла в первом чтении законопроект, ужесточающий наказание за сбыт наркотиков или их аналогов в СИЗО, колониях, школах, вузах, на спортивных объектах, в ночных клубах.

Но что даст это ужесточение, если одновременно в стране провозглашается курс на гуманизацию и либерализацию уголовной ответственности, прогнозируется сокращение заключенных на одну треть¹?

А мы знаем, как рьяно выполняются у нас директивы в части сокращения количества людей, средств на их содержание (будь это государственные служащие, заключенные или еще кто-либо).

На наш взгляд, политика гуманизации не должна распространяться на сбытчиков наркотиков.

Еще одна тенденция борьбы с наркоманией и сопутствующими ей явлениями — внедрение «заместительной» метадоновой терапии.

Метадон был синтезирован в фашистской Германии, получил название «адольфин» и изначально применялся как болеутоляющее средство для раненых. Со временем в некоторых странах, например США, Украине, стали применять это лекарственное средство в качестве заменителя сильнодействующих наркотиков в больницах, местах лишения свободы, когда наркозависимый испытывает ломку и ему надо дать дозу, дабы он не совершил суицид или не убил кого-нибудь, не совершил разбойное нападение, грабеж, кражу.

Время показало, что метадон также вызывает привыкание и наносит огромный вред организму, а смертность от него выше, чем в героиновой среде.

Сегодня США активно навязывают миру метадоновую терапию. Но движет ими не желание избавить человечество от наркоугрозы, а коммерческий интерес. На складах компаний-производителей скопилось большое количество этого препарата. Они терпят убытки и лоббируют в разных странах разрешение на контролируемое использование метадона. Необходимо сделать все, чтобы это лобби не победило, в том числе в правотворческих органах Российской Федерации.

Серьезная проблема на пути противодействия наркомании и наркопреступности — появление новых видов завуалированных наркотиков, требующих времени для их идентификации в качестве таковых, а также новых форм и методов профилактики и пресечения их изготовления и распространения. И речь здесь не только о дезоморфине, который изготавливается из кодеиносодержащих лекарственных препаратов, свободно реализующихся в аптечной среде, курительных смесях и целом ряде других препаратов, в основном медицинского предназначения, из которых легко изготавливаются наркотики. В год создается от 20 до 50 таких новых наркотиков, многие из которых гораздо токсичнее героина. Так, тот же дезоморфин в 15 раз превышает по силе разрушительного воздействия на человека героин. Такие данные были озвучены в докладе директора ФСКН России В.П. Иванова на заседании Государственной Думы Федерального Собрания Российской Федерации в рамках «правительственного часа», 30 июня 2010 года. Наше право в силу своей консервативности явно отстает от стремительно меняющейся наркоситуации.

В связи с этим заслуживает внимания еще одна проблема, связанная с использованием Интернета.

18 апреля 2011 года в Иркутске на заседании Президиума Государственного Совета Российской Федерации Президент Российской Федерации Д.А. Медведев озвучил интересный факт. Набрал он в поисковой системе «Яндекс» слово «дезоморфин», и сразу же высветилась строка «способ изготовления».

Территориальными органами ФСКН России выявлен 1041 интернет-сайт, на которых размещена информация о распространении наркотических средств, курительных смесей. Только за первый квартал 2011 года в ходе оперативно-розыскных мероприятий на ресурсах сети «Интернет» заблокировано 22 сайта, возбуждено 426 уголовных дел, привлечено к уголовной ответственности 134 человека.

¹ См.: Овчинский В.С. О развитии наркоситуации в России: как обезвредить мины на российском наркополе // Наркоконтроль. — 2011. — № 1. — С. 12.

Таким образом, мы сталкиваемся с новым видом наркопреступности — киберпреступлениями. И уже в Интернете появились цифровые наркотики. Их сущность заключается в том, что звучание определенных слов, звуков вызывает состояние человека, схожее с наркотическим опьянением. Готовы ли наши правоохранительные органы к борьбе с такими преступлениями?

Впрочем, только ли правоохранительные органы должны бороться с наркопреступностью? Одними полицейскими мерами ее не победишь. Это задача едва ли не всех институтов гражданского общества. На переднем крае этой борьбы должны быть органы наркоконтроля. Однако не надо думать, что с их созданием иные силовые структуры государства могут устраниваться от этого дела. А такая тенденция, в связи с реформой МВД России и вступлением в силу Федерального закона «О полиции», наметилась. В этом отношении показателен пример США, где давно и небезуспешно функционирует специальное подразделение по борьбе с незаконным оборотом наркотиков — DEA, но при этом оно изымает из незаконного оборота лишь 20% наркотиков, а 80% приходится на долю уголовной полиции¹.

Подводя итог вышесказанному, сделаем вывод: несмотря на сложную внутреннюю и международную наркоситуацию, наличие противоречивых тенденций в сфере борьбы с незаконным оборотом наркотиков, в России определены оптимальные пути противодействия наркомании и наркопреступности. Содержатся они в статье 5 Стратегии государственной антинаркотической политики Российской Федерации до 2020 года:

1. Сократить предложение наркотиков путем: а) пресечения их нелегального производства и оборота внутри страны; б) противодействия наркоагрессии извне.

2. Сократить спрос на наркотики путем совершенствования профилактической, лечебной и реабилитационной работы. Это едва ли не самая сложная задача, поскольку на конец 2010 года в России насчитывалось всего 12 наркобольниц, 4 наркологических реабилитационных центра (для сравнения в Китае таковых 600), 118 наркологических диспансеров, имеющих стационары. Указанный фонд позволяет пролечить не более 2% стоящих на учете наркобольных. Однако при средней продолжительности лечения в 14 дней, можно провести разве что детоксикацию, но излечить нельзя².

3. Развить и укрепить международное сотрудничество в сфере контроля над наркотиками. Свою лепту в решение этой задачи вносит и Дальневосточный институт повышения квалификации ФСКН России, уровень подготовки специалистов в котором, по оценкам зарубежных партнеров, соответствует мировым стандартам. За четыре последних года преподаватели института выезжали в Армению, Белоруссию, Кыргызстан, Казахстан, Камбоджу с целью обучения наркополицейских указанных стран. А с департаментом по борьбе с наркотиками Министерства общественной безопасности Китайской Народной Республики, а также с Министерством юстиции и внутренних дел Монголии налажены двусторонние взаимовыгодные отношения, и обмен делегациями стал регулярным.

Успех в деле борьбы с незаконным оборотом наркотиков в значительной степени связан с наращиванием усилий по указанным трем направлениям.

Понятно, что Стратегия государственной антинаркотической политики Российской Федерации до 2020 года определила лишь ориентиры модернизации российского права, правоохранительной системы, медицинских учреждений.

Однако эффективность функционирования правоохранительных органов, реабилитационных центров, больниц, поликлиник, иных субъектов антинаркотической деятельности напрямую зависит от качества законодательства, регламентирующего данную деятельность.

Сегодня сделаны первые шаги в становлении нового комплексного правового института — антинаркотического права, приняты первые нормативные правовые акты. Вот почему можно говорить лишь о тенденциях и перспективах модернизации российского права в этой сфере. Предстоит большая и кропотливая работа законодателя по систематизации имеющейся нормативно-правовой базы, разработке и принятию новых законов и подзаконных актов антинаркотической направленности.

¹ См.: *Овчинский В.С.* О развитии наркоситуации в России: как обезвредить мины на российском наркополе // Наркоконтроль. — 2011. — № 1. — С. 13.

² См. там же. — С. 13.

В.М. Баранов

Баранов Владимир Михайлович — доктор юридических наук, профессор, заслуженный деятель науки Российской Федерации, помощник начальника Нижегородской академии МВД России по инновационному развитию научной деятельности, главный научный сотрудник Института правовых исследований Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики», заместитель декана факультета права Нижегородского филиала Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики», президент Нижегородского исследовательского научно-прикладного центра «Юридическая техника»

Политико-идеологические пределы преемственности юридической техники

Предлагая столь «заостренное» название статьи, отдаю себе отчет в том, что у многих исследователей оно вызовет недоумение, а может быть даже и раздражение. Такая реакция вполне оправдана в силу ряда обстоятельств.

Одно из рациональных оснований предполагаемой отрицательной реакции зиждется на общепринятом и давно сложившемся мнении многих поколений юристов, согласно которому преемственность в сфере юридической техники используется наиболее широко и в целом относительно просто, как правило, безболезненно.

Другое не менее рациональное основание возможного негативного отношения к постановке мною проблемы в такой формулировке сводится к тому, что юридическая техника идеологически нейтральна, политически стерильна, лишена социально-классовой обусловленности.

И, естественно, исходя из таких методологических посылок вести речь о политико-идеологических пределах преемственности юридической техники, по крайней мере, неуместно. А в современных условиях либерализации и демократизации общественной жизни, может быть, и несвоевременно.

Думается, однако, что вышеприведенные основания в отечественной (да, насколько нам известно, и в зарубежной) юридической науке серьезной проверке, глубокому специальному анализу не подвергались. Нельзя утверждать, что поставленная проблема не осознается никем из ученых, и никто из правоведов не ощущает ее научно-методической «зыбкости». Совсем недавно, коснувшись этой проблемы ростовский исследователь С.Н. Болдырев¹. Именно коснулся, поскольку определенного теоретически аргументированного решения проблемы он все-таки не предложил.

Кратко рассмотрим логику его подхода и затем попытаемся **дать собственное видение этой научно-практической проблемы**.

Исходный проблемный вопрос С.Н. Болдыревым сформулирован предельно конкретно и по сути правильно — имеет ли содержательный потенциал юридической техники (юридических технологий) социальную окраску, политико-волевую составляющую, обслуживает ли он социальные интересы или же находится сугубо в своей нише, в изоляции от социальных структур².

Далее С.Н. Болдырев дает неполный, несколько субъективный, но показательный обзор позиций по этому вопросу в советской социалистической юридической науке. Л.С. Явича он относит к сторонникам классового подхода к юридической технике, однако конкретных его высказываний не приводит, ограничиваясь ссылкой на «сталинабадскую» книгу профессора от 1957 года. «Широкою», по его убеждению, поддержку нашла другая позиция, согласно которой приемы юридической техники в их буквальном понимании лишены классовой обусловленности³.

Затем С.Н. Болдырев обращается к классическому коллективному труду советских правоведов и приводит следующую позицию: «Правила законодательной техники, будучи техническими нормами, не имеют социально-классовой направленности. Такая направленность проявляется в применении или, наоборот, неприменении этих правил, в выборе технических средств правотворчества, что зависит от сущности права того или иного типа, от целей, которые ставит перед собой законодатель, от

¹ См.: Болдырев С.Н. К вопросу о реализации арсенала юридической техники и правовых технологий // Философия права. — 2010. — № 5 (42). — С. 14—18.

² См. там же. — С. 17.

³ См.: Красвчиков О.А. Советская наука гражданского права // Ученые труды Свердловского юридического института. Серия: Гражданское право. — 1961. — Т. VI. — С. 121.

социально-политических интересов, отражаемых в законодательстве. Многие технические приемы подготовки проектов нормативных актов могут одинаково обслуживать правотворческую практику и буржуазных и социалистических государств»¹. В этих суждениях С.Н. Болдырев усматривает косвенное признание социально-классовой обусловленности юридической техники.

С.С. Алексеев по этому поводу пишет: «В демократическом праве используются определенные средства и приемы юридической техники прошлого. Юридическая техника играет существенную роль в обеспечении эффективности права, в укреплении законности. Полное и правильное использование всех средств и приемов на основе отработанных правил юридической техники обеспечивает точное выражение содержания правовых актов, их доходчивость и доступность, возможность наиболее рационального их использования в практической работе. Уровень юридической техники — один из показателей уровня юридической культуры в стране»².

Совершенно очевидно, что три процитированных выше автора пишут о разных вещах и оперируют разными категориями и только на первый взгляд кажется, что речь идет об одном и том же.

Одно дело социально-классовая, политико-идеологическая, экономическая, демографическая, культурно-воспитательная и иная **обусловленность** юридической техники.

Другое дело — идейно-политическая, национально-географическая, религиозная и иная **направленность использования** юридической техники.

И совсем иное — **политико-идеологическое содержание** самой юридической техники.

Наиболее распространенный довод противников «идеологичности» юридической техники предельно прост — не юридическая техника подвержена идеологическому воздействию, не она отражает ее, а *применение* (использование) приемов юридической техники носит идеологический характер, имеет политическую подоплеку.

Здесь вполне уместна аналогия — почти все юристы (как ученые, так и практики) ныне признают, что дефектны те юридические нормы, которые не содержат механизм собственной реализации. Нельзя бесконечно сетовать — правовая норма «сконструирована» хорошо, а вот механизм ее реализации отсутствует. Механизм реализации юридического установления — *атрибут* (то есть неотъемлемый элемент) государственного правила и его отсутствие означает отсутствие его как регулятора.

Точно также обстоит дело и с конкретными приемами юридической техники — они не могут не зависеть от идеологии государства ни в содержании, ни в реализации.

«Разрывать» идеологическое начало содержания любого приема юридической техники и его применения ни доктринально, ни практически нельзя. Делать это можно (что в реальности порой и случается) только по идеологическим мотивам и причинам.

Есть весьма деликатные нюансы рассматриваемой мною темы. Участвуя в обсуждении Отчета о деятельности Правительства Российской Федерации за 2010 год, Председатель Государственной Думы, руководитель фракции «Единая Россия» Борис Грызлов, в частности, заявил следующее:

«В целом в 2010 году голосами «Единой России» были приняты 65 законов, внесенных Президентом Российской Федерации и 179 законов, внесенных Правительством Российской Федерации»³. Заметьте — «голоса «Единой России»», а не голоса депутатов, не голоса партийной фракции в Государственной Думе Федерального Собрания Российской Федерации. Надо ли, верно ли делать такой политико-идеологический акцент при оценке законотворческой работы? Думаю — нет.

В ходе этого же обсуждения заместитель Председателя Государственной Думы и руководитель фракции ЛДПР Владимир Жириновский с возмущением привел такой факт — сложилась система, при которой профильные правовые комитеты по целому году не включают в повестку дня рассмотрение некоторых вопросов и законопроектов от партии ЛДПР. Вот его оценочный спич: «Ну внесите в повестку дня, мы просим. *И вы же проголосуете против* (курсив наш. — **В.Б.**). Нет, он будет издеваться над всей партией»⁴.

Как видим, технико-юридическая деталь — время включения или невключения законопроекта в повестку дня — может оказаться по сугубо идеологическим соображениям (соображениям, но не основаниям) весьма действенным средством проведения правовой политики в той или иной юридически значимой сфере деятельности.

И здесь хочу поставить отнюдь не риторический вопрос, на который я действительно не знаю точного ответа.

Кто несет ответственность за качество принятых в России законов — парламентское большинство или коалиция партии? Ясно, что фактически и юридически парламентское большинство в состоянии «провести» любой законопроект. Но означает ли это, что остальной депутатский корпус «свободен» от какой-либо юридической, моральной и политической ответственности? Какие должны быть механизмы

¹ Марксистско-ленинская общая теория государства и права. Социалистическое право. — М., 1973. — С. 349.

² Алексеев С.С. Общая теория права. — 2-е изд. — М., 2008. — С. 484.

³ Парламентская газета. — 2011. — 22 апреля. — С. 15.

⁴ Там же.

выражения им своего официального несогласия? Каким образом усилить возможности парламентского меньшинства донести до гражданского общества свои возражения?

Идеология, политическая воля подавляли, подавляют и будут подавлять юридическую технику правотворчества, интерпретации и реализации норм права. Десятилетиями государство сетует, что алкоголизация и табакокурение являются угрозой национальной безопасности. (ежегодно 1 миллион человек вымирает от этих двух зол). Пишут о мощном алкогольном и табачном¹ лобби, но ведь можно законодательно закрепить запрет лоббирования этих вредных производств, а все производства (а значит и прибыль) передать в монополию государства.

Именно идеологический фактор, политическая воля государства должна определять и фактически определяет (другое дело, насколько эффективно) содержание и форму того или иного технико-юридического приема в конкретных сферах жизнедеятельности. В этой связи всего одна иллюстрация. 29 апреля 2011 года в «Парламентской газете» опубликовано Заявление Государственной Думы в связи с проявлениями негативного отношения к народам России и общему историческому прошлому в ряде государств — бывших республик СССР. У депутатов вызывает тревогу, что в преддверии 70-летия начала Великой Отечественной войны 1941—1945 годов и очередной годовщины Победы в некоторых государствах звучат оскорбительные высказывания в адрес русского народа и других народов России, нагнетается русофобия, оскверняются кладбища, демонтируются памятники и мемориалы в честь воинов-освободителей, павших в годы Великой Отечественной войны.

Заявление, видимо, в силу дипломатических обстоятельств, не называет ни одной страны, где это происходит и содержит лишь призывы. Такого рода заявлений по разным поводам выносилось множество, их юридическая эффективность, пожалуй, нулевая. Вспомним, что произошло во Львове уже после этого заявления в День Победы. Возникают резонные вопросы — достаточно ли такого технико-юридического оформления воли законодателей, не пора ли его дополнить правовыми актами, устанавливающими конкретные экономические санкции?

Пределы преемственности юридической техники в современном правовом пространстве России не установлены, по сути, неизвестны ни науке, ни практике. В значительной мере в этом процессе действуют субъективные и случайные факторы.

В определенной степени это можно объяснить особенностями нынешнего *переходного периода* развития российской правовой системы. Среди особых характеристик, существенно отличающих современные переходные процессы от аналогичных сдвигов в прошлые века истории человечества, можно указать на:

- а) глобальный (а не локальный) характер ее модернизации;
- б) более тесное взаимопроникновение в юридические технологии политических, экономических, демографических, экологических, психологических факторов;
- в) возросшие возможности активного вмешательства общественных сил в ход правовых преобразований²;
- г) альтернативность, многовариантность, разнонаправленность функционирующих идейно-политических концепций;
- д) рецепцию технико-юридических приемов законотворчества, толкования, применения *развитых* демократических государств (причем нередко это происходит при отсутствии четких критериев «развитости»). И здесь уместно поставить проблемный вопрос — можно ли, нужно ли пусть в ограниченных пределах при поисках нитей преемственности, связывающих дореволюционную, советскую и современную правовую идеологию и технику, «квалифицировать» какие-то элементы прежней юридической техники более развитыми, нежели существующие в западных демократиях? Этот выигрышный «пласт» специалисты сравнительного правоведения по сей день «отоварить» не могут.

¹ «Табачному лобби» много лет удается противостоять предложениям о законодательном запрете курения во всех общественных местах, рекламы табачных изделий, повышению акцизов на сигареты, резкому сокращению точек продажи табака. См.: Лашкевич Н. Кто не курит, у того и права // Парламентская газета. — 2011. — 27 мая.

² См.: Бондарев С.В. Эффективность системы местной власти в условиях кризиса российского государства и общества на рубеже XX—XXI веков // Философия права. — 2010. — № 5 (42). — С. 91.

ВЫСТУПЛЕНИЯ НА КРУГЛОМ СТОЛЕ

Г.В. Абшилава

Абшилава Георгий Валерьянович — кандидат юридических наук, президент Международного центра защиты прав и интересов юридических и физических лиц

Проявления правопреемственности в институте, предусмотренном главой 40¹ УПК РФ

Введение в российское уголовно-процессуальное право нового правового института, предусмотренного главой 40¹ УПК РФ¹, стало таким же громким событием, каким в свое время стало появление особого порядка судебного разбирательства. Еще в стадии законодательного обсуждения в средствах массовой информации высказывались и высказываются до сих пор самые противоречивые оценки досудебного соглашения о сотрудничестве². Принципиальные противники института, предусмотренного главой 40¹ УПК РФ, выступают с той же аргументацией, что использовалась ими при критике института, введенного главой 40 УПК РФ³. Так, наиболее последовательный противник введения этого института — профессор И.Л. Петрухин в основу своей аргументации положил исходный тезис о том, что данный институт чужд российскому менталитету⁴. В конечном итоге аргументация противников нововведений сводится именно к априорному суждению о чуждости «сделки о признании» русскому менталитету, основам нашей правовой культуры. Некоторые авторы сами себя убедили в том, что попытка интегрировать в отечественный уголовный процесс новый вариант сделок с правосудием технически оказалась совершенно несостоятельной⁵. Как показывает опыт, эти опасения во многом надуманные, хотя есть и вызывающие беспокойство известия. Институт заработал⁶, с издержками, ошибками, но результаты его применения есть.

Конечно, нельзя не признать того, что имеются заслуживающие самого внимательного изучения сигналы о нарушениях законности при заключении и реализации досудебного соглашения о сотрудничестве⁷. Возможно, они получат свое подтверждение в суде. Имеющиеся в нашем распоряжении

¹ Федеральный закон «О внесении изменений в Уголовный кодекс Российской Федерации и Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации» от 29 июня 2009 года № 141-ФЗ // Российская газета. — 2009. — 3 июля. — № 121 (4945).

² См.: Александров А.С. Соглашение о досудебном сотрудничестве со следствием: правовая сущность и вопросы толкования норм, входящих в главу 40¹ УПК РФ / А.С. Александров, И.А. Александрова // Уголовный процесс. — 2009. — № 8. — С. 3—11; Великий Д.П. Досудебное соглашение о сотрудничестве в российском уголовном процессе // Журнал российского права. — 2010. — № 2. — С. 84—90; Головки Л.В. Сделки с правосудием: объективная тенденция или модное поветрие // Закон. — 2009. — № 9. — С. 187—196; Зуев С.В. Новая глава УПК // Законность. — 2009. — № 9. — С. 16—18; Касаткина С.А. Соглашение о сотрудничестве в российском уголовном процессе // Актуальные проблемы уголовного права и уголовного процесса / Труды Института государства и права РАН. — М., 2009. — С. 161—178; Конярова Ж.К. Стороны досудебного соглашения о сотрудничестве // Уголовно-процессуальное законодательство в современных условиях: проблемы теории и практики. — М., 2010. — С. 188—193; Смирнов А.В. Особый порядок принятия судебного решения при заключении досудебного соглашения о сотрудничестве // Уголовный процесс. — 2009. — № 10. — С. 5—14.

³ См. например: Михайлов П. Сделки о признании вины — не в интересах потерпевших // Российская юстиция. — 2001. — № 5. — С. 37—38; Петрухин Л. Сделки о признании вины чужды российскому менталитету // Российская юстиция. — 2001. — № 5. — С. 35—36; Кучерена А. Ловушка для мафии или сделка с совестью? // Российская газета. — 2009. — 9 сентября; Куликов В. Сенаторы не пошли на сделку. Совет Федерации пока не разрешил преступникам договариваться со следствием // Российская газета. — 2009. — 30 апреля.

⁴ См.: Петрухин Л. Сделки о признании вины чужды российскому менталитету. — С. 36.

⁵ Головки Л.В. Сделки с правосудием: объективная тенденция или модное поветрие // Закон. — 2009. — № 9. — С. 195.

⁶ См.: Куликов В. Миллионер по неволе. Осужденный в «краже века» юрист просит осудить его условно // Российская газета. — 2010. — 15 июля; Полетаев В. Шпион — на четыре года // Российская газета. — 2010. — 14 мая.

⁷ См.: Богданова В. «С меня требовали показания на начальника ГУВД и окружение губернатора» Как бригада московских следователей раскрывала «рейдерские дела» в Санкт-Петербурге. Свидетельства подсудимых, подозреваемых и адвокатов // Новая газета. — 2010. — 3 ноября; Ерофеевская И. Злостная эпизодическая роль // Новая газета. — 2010. — 20 декабря.

материалы уголовных дел также свидетельствуют о том, что опасность дискредитации института сделки о досудебном соглашении существует.

В чем состоят подлинные и мнимые угрозы института досудебного соглашения о сотрудничестве? Попытаемся в этом разобраться.

Часто указывается на такое препятствие для органичного существования института досудебного соглашения, как формализованный характер нашего досудебного производства. В связи с этим Л.В. Головкин задается такими вопросами: «На каком основании следователь или обвинитель вправе оставить у себя “в столе” часть материалов уголовного дела в обмен на признание вины? Иначе говоря, по какому конкретно процессуальному основанию он может прекратить по таким материалам возбужденное уголовное производство? Как тот же следователь изымет из материалов единого письменного уголовного дела данные о процессуальных действиях, доказательства, процессуальные решения и т. д., касающиеся фактов, по которым состоялось соглашение»¹.

Действительно задача отформатировать институт «сделки о признании» по программе нашего уголовно-процессуального права, прописать его в русском уголовном судопроизводстве оказалась не простой. Ее решение в принципе не могло не породить множество придирок к законодательной технике, особенно со стороны юристов, воспитанных в следственных традициях. И тем не менее, на все эти вопросы законодатель нашел ответы, причем, оставаясь в рамках существующей уголовно-процессуальной формы, идя на неизбежные компромиссы, делая необходимые отступления от классического образца «сделки с правосудием». В частности, был дан отрицательный ответ на вопрос о возможности торга по поводу материально-правового основания сделки, то есть по поводу состава преступления, фактического обвинительного материала, ничего «в столе» следователь оставлять не вправе. В центр механизма реализации соглашения о сотрудничестве поставлен судья, а не обвинитель, как в США. Есть и другие моменты, делающие русский аналог «сделки с правосудием» совершенно самобытным российским правовым явлением. Вообще можно сказать, что существующая модель досудебного соглашения является образцом искусства возможного.

Далее, критики указывают на то, что создатели нового института не учитывают специфику современного строя российского уголовного судопроизводства, в котором дело решается все-таки в стадии судебного разбирательства. Как отмечает Л.В. Головкин: «Возникает впечатление, что для составителей закона уголовный процесс заканчивается возбуждением уголовного дела и производством следствия, за которыми ничего более быть не должно. Абсолютно инквизиционное сознание, ставящее знак равенства между следствием и процессом!»². Иными словами, законодателя упрекают в инквизиционном сознании и в этом усматривают порочность нововведения.

По поводу данного пассажа можно сказать следующее. Во-первых, глава 40¹ УПК РФ регламентирует главным образом порядок досудебного производства. Судебное разбирательство по данному делу осуществляется по общим правилам, а также правилам главы 40 УПК РФ (в статье 317⁷ УПК РФ содержатся только частные предписания, имеющих отношение к судебному процессу). Законодатель не ставит под сомнение основы судопроизводства и решающую роль суда в установлении фактов по делу и принятию окончательного решения. Правоприменитель должен реализовывать досудебное соглашение в рамках существующей процедуры судопроизводства и, думая, дублирование в главе 40¹ УПК РФ общих условий судебного разбирательства не создало бы дополнительных гарантий ни для правосудия, ни для личности. Мнение стороны обвинения, выраженное в процессуальных документах, фиксирующих заключение и реализацию досудебного соглашения, является не обязательным для суда.

К сожалению, приходится констатировать, что здесь как раз законодатель заслуживает похвалы профессора Л.В. Головкина (поскольку он обосновывает невозможность существования у нас сделки о признании именно традиционной активностью суда, побуждаемого стремлением к материальной истине). Законодатель построил институт досудебного соглашения о сотрудничестве в то, что у него было: смешанный уголовный процесс, следственное досудебное производство. Естественно, форма отложила отпечаток на содержание института. Не будем упрекать законодателя за проявленное им искусство возможного, пусть «сделка о признании» будет существовать хотя бы так (пока), потом доработаем: не сделку, а весь процесс. Проблема реформирования предварительного расследования еще ждет своего решения. Упрекать законодателя в том, что он заодно не решил и ее, не совсем корректно.

В-третьих, некоторыми критично настроенными авторами отмечается, что континентальный уголовный процесс, имея инквизиционную наследственность, теперь «настороженно относится к признанию обвиняемым своей вины, принципиально не рассматривая ее в качестве некоего «признания иска» в духе абсолютной состязательности. Признает обвиняемый свою вину или не признает ее, суд

¹ Головкин Л.В. Сделки с правосудием: объективная тенденция или модное поветрие? // Закон. — 2009. — № 9. — С. 191—192.

² Там же. — С. 195.

в любой ситуации обязан исследовать все обстоятельства дела, не будучи связан формальной позицией сторон. При таком подходе состязательность оказывается, конечно, менее чистой, уступая место знаменитому принципу материальной истины¹.

Заметим, что противники института досудебного соглашения упрекают законодателя то в излишней приверженности инквизиционности, то, наоборот, состязательности. В данном случае критикуется «противоестественная» для природы нашего процесса состязательность. Оппоненты исходят, видимо, из того, что уровень состязательности, а равно и уровень демократичности, у нас якобы не может не быть ниже, чем у наших более развитых «партнеров». Так называемая объективная истина мешает установиться у нас состязательным порядкам, то есть в конечном итоге исконная для русского человека тяга к справедливости, которой якобы лишен проникнутый торгашеским духом западный человек, не позволяет участникам процесса эффективно сотрудничать в рамках досудебного соглашения.

Возразить на это легко, напомнив о части 3 статьи 123 Конституции РФ, где состязательность безо всяких оговорок на национальную специфику признана принципом уголовного судопроизводства, то же самое отражено и в статье 15 УПК РФ. Или наши теоретики считают, что не только демократия, но и состязательность может быть «суверенной», специфически российской?

Как писал Л.Я. Таубер, отступление от начала состязательности объясняется не природою уголовного судопроизводства, а условиями историческими или местными и пережитками людей: известным недоверием законодателя к деятельности сторон в процессе, хотя бы таковыми являлись органы государственного обвинения и преувеличенной верой в судью как последний оплот государственного интереса, соединенного с преследованием преступлений². И затем он приходит к выводу: «Одно из двух: либо обвинительный уголовный процесс имеет лишь внешнее сходство с состязательным гражданским процессом, по существу же и тот и другой представляют явления различного порядка, либо господствующая теория неверна и не применима к обеим уголовному судопроизводству и гражданскому судопроизводству»³. Научная же методология, по его словам, требует сведения сходных явлений к одной и той же причине или принципу, пока не будет доказано, что такой причины или принципа найти нельзя. Возражения сторонников дуалистического объяснения роли сторон в обоих процессах против применимости состязательного начала в уголовном судопроизводстве едва ли убедительны⁴. Состязательность не может быть уголовно-процессуальной или русской, это общая идея организации процесса. Мы либо принимаем ее со всеми вытекающими последствиями, либо отвергаем. Данный выбор сродни выбору между свободой и несвободой. Известна позиция Президента России по этому вопросу.

В том и дело, что делая наш уголовный процесс более состязательным, а следовательно — и более обремененной сторону обвинения различного рода формальностями в пользу прав личности, мы рано или поздно приходим к необходимости искать альтернативу становящемуся все более неповоротливым и затратным обычному производству. Поиск альтернативных способов разрешения уголовно-правовых споров, поиск путей повышения эффективности уголовного преследования в условиях дефицита средств исполнительной власти государства приводит к наиболее логичной и целесообразной формуле, которую (так уж решила история) изобрели американцы.

В качестве следующего аргумента против досудебного соглашения ссылаются на проблему преюдиции: формально приговор, вынесенный в особом порядке в отношении сотрудничающего со следствием обвиняемого, будет иметь в силу статьи 90 УПК РФ преюдициальное значение в части установления фактических обстоятельств дела, что сделает едва ли не бессмысленным рассмотрение основного дела. И наоборот, если по основному делу будет вынесен оправдательный приговор, это вызовет необходимость пересмотра приговора, вынесенного по выделенному делу⁵.

Заметим, что весь пафос приведенной инвективы обращен против института выделения уголовного дела, в порядке, предусмотренном статьей 154 УПК РФ. Ведь такого рода проблемы могут возникнуть не только при заключении досудебного соглашения, но в результате раздельного производства по основному и выделенному делу по любому из оснований, установленных в части 1 статьи 154 УПК РФ. Но почему-то вопрос о преюдиции встал только в связи с появлением четвертого основания для выделения дела — заключения досудебного соглашения. Раньше подобная перспектива с преюдицией не страшила наших правоведов.

Так что препятствие, о котором идет речь, преодолимо, и сам феномен возникновения противоречивых решений по разделившимся делам не представляет ничего чрезвычайного. Существующие

¹ См.: Головкин Л.В. Сделки с правосудием: объективная тенденция или модное поветрие // Закон. — 2009. — № 9. — С. 192.

² Таубер Л.Я. Иск, обвинение и состязательное начало // Вестник Гражданского права. — 1917. — № 1. — С. 89.

³ Там же. — С. 87.

⁴ Там же. — С. 88.

⁵ См.: Афанасьев С. Преюдиция или процессуальный капкан // <http://iuaj.net/node/314>; Головкин Л.В. Сделки с правосудием: объективная тенденция или модное поветрие // Закон. — 2009. — № 9. — С. 195—196.

способы пересмотра судебных решений и приведения их к единому знаменателю хорошо известны (см. ст. 317.8 УПК РФ).

Ряд ученых заведомо выражают сомнение в добросовестности обвиняемого, заключившего досудебное соглашение, в отношении которого в особом порядке вынесено решение, по поводу продолжения сотрудничества со стороной обвинения по основному делу¹. Как можно заставить его давать изобличающие показания против своих бывших подельников, если лицо уже получило все, что только можно? Не меньше опасений вызывает возможность того, что «ленивый и нелюбопытный следователь» вместо того, чтобы раскрывать преступления, поддастся соблазну склонять обвиняемого к сделке с правосудием и отрапортует о раскрытии преступления². Предоставление таких полномочий власти способно вызвать злоупотребления с ее стороны, так как степень определения ответственности подозреваемого (обвиняемого) отдается на откуп следователю, руководителю следственного органа, прокурору. Данный факт допускает коррупционный риск³.

Следует отметить, что такого рода печальные случаи и ранее были в следственной практике и, не исключено, что и дальше будут продолжаться. Но вряд ли институт соглашения о сотрудничестве в этом виноват. Как любое юридическое средство, этот институт может приносить как пользу, так и вред. Все зависит от людей, которые его используют. Существующие средства контроля и надзора за применением норм, входящих в главу 40¹ УПК РФ, никто не отменял и ответственность, в том числе уголовная, также остается в числе гарантий надлежащего поведения участников данной процедуры.

И наконец, еще одним доводом *contra* института досудебного соглашения является то, что не будет обеспечена безопасность лиц, заключивших соглашение о сотрудничестве. При этом Л.В. Головкин почему-то исходит из того, что такое лицо обязательно будет осуждено к лишению свободы, где его и настигнет месть бывших подельников⁴.

Вопрос о гарантиях безопасности для тех, кто заключил соглашение о сотрудничестве с обвинительной властью государства, действительно, одни из ключевых. От того, насколько государство будет выполнять свою обязанность по защите сотрудничающих с ней людей, будет зависеть судьба рассматриваемого института. Нормативная база для этого есть. Остается только, чтобы соответствующие нормативные акты надлежащим образом выполнялись.

Самое главное достоинство нового института, которое стоит всех доводов против него, состоит в том, что он создает юридическую возможность выстроить прозрачные отношения между государством и обвиняемым по поводу сотрудничества. Пока этого не было, трудно было говорить о том, государство вполне выступало за равенство в отношениях с личностью: считать обвиняемого субъектом достойным того, чтобы заключить с ним соглашение, допускать компромисс, было неприемлемым. А теперь наше государство отступило от своей традиционной руководящей роли и уже потому создание договорного уголовно-процессуального института значит больше, чем все предыдущие декларации о состоятельности, защите прав и свобод, гуманизации и пр.

Не случайно раньше в ходу была такая поговорка: «Чистосердечное раскаяние является обстоятельством, смягчающим ответственность, но оно удлиняет срок наказания». Новый институт позволит правоохранительным органам быть честными: по закону они обязаны применить поощрительные нормы к обвиняемому, выполнившему свои договорные обязательства. Один из разработчиков законопроекта А. Лебедев отмечает, что сделка о признании вины не только соответствует элементарным представлениям о справедливости, но и может дать общий благотворительный эффект для правоохранительной системы⁵.

Так что в созданном институте мы видим более честный, а не мифологизированный подход к тому, как раскрываются преступления и изобличаются преступники. Заслуга нового закона о досудебном соглашении в том, что он легализовал то, что ранее совершалось вне правового поля. Это сделает более прозрачными отношения между стороной обвинения и обвиняемым, защитит интересы личности, уменьшит характерное для нашего правосознания двоемыслие (когда некоторые кабинетные ученые и записные правозащитники на словах говорят об идеалах добра и справедливости⁶ и закрывают глаза на уродство окружающей правовой действительности).

Конечно, вряд ли оправданно делать утверждения о наличии прямой аналогии российского уголовно-процессуального института, предусмотренного главой 40¹ УПК РФ, и американской *plea*

¹ Головкин Л.В. Сделки с правосудием: объективная тенденция или модное поветрие // Закон. — 2009. — № 9. — С. 196.

² См.: Кучерена А. Ловушка для мафии или сделка с совестью? // Российская газета. — 2009. — 9 сентября.

³ Васяев А.А. Сделка с правосудием или сделка с обвинением // Современное право. — 2010. — № 2. — С. 89.

⁴ См.: Головкин Л.В. Сделки с правосудием: объективная тенденция или модное поветрие // Закон. — 2009. — № 9. — С. 196.

⁵ Лебедев А. Сделка как панацея // Российская газета. — 2007. — 31 мая. — № 114 (4377).

⁶ См.: Васяев А.А. Сделка с правосудием или сделка с обвинением // Современное право. — 2010. — № 2. — С. 89.

bargaining¹. Но в то же время более последовательной является точка зрения тех авторов, которые связывают институт досудебного соглашения со «сделкой с правосудием» или со «сделкой о признании уголовного иска»². Мы отнюдь не склонны считать данный институт только (очередной) упрощенной формой судопроизводства, как это делают некоторые ученые³.

Очевидно, что это новая форма реализации уголовного преследования, основанная на компромиссе, новый способ, сочетающий в себе не только средство разрешения уголовно-правового спора, но и средство борьбы с организованной преступностью, средство раскрытия тяжких и особо тяжких преступлений.

Сейчас нарабатывается практика применения уголовно-процессуальных норм, входящих в главу 40¹ УПК РФ. Безусловно, важную роль в осмыслении, обобщении, корректировке этой практики должны сыграть Пленум Верховного Суда РФ, Конституционный Суд РФ, чьи решения весьма ожидаемы. Остается надеяться, что они не заставят себя ждать дольше обычного.

Нельзя не признать обоснованности сделанного предостережения о том, что с учетом новизны института и высокой ответственности, которую должны проявлять все участники процедуры сотрудничества, Генеральному прокурору РФ следовало бы вплоть до особого решения исключить органы дознания из числа возможных участников. Более того, заключать соглашения о досудебном сотрудничестве целесообразно уполномочить только прокуроров субъектов федерации⁴. Практика пошла по другому пути, но случаи успешного применения досудебного соглашения носят единичный характер. Если бы Генеральная прокуратура РФ осуществляла целенаправленную координацию и руководство по применению норм анализируемого института, эффект, возможно, был бы выше.

В целом уже с определенной долей уверенности можно сказать, что двухгодичный опыт показал эффективность нового уголовно-процессуального механизма. Положительных примеров, на наш взгляд, все же больше, чем сообщений о «произволе властей».

Конечно, в нормах, образующих главу 40¹ УПК РФ, есть недостатки. Продолжается обсуждение в научной литературе различных вариантов модернизации, корректировки данного института. Наверное, по-другому и быть не может. Неоправданно ожидать того, чтобы сразу сложилась единая линия в понимании и применении института, предусмотренного главой 40¹ УПК РФ. Мы позитивно оцениваем саму концепцию «сделки с правосудием», в целом позитивно оцениваем то, как она воплотилась в УПК РФ. Мы считаем появление этого института новым этапом в развитии отечественного уголовно-процессуального права, поскольку в принципиальном плане способствует укреплению состязательности, демократичности процесса, а это и есть продолжение судебной реформы. Наш подход состоит в максимально широком истолковании норм, регулирующих досудебное соглашение о сотрудничестве. Все сомнения и противоречия должны разрешаться в направлении расширения использования данного института для борьбы с наиболее опасными преступниками и для возмещения преступного вреда.

¹ В этом мы совершенно согласны с Л.В. Головки и другими авторами. См., например: *Касаткина С.А.* Соглашение о сотрудничестве в российском уголовном процессе // Актуальные проблемы уголовного права и уголовного процесса / Труды Института государства и права РАН. — М., 2009. — С. 173, 174.

² См.: *Александров А.С.* Трудности, мнимые и реальные, перевода текста главы 40¹ УПК РФ // Вестник Сибирского юридического института МВД России. — 2010. — № 1 (5). — С. 4—8.

³ См.: *Смирнов А.В.* Особый порядок принятия судебного решения при заключении досудебного соглашения о сотрудничестве // Уголовный процесс. — 2009. — № 10. — С. 5, 6; *Кищенко А.В.* Упрощенные производства: проблемы теории, законодательного регулирования и правоприменения: Дис... канд. юрид. наук. — Владивосток, 2010. — С. 76-79.

⁴ *Александров А.С.* Соглашение о досудебном сотрудничестве со следствием: правовая сущность и вопросы толкования норм, входящих в главу 40¹ УПК РФ / А.С. Александров, И.А. Александрова // Уголовный процесс. — 2009. — № 8. — С. 4.

И.А. Александрова

Александрова Ирина Александровна — кандидат юридических наук, доцент, доцент кафедры уголовного и уголовно-исполнительного права Нижегородской академии МВД России

Анализ черт преемственности в развитии законодательства Великобритании и России, предусматривающего уголовную ответственность за взяточничество

В Великобритании 1 июля 2011 года вступил в действие Закон 2010 года «О взяточничестве», принятый 8 апреля 2010 года (Bribery Act 2010¹). У нас почти в то же самое время был принят и вступил в силу Федеральный закон от 4 мая 2011 года № 97-ФЗ «О внесении изменений в Уголовный кодекс Российской Федерации и Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях в связи с совершенствованием государственного управления в области противодействия коррупции»², который внес существенные поправки в ранее действовавшие статьи 290, 291 УК, и создал новую статью — 291¹ УК РФ. Иными словами, серьезные изменения в законодательстве, регулирующем уголовно-правовые меры противодействия коррупции, произошли в России и Великобритании почти одновременно.

Оба законодателя исходили из необходимости усиления борьбы с коррупцией, однако сделали это по-разному, что, очевидно, продиктовано особенностями правовой культуры и сложившимися подходами к пониманию природы взяточничества в каждой из стран, отличиями в юридической технике и пр. Иными словами, мы имеем наглядный пример правопреимственности, как в случае с отечественным законодательством, так и английским. Рассмотрим отдельные моменты нового английского и отечественного законов, где наиболее ярко проявляется преемственность в развитии подходов законодателя по конструированию состава взяточничества.

Прежде всего, обращает на себя внимание выбор приоритетов при конструировании зарубежным законодателем понятия взятки. Bribery Act 2010³ содержит несколько составов, относящихся ко взяточничеству: 1) предложение, обещание и дача взятки («active bribery» — активное взяточничество, статья 1) и 2) просьба, согласие получить взятку получение взятки («passive bribery» — пассивное взяточничество, статья 2). Он также выводит из основных составов взяточничества два следующих состава, которые специально адресованы коммерческому взяточничеству (commercial bribery). Статья 6 образует состав преступления, относящегося к подкупу иностранного публичного должностного лица, и статья 7 образует новую форму корпоративной ответственности за неспособность предотвратить взяточничество в пользу данной коммерческой организации.

Получается, исходным составом для юридической конструкции «взяточничество» «bribery», в котором и определяется, как таковая, взятка, является «дача взятки», то есть, по крайней мере, не меньшая, если не большая общественная опасность, по мнению англичан, исходит от дающего взятку, и поэтому взяточничество является не только и даже не столько должностным преступлением, сколько преступлением, совершаемым двумя лицами: прежде всего тем, кто подкупает, активными действиями взяткодателя и тем, кого подкупают. Взяточничество по определению статьи 1 АСТ представляет собой деяние, которое имеет место тогда, когда одно *лицо* предлагает, предоставляет или обещает предоставить «финансовую или иную выгоду» *другому лицу* в обмен на «ненадлежащее» выполнение им соответствующей функциональной обязанности или деятельности. Section 2 covers the offence of being bribed, which is defined as requesting, accepting or agreeing to accept such an advantage, in exchange for improperly performing such a function or activity. Из этого базового положения логично вытекает и такое предписание данного закона, как возложение обязанности на коммерческие организации принимать меры по предотвращению дачи взятки. И надо сказать, что именно на этом аспекте заострено внимание английского законодателя (ст. 7 АСТ), о чем будет сказано ниже.

Важно выделить еще одну черту нового законодательства против взяточничества: и наш УК и в английский закон предусматривает уголовную ответственность за подкуп иностранного должностного лица или международной организации, но совершенно очевидно, что эффект Акта значительнее, принимая во внимание место Великобритании в мировой экономике и финансовой системе; что явно подразумевалось создателем этого закона. Поэтому данный закон в большой мере был рассчитан на

¹ <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2010/23/resources>

² Собрание законодательства РФ. — 2011. — № 19. — Ст. 2714.

³ Далее — АСТ.

эффект вовне — то есть против иностранных взяточдателей, а не на внутреннюю борьбу с коррупцией в рядах чиновничества¹.

Согласно статьи 1 АСТ «Дача взятки другому лицу»:

(1) Лицо («Р») подлежит ответственности, если оно совершит преступление любого из следующих видов:

(2) Вид 1:

(a) Р предлагает, обещает или предоставляет финансовую или иную *выгоду* другому лицу, и

(b) Р предполагает, что данная выгода —

(i) побудит *другое лицо* не так как надо *исполнить* свою обязанность или деятельность, или

(ii) послужит для этого лица вознаграждением за *заведомо ненадлежащее исполнение* обязанности или деятельности.

(3) Вид 2:

(a) Р обещает, гарантирует или предоставляет финансовую или иную *выгоду* другому лицу, и

(b) Р знает или предполагает, что *получение подобной выгоды представляет собой ненадлежащее исполнение соответствующей обязанности или деятельности*.

(4) В преступлениях 1-ого вида не имеет значения, является ли лицо, которому предложена, гарантирована или предоставлена выгода, тем лицом, которое должно ненадлежащим образом исполнить или уже исполнило свою обязанность или деятельность.

(5) В преступлениях 1 и 2 видов не имеет значения, была ли выгода предложена, гарантирована или создана самим взяточдателем или третьим лицом.

Итак, английский закон считает «взяточдателем» того, кто предложит, пообещает или предоставляет финансовую или иную выгоду *другому лицу* в одном из двух случаев: Состав 1 имеет место тогда, когда «Р», во-первых, имеет умысел на то, чтобы предоставить выгоду (преимущество) за ненадлежащее выполнение другим лицом соответствующей функции или деятельности, а во-вторых, когда «Р» предоставляет выгоду, чтобы вознаградить за подобное неправомерное осуществление соответствующей функциональной обязанности или деятельности. Состав 2 имеет место там, где «Р» знает или предполагает, что получение данного преимущества другим лицом, которое им было предложено, обещано или дано, само по себе образует ненадлежащее исполнение соответствующей функции или деятельности.

У нас исходным является состав преступления, предусмотренный частью 1 статьи 290 УК РФ, где говорится о получении взятки; взяточничество — это в первую очередь должностное преступление и понятие взятки конструируется с прицелом на взяточполучателя, получение взятки. В данной норме взятка трактуется как *получение должностным лицом, денег, ценных бумаг, иного имущества либо в виде незаконных оказания ему услуг имущественного характера, предоставления иных имущественных прав за совершение действий (бездействие) в пользу взяточдателя или представляемых им лиц, если такие действия (бездействие) входят в служебные полномочия должностного лица либо если оно в силу должностного положения может способствовать таким действиям (бездействию), а равно за общее покровительство или попустительство по службе* (ч. 1 ст. 290 УК РФ).

Не говоря уже об определении субъекта получения взятки, наблюдается значительное различие в подходах законодателей двух стран к составу объективной стороны взяточничества. В российском законодательстве традиционно стремление дать исчерпывающее определение предмета взятки, идя по пути перечисления возможных выгод, преимуществ и прочего, которые он может собой представлять. В английском законе мы видим достаточно общее определение того, на что могут быть *направлены действия взяточдателя*: финансовую или иную *выгоду/преимущество* «другому лицу» (взяточдателю). Это предоставляет юрисдикционному органу широкое усмотрение в трактовке предмета взятки. Под «финансовыми или другими выгодами (преимуществами) можно понимать контракты, неденежные подарки и предложения о трудоустройстве и пр.². Заметим, что вообще говоря, такой подход к формированию элементов объективной стороны преступления весьма характерен для англичан, что лишний раз свидетельствует о несовместимости наших правовых систем, образа мысли законодателя и правоприменителя, а еще — обывателей; так что нам этот инструмент вряд ли сподручен.

Отличительной особенностью уголовного права Великобритании является то, что признак должностного положения не является квалифицирующим для состава получения взятки. Уже в статье 1 используется термин «лицо» или «иное лицо», которым, как выясняется из последующих разъяснений, может быть не только собственно должностное лицо, но и представитель коммерческой организации,

¹ Масштабы международного резонанса от вступления в силу данного закона отражают публикации в отечественных и зарубежных СМИ на протяжении 2010—2011 годов. См., например: Дмитриева О. Британия взяток не берет // Российская газета. — 2011. — 5 июля; Rozhnov K. Will the UK Bribery Act help Russia fight corruption? <http://www.bbc.co.uk/news/business-11758400>

² Anwar A. The Bribery Act 2010 / A. Anwar, G. Deeprose // Scots Law Times. — 2010. — 23. — ISSN 036-908X. — P. 125.

тот, кто выполняет соответствующую обязанность (функцию) или деятельность. Это пожалуй, самое важное отличие от нашего нормативного определения взяткополучателя.

Статья 2 АСТ «Преступления, относящиеся к получению взятки» предусматривает:

(1) Лицо «R» подлежит ответственности, если оно совершает преступление любого из следующих видов.

(2) Вид 3: R требует, соглашается получить или получает финансовую или иную выгоду, предполагая, что в результате этого последует ненадлежащее исполнение соответствующей обязанности или деятельности (самим R или иным лицом).

(3) Вид 4:

(a) R требует, соглашается получить или получает финансовую или иную выгоду, и

(b) требование, согласие на получение и получение финансовой или иной выгоды само по себе является заведомо ненадлежащим исполнением своей обязанности или деятельности.

(4) Вид 5: R требует, соглашается получить или получает финансовую или иную выгоду в качестве вознаграждения за заведомо ненадлежащее исполнение обязанности или деятельности (R или иным лицом).

(5) Вид 6: Предварительным условием или следствием того, что R требует, соглашается получить или получает финансовую или иную выгоду, является заведомо ненадлежащее исполнение соответствующей обязанности или деятельности —

(a) самим R, или

(b) другим лицом по требованию или с согласия R.

(6) В случаях 3-6 не имеет значения -

(a) просит ли R, дает согласие на получение или принимает (а также просит, согласен получить или принять) выгоду непосредственно или через третью сторону,

(b) является ли выгода (или должна являться) в пользу R или иного лица.

(7) В случаях 4-6 не имеет значения, знает ли R или предполагает, что подобное исполнение данной обязанности или деятельности будет ненадлежащим.

(8) В случае 6, где иное лицо, помимо R исполняет данную обязанность или деятельность, также не имеет значения, знает ли данное лицо, что исполнение соответствующей обязанности или деятельности произойдет ненадлежащим образом.

Отечественный законодатель остался верен прежнему подходу в определении субъекта преступления «получение взятки» — это должностное лицо. Теперь к этому субъекту прибавились «иностранное должностное лицо», а также «должностное лицо публичной международной организации», определение этим субъектам дается в примечании 2 к статье 290 УК РФ. Кроме того, отягчающим обстоятельством является получение взятки лицом, занимающим государственную должность Российской Федерации или государственную должность субъекта Российской Федерации, а равно главы органа местного самоуправления (ч. 4 ст. 290 УК РФ). Таким образом, имеет место умножение субъектов преступления «получение взятки», но должностной признак остается при каждом них в качестве обязательного квалифицирующего признака.

В английском законе этого нет. В части 2 статьи 3 АСТ указываются признаки деятельности взяткополучателя, а именно: это (a) любая деятельность публичного характера, (b) любая деятельность, связанная с ведением бизнеса, (c) любая деятельность, выполняемые в рамках служебных обязанностей лица, (d) любая деятельность, осуществляемая или самой группой людей или от ее имени (независимо от того, будет она корпоративной или некорпоративной).

Так что преступление, считающееся взяточничеством, может относиться к отправлению любой функции публичной природы, связанной с бизнесом и исполняемой в рамках служебных обязанностей, или в пользу компании, или пользу другого лица. В части 7 статьи 3 Закона указывается, что «бизнес» включает в себя профессиональное предпринимательство. Следовательно, взяточничество охватывает ненадлежащим образом отправлением публичных функций и в публичном, и частном секторах¹. У нас же коммерческий подкуп составляет отдельное преступление (ст. 204 УК РФ), относящееся к совершенно другому виду преступлений.

В отечественном уголовном законе получение взятки за «незаконные действия (бездействие)» является квалифицирующим признаком (ч. 3 ст. 290 УК РФ), отягчает ответственность по сравнению с простым мздоимством. Английским законодатель оперирует более емким понятием «ненадлежащее исполнение» (можно перевести и как неправильно, несоответствующее, не такое, как надо исполнение), не зная деления на лихоимство и мздоимство, традиционное для русского права.

Само же понятие «ненадлежащее/неправильное исполнение» весьма тщательно прописано английским законодателем в статьях 3, 4, 5 Закона, что также очень специфично. Англичане идут от обратного, определяя вначале такую функцию или деятельность, которая является *соответствующей*

¹ The Bribery Act 2010. Guidance about procedures which relevant commercial organisations can put into place to prevent persons associated with them from bribing (section 9 of the Bribery Act 2010). — L., 2011. — P. 4.

функцией или деятельностью с позиции закона (ч. 1—2 ст. 3 АСТ «Функции или деятельность, относящаяся ко взяточничеству»). Указанная сторона деятельности подкупаемого лица имеет место при наличии следующих условий: условие А состоит в том, что лицо, выполняющее обязанность или деятельность, как ожидается, выполнит ее добросовестно; условие В состоит в том, что лицо, выполняющее обязанность или деятельность, как ожидается, выполнит ее беспристрастно; условие С состоит в том, что лицо, выполняющее обязанность или деятельность, находится на *выборной должности*. При этом согласно части 6 приведенной статьи Закона функция или деятельность является соответствующей функцией или деятельностью, даже если она — (а) не имеет никакой связи с Соединенным Королевством, и (b) выполняется в стране или на территории вне Соединенного Королевства. В последней норме проявляется уже отмеченная нами экстравертность английского Закона.

Достаточно последовательно эта линия развивается в статье 4 АСТ «Несоответствующее исполнение, связанное с дачей взятки», где говорится следующее:

(1) Настоящий Закон исходит из того, что соответствующая обязанность или деятельность —

(a) выполняется ненадлежащим образом, если она выполняется в нарушении *соответствующих ожиданий*, и

(b) должна рассматриваться как исполняемая ненадлежащим образом, если имеет место отказ от выполнения обязанности или деятельности, и этот отказ является нарушением *соответствующих ожиданий*.

В части 2 статьи 4 Закона разъясняется понятие «соответствующие ожидания», используемое в части (1); они имеют место:

(a) в отношении обязанности или деятельности, соответствующей условию А или В, и означают ожидания, упомянутые в содержании этих условий, и

(b) относительно обязанности или деятельности, которая удовлетворяет условию С, подразумеваемая любое ожидание относительно способа, которым данная обязанность или деятельность будет выполнена, и которая вытекает из выборной должности, упомянутой в том условии.

В части 3 статьи 4 АСТ говорится: «Любое действие или бездействие лица, являющееся прямым следствием или находящееся в связи с последним исполнением этим лицом соответствующей обязанности или деятельностью, необходимо толковать в рамках настоящего Закона, как осуществленное (или нет) данным лицом во исполнение своих функциональных обязанностей».

Таким образом, английский законодатель применяет традиционный для англосаксонского права и не принятый у нас субъективный критерий определения того, что считать ненадлежащим исполнением взяточполучателем своих обязанностей или своей деятельности.

Вполне характерно в этом отношении и содержание статьи 5 АСТ, развивающее указанный субъективный критерий. Данная статья, которая так и называется «Критерий ожидания», гласит следующее:

(1) Под используемым в статьях 3 и 4 АСТ критерием ожидания следует понимать то, что любое разумное лицо в Соединенном Королевстве ожидало бы надлежащим относительно исполнения обязанностей данным лицом.

(2) При определении того, что такое лицо должно ожидать по поводу исполнения обязанности или деятельности, если это исполнение не подпадает под действие закона любой из частей Соединенного Королевства, любого местного обычая или судебного прецедента, это должно быть проигнорировано, если подобное разрешено или предписывается законом, применяемым в этой стране или в отношении данной территории.

В общем, английское представление о «*несоответствующем исполнении*», с которым связана взятка, сводится к представлению об ожидании, которое присуще лицу, действующему с доброй верой, беспристрастностью или в соответствии с позиции правды (справедливости).

Для определения того, исполняется функциональная обязанность ли, деятельность ли, ненадлежащим образом, применим критерий, который состоит в том, что ожидается как надлежащее исполнение, под которым понимается то, что разумный человек в Великобритании должен был бы ожидать от того, как будет выполняться данная функция или деятельность. Там, где выполнение данной функции или деятельности не является предметом регулирования законодательства Великобритании (например, оно имело место в стране, не подпадающей под юрисдикцию Соединенного Королевства), там соответствующее поведение должно нарушать какой-либо местный обычай или идти вопреки сложившейся практике, то есть не допускаться «*written law*» («*писанным правом*»), подлежащим применению в данной конкретной стране¹.

В «Руководстве» также делается следующее разъяснение по данному поводу: «чтобы начать процесс по обвинению в преступлении, подпадающим под статью 1, в котором будет утверждаться, что под видом гостеприимства выступает взятка, сторона обвинения должна будет доказать, что госте-

¹ «*Written law*» («*писанное право*») означает любое нормативное положение, содержащееся в законодательстве, которое подлежит применению в данной стране или любое юридическое решение, подтвержденное в опубликованном в письменных источниках.

приимство имело намерением породить такое поведение, которое составляет нарушение нормального ожидания, что лицо будет действовать честно, беспристрастно или в соответствии с истиной. Это должно быть установлено в соответствии с тем, что об этом думает любой здравомыслящий человек в Великобритании. Так, к примеру, приглашение иностранных клиентов посетить матч Шести Наций в Твикенхеме, как часть налаживания общественных связей, знаменует намерение укрепить хорошие отношения. А с другой стороны убеждает в том, что чрезвычайно маловероятно будет применить статью 1 к организатору данного мероприятия, поскольку здесь невозможно будет доказать намерение породить ненадлежащее выполнение соответствующей функции»¹.

Мы видим, что в отличие от нашего уголовного закона, в котором содержится система квалифицирующих признаков взяточничества, характеризующих объективную сторону деяния взяткодателя или взяткополучателя («в значительном размере (ч. 2 ст. 290, ч. 2 ст. 291 УК), «за незаконные действия (бездействие)» (ч. 3 ст. 290 УК) или «заведомо незаконные действия» (ч. 3 ст. 291 УК), «группой лиц по предварительному сговору», «организованной группой», «с вымогательством взятки» (ч. 5 ст. 290, ч. 4 ст. 291 УК), особо крупном размере (ч. 6 ст. 290, ч. 5 ст. 291 УК), для английского законодателя эти признаки оказались не столь важны: вместо умножения указателей на объективную опасность взятки, английский закон использует достаточно широкие понятия и субъективный критерий для юридической оценки преступного деяния. Опять же следует согласиться, что в наших условиях такой подход вряд ли приемлем.

Статья 6 АСТ «Дача взятки государственному служащему иностранного государства» предусматривает самостоятельный состав преступления, относящегося к подкупу иностранного публичного официального лица для того, чтобы продолжить или сохранить бизнес или получить поддержку в ведении бизнеса. По смыслу этой статьи данное преступление совершается тогда, когда лицо предлагает, обещает или предоставляет финансовые или иные выгоды иностранному публичному официальному лицу с намерением оказать влияние на выполнение данным должностным лицом его официальных функций.

Согласно части 1 статьи 6 АСТ лицо «Р», которое подкупает иностранное публичное должностное лицо² («F»), виновно в преступлении, если Р намеревается оказать влияние на F с тем, чтобы оно использовало свои должностные полномочия.

Лицо, предлагающее, обещающее или дающее данные преимущества должно также намереваться получить или сохранить (а) бизнес, или (b) преимущество в ведении бизнеса (ч. 2 ст. 6 Акта).

В части (3) статьи разъясняется, что Р подкупает F только если —

(а) непосредственно или *через третье лицо* Р предлагает, обещает или предоставляет любую финансовую или иную выгоду —

(i) F, или

(ii) другому лицу по запросу F или с согласия F, и

(b) F не разрешено и от него не требуется законодательством³, применимым к нему, быть под влиянием при исполнении своих полномочий как иностранного публичного должностного лица предложений, обещаний или подарков.

В части 4 статьи 6 АСТ разъясняется, что указанное в этой статье влияние, оказываемое на F как иностранное публичное должностное лицо, означает влияние, оказываемое для того, чтобы F использовал свое должностное положение и включает в себя —

(а) любое бездействие при необходимости исполнить свои функциональные обязанности, и

(b) любое использование F своего официального положения, даже если при этом его действия выходят за пределы его законных полномочий.

В части 7 анализируемой статьи разъясняется, что в целях положения, закрепленного в параграфе (б) третьей части статьи, *законодательство* применяется к F —

(а) если исполнение обязанностей F, на которое вознамерился повлиять Р (взяткодатель), подпадает под действие закона любой части Соединенного Королевства, закона этой части Соединенного Королевства;

(б) если не применяется параграф (а) и F является должностным лицом или представителем международной организации, применяются правила данной организации,

(с) если не применяются параграфы (а) и (b), применяется закон той страны или территории, которой F является иностранным должностным лицом, в том случае, если данный закон содержится в —

(i) любой законодательном акте, или

(ii) любом судебном решении, подходящем в данном случае и, если оно зафиксировано в опубликованном письменном источнике.

¹ The Bribery Act 2010. Guidance about procedures which relevant commercial organisations can put into place to prevent persons associated with them from bribing (section 9 of the Bribery Act 2010). — P. 10.

² «a foreign public official».

³ «written law».

Согласно части 8 статьи 6 АСТ положения данной статьи распространяются на сферу предпринимательства и торговли.

Можно вполне уверенно сказать, что нормы статьи 6 АСТ, касающиеся подкупа иностранных публичных должностных лиц, являются развитием положений Конвенции по борьбе со взяточничеством¹. Лицо будет виновно в этом преступлении, если обещает, предлагает или дает финансовые или иные выгоды иностранному публичному должностному лицу, непосредственно или через третье лицо, если такое преимущество не законно или не разрешено. A foreign public official is defined, under Section 6(4), as « an individual holding legislative, administrative or judicial posts or anyone carrying out a public function for a foreign country or the country's public agencies or an official or agent of a public international organisation».

В отличие от общих составов взяточничества, раскрытых в статьях 1, 2 Закона, в составе, предусмотренном статьей 6, нет требования к тому, чтобы обвинитель должен был бы доказать, что государственный служащий действовал несоответствующим образом. Как следствие этого различия, статьей 6 в качестве преступного закрепляется только деяние, относящееся к взяткодателю, а не деяние должностного лица, которое получает или соглашается получить взятку². Кроме того, не будет состава данного преступления там, где публичному должностному лицу разрешено или даже предполагается по соответствующему закону быть объектом влияния предложением какого-то преимущества.

Как отмечается в «Руководстве» статьями 1 и 6 АСТ по сути охватывается одно и то же деяние, но совершаемое различными способами. Состав преступления, предусмотренного статьей 6 АСТ, вызван необходимостью в запрещении такого влияния на принятие решения в сфере публично проводимого бизнеса, которое побуждается возможностями к личному обогащению иностранных должностных лиц или других лиц, на коих распространяются публичные требования. Такая деятельность наиболее вероятно состоит в поведении, которое образует «*ненадлежащее исполнение*» соответствующей функции или деятельности, к которой статья 1 применима, но в отличие от статьи 1, статья 6 АСТ не требует доказательства этого или намерения побудить к этому. Причина подобного умолчания состоит в том, что подлинная природа функций лица, признаваемого иностранным должностным лицом, очень часто сложна для какого-либо точного определения, а сохранение доказательств будет часто связано с сотрудничеством с государством, в котором данное должностное лицо служит. Требовать от обвинителя, чтобы он формулировал состав в точном соответствии со статьей 1 АСТ, означало бы фактически создать почти невыполнимое условие³. Так что обвинителю даже не требуется доказывать того, что иностранное должностное лицо — получатель взятки — в результате стало выполнять свои обязанности «*ненадлежащим образом*». Достаточно самого факта, что взяткодатель пытался каким-то образом повлиять на действия чиновника или пытался получить (или сохранить) свое деловое преимущество и т. п.

В то же время по смыслу статьи 6 АСТ обвинители обязаны не только показать, что «преимущество» предложено, обещано или предоставлено должностному лицу или другому лицу, состоящему в положении публичного деятеля, но также то, что создание такого рода преимущества прямо запрещено данному иностранному должностному лицу или ему не допускается находиться под влиянием предложения такого преимущества (выгоды) в соответствии с законодательством, распространяющимся на него⁴.

Что имеется в виду под ситуацией, когда должностному лицу допускается находиться под влиянием предложения выгоды, преимущества? Это разъясняется в пункте 25 «Руководства»: «Определяя условия тендера при заключении контрактов, правительства часто разрешают или требуют, чтобы вдобавок к основному предложению, были сделаны определенного рода дополнительные вложения в местную экономику или в пользу этой экономики. Такие предложения могут при определенных обстоятельствах составлять финансовые или иные преимущества для публичного должностного лица или для другого лица, на которого распространяются официальные обязанности. Однако, если соответствующий «*письменный закон*» разрешает или требует, чтобы должностное лицо могло действовать под влиянием такого рода предложений, то оно выпадает за рамки состава преступления.

Поэтому, например, там, где местное законодательство позволяет инвестиционное сообщество или требует, чтобы иностранное публичное должностное лицо минимизировало расходы на государственное управление при закупках за счет разделения затрат с подрядчиками или предлагало перспективным подрядчикам бесплатное обучение и прочее, вряд ли применима статья 6.

¹ Конвенция «О противодействии подкупу иностранных должностных лиц при осуществлении международной коммерческой деятельности» от 1999 года (ОЭСР).

² Aaronberg D. The Bribery Act 2010: all bark and no bite...? / D. Aaronberg, N. Higgins // Archbold Review. — 2010. — 5. — ISSN 1756-7432. — P. 6.

³ The Bribery Act 2010. Guidance about procedures which relevant commercial organisations can put into place to prevent persons associated with them from bribing (section 9 of the Bribery Act 2010). — P. 11

⁴ Ibid. — P. 11.

В тех же обстоятельствах, где дополнительное вложение будет считаться преимуществом, даваемым иностранному публичному должностному лицу, а местный закон умалчивает насчет того, что должностному лицу разрешается, и требует от него действовать под этим влиянием, *обвинитель должен исходить из публичного интереса при осуществлении обвинения*. Тем самым будет обеспечена возможность отыграть назад в условиях, когда доказательства свидетельствуют о том, что предложение дополнительных инвестиций является законной частью тендера.

Включение понятия «через третью сторону» (положение За ст. 6 АСТ) имеет целью предотвратить использование посредников в получении/передачи взятки, чтобы избежать совершения преступления¹.

Общим для новейшего антикоррупционного законодательства является подход к определению понятия «иностранного публичного должностного лица».

Согласно части 5 статьи 6 АСТ «Foreign public official» — это лицо, которое:

(a) наделено законодательными, административными или судебными полномочиями любого рода, будь эта должность назначаемой или выборной, в стране за пределами Соединенного Королевства (или любой субъект такой страны), или

(b) исполняет государственные обязанности:

(i) в интересах или от имени государства, находящегося за пределами Соединенного Королевства, или

(ii) для любого государственного учреждения или государственного предприятия этой страны (или ее субъекта), или

(iii) должностное лицо или представитель международной организации.

Таким образом, это лицо, занимающее должность в законодательном, административном или судебном органе или выполняющее какого-либо публичную функцию от имени иностранного государства или государственных учреждений страны или являющееся должностным лицом или агентом международной публичной организации. The inclusion of «through a third party» is intended to prevent the use of go-betweens to avoid committing a crime, although if the written law of the country of the foreign public official allows or requires the official to accept the advantage offered, no crime will be committed. Unlike with general bribery offences, there is no requirement to show that the public official acted improperly as a result; this is a distinction between the Act and the Anti-Bribery Convention. Как указывается в «Руководстве» понятие «иностранное публичное должностное лицо» включает в себя должностных лиц, выбранных или назначенных, которые ответственны за реализацию законодательных, управленческих или судебных полномочий любого рода в государстве или на территории не входящей в Объединенное королевство. Оно также включает любое лицо, которое выполняет публичную функцию национального, локального муниципального правительства такой страны или территории в любой области или которое осуществляет публичную функцию для любого публичного органа или публичного учреждения такой страны или территории, в том числе сюда входят профессионалы, работающие в публичных органах здравоохранения и должностные лица, реализующие публичные функции в предприятиях, принадлежащих государству. Иностранное должностное лицо также могут быть должностными лицами или агентами публичной международной организации, такой как ООН или Международный валютный фонд².

Для сравнения: под иностранным должностным лицом в статьях 291 и 291¹ УК РФ понимается любое назначаемое или избираемое лицо, занимающее какую-либо должность в законодательном, исполнительном, административном или судебном органе иностранного государства, и любое лицо, выполняющее какую-либо публичную функцию для иностранного государства, в том числе для публичного ведомства или публичного предприятия. Из примечания 2 к статье 290 УК РФ следует, что под должностным лицом публичной международной организации понимается международный гражданский служащий или любое лицо, которое уполномочено такой организацией действовать от ее имени.

Таким образом, мы наблюдаем замечательное сходство в определениях, вытекающего из общих международно-правовых подходов к определению данного понятия³.

Согласно части 6 статьи 6 АСТ «публичная международная организация» — это организация, членство в которой принадлежит:

(a) стране

(b) правительству стран

¹ Anwar A. The Bribery Act 2010 / A. Anwar, G. Deeprose // Scots Law Times. — 2010. — 23. — ISSN 036-908X. — P. 127.

² The Bribery Act 2010. Guidance about procedures which relevant commercial organisations can put into place to prevent persons associated with them from bribing (section 9 of the Bribery Act 2010). — P. 11, 12.

³ Закон США о коррупции за рубежом (Foreign Corrupt Practices Act), являющийся первым в мире законом о запрете подкупа иностранных должностных лиц, вступил в силу в 1977 году, но до последнего времени применялся достаточно редко. Начиная с 2005 года число расследований в рамках FCPA, проводимых министерством юстиции США (DOJ), Комиссией США по ценным бумагам и биржам (SEC) и Федеральным бюро расследований (FBI) значительно возросло. Наблюдается колоссальное увеличение размеров штрафов и других санкций. См.: <http://www.justice.gov/criminal/fraud/fcpa/docs/fcpa-russia.pdf>

- (с) другим государственным международным организациям
- (d) комплекс из любых вышеупомянутых субъектов.

Как отмечается в «Руководстве», в намерение Правительства не входит криминализация поведения, которое формально подпадает под статью 6 АСТ, особенно принимая во внимание трудности, связанные с доказыванием данного состава. В виду его очевидной широты, и его роли в новой форме корпоративной ответственности, предусмотренной статьей 7 АСТ¹. Это весьма важное примечание, поскольку в английской печати высказывались опасения, что новый закон подорвет конкурентоспособность английской промышленности: в первую очередь имелась в виду статья 7 АСТ, что предусматривает новую форму корпоративной ответственности за неисполнение организацией обязанности по принятию мер для противодействия взяточничеству.

«Не соблюдать закон станет гораздо дороже, чем соблюдать его», — отметил госсекретарь Роуз. Непредотвращение взяточничества внутри компании, по его словам, отныне является серьезным правонарушением, которое может быть совершаться даже без ведома руководства компании. Единственным основанием для освобождения компании от ответственности может стать наличие «достаточных процедур» по противодействию коррупции².

Section 7 creates the «broad and innovatory offence» of the failure of commercial organisations to prevent bribery on their behalf. Статья 7 АСТ «Коммерческая организация, которая не предотвращает дачу взятки» создает «широкое и новаторское преступление», состоящее в непринятии коммерческой организацией мер, чтобы предотвратить взяточничества от их имени. This applies to all commercial organisations which have business in the UK. Коммерческая организация может быть признана виновной в совершении упомянутого преступления, если связанное с нею лицо осуществляет подкуп другого лица с намерением получить для данной организации какое-либо преимущество. Эта норма относится ко всем коммерческим организациям, которые имеют бизнес в Великобритании. Unlike corporate manslaughter, this does not only apply to the organisation itself; individuals and employees may also be guilty. The offence is one of strict liability, with no need to prove any kind of intention or positive action. It is also one of vicarious liability; a commercial organisation can be guilty of the offence if the bribery is carried out by an employee, an agent, a subsidiary, or another third-party, as found in Section 8. Понятие «организация» включает как компании, так и партнерства, зарегистрированные в Великобритании, а также любые иные юридические лица, осуществляющие деятельность в Великобритании.

Согласно части 1 статьи 7 АСТ соответствующая коммерческая организация («С») виновна в преступлении по этой статье, если лицо («А») связанное с «С» подкупает другое лицо, в целях (а) получения или сохранения бизнеса для С, или (b) получения или сохранения преимущества в ведении бизнеса для С.

В части 3 статьи 7 АСТ указывается, что по смыслу данной статьи, А дает взятку другому лицу, тогда, и только тогда, когда А —

(a) будет виновным в совершении преступления в соответствии со статьей 1 или 6 (или А не был привлечен к ответственности за такое преступление), или

(b) был бы виновен в таком преступлении, если бы положения 12 (2) (c) и (4) АСТ не были бы приняты во внимание.

Таким образом, коммерческая организация может быть признана виновной в совершении упомянутого преступления, если ассоциированное с ней лицо подкупает кого-либо с целью получить или сохранить какие-либо благоприятные условия для представляемой им организации. В отличие от корпоративного непредумышленного убийства, не только сама организация; но и отдельные лица, сотрудники организации могут быть признаны виновными³. Понятием «связанное с организацией лицо» охватываются любые лица, осуществляющие какую-либо деятельность от лица или в интересах данной организации, причем положение лица в организации не играет роли. Таким лицом может быть работник организации или дочерней компании, ее агент, дилер, помощник или посредник. Важно, что определяться, является ли лицо представляющим интересы какой либо компании, будет решаться в каждом конкретном случае с учетом всех конкретных обстоятельств.

Это преступление является преступлением с strict liability/объективной ответственностью, то есть ответственность за него устанавливается без необходимости доказывать какие-либо намерения или позитивные действия (без установления вины)⁴. Оно также является одним из преступлений vicarious liability субсидиарной ответственности (ответственность за действия других лиц); коммерческая организация может быть виновным в совершении преступления, если подкуп осуществляется сотрудни-

¹ The Bribery Act 2010. Guidance about procedures which relevant commercial organisations can put into place to prevent persons associated with them from bribing (section 9 of the Bribery Act 2010). — L., 2011. — P. 11.

² <http://alfa-expert.ru/ru/node/18>

³ Sullivan G. The Bribery Act 2010: Part One: an overview // Criminal Law Review. — 2011. — 2. — ISSN 0011-135X. — P. 92.

⁴ Breslin B. The Bribery Act 2010: raising the bar above the US Foreign Corrupt Practices Act / B. Breslin, D. Ezickson, J. Kocoras // Company Lawyer. — 2010. — 31 (11). — ISSN 0144-1027. — P. 363.

ком, агентом, дочернего предприятия или другой третьей стороной, о которых говорится в статье 8 АСТ. Место расположения сторонних лиц не имеет отношения для привлечения к судебному преследованию, по словам Д. Ааронберга и Н. Хиггинса, так что немецкое предприятие розничной торговли в Великобритании, которое дало взятку в Испании может, по крайней мере теоретически, подвергнуться преследованию в Великобритании¹.

Применительно к нам Under Section 7(2), the commercial organisation has a defence if it can show that, while bribery did take place, the commercial organisation had in place «adequate procedures designed to prevent persons associated with [the organisation] from undertaking such conduct». Применительно это означает, что в случае: а) если британская компания имеет коммерческие интересы в России (поставки продукции, участие в государственных контрактах, вхождение в проекты по разработке полезных ископаемых, дилерская сеть, представительство компании, совместные предприятия, инвестиции и пр.); в) если любая иная компания (в том числе и чисто российская) имеет филиал в Великобритании, либо каналы сбыта своей продукции на территории данного государства, проводит финансовые операции или осуществляет инвестиции в Соединенном королевстве и пр., и связанные с такими компаниями лица совершают коррупционные преступления на территории любого государства (в том числе и России), например, дают взятки в интересах компании) — то такие фирмы могут быть привлечены к ответственности по АСТ 2010.

Целью закона не является тотальное применение уголовной репрессии к коммерческим организациям за любой случай коррупции в их пользу или от их имени. Цель закона состоит не в том, чтобы переложить на коммерческие организации всю ответственность за надлежащее действие уголовного права так, чтобы они не допускали совершение взяточничества в свою пользу. Поэтому, для соблюдения определенного баланса статьи 7 АСТ предусматривает полную защиту от обвинений в непринятии мер по предотвращению взяточничества. Она состоит в признании того факта, что достаточный режим предотвращения взяточничества заключается не в том, чтобы быть способным не допустить взяточничество в любое время. Однако в тоже время предусмотренный законом механизм защиты направлен на то, чтобы снабдить коммерческие организации такими процедурами, которые позволили бы предотвратить взяточничество со стороны лиц, связанных с ними². Чтобы достичь надлежащего баланса публичного и частного интересов, статья 7 предусматривает набор мер и процедур по предотвращению коррупции, они стимулируют организации к предотвращению дачи взяток лицами, связанными с ними.

Так, в соответствии с частью 2 статьи 7 АСТ коммерческая организация может защититься, если сможет показать, что, в то время как взяточничество имело место, в коммерческой организации были в действии «адекватные процедуры, направленные на предотвращение поведения лиц, связанных с [организацией], от осуществления такого поведения». Under the Act's explanatory notes, the burden of proof in this situation is on the organisation, with the burden of proof being «on the balance of probabilities». Section 9 requires the Secretary of State to publish guidance on the interpretation of the Section 7 offence. Организация в целях защиты может доказывать, что она пыталась препятствовать взяткодателю в совершении действий по даче взятки. В примечаниях к Закону разъясняется, что бремя доказывания в этой ситуации лежит на организации, при этом оценка исполнения бремени доказывания определяется на основе «баланса вероятностей» (on the balance of probabilities)³.

Итак, в соответствии с прецедентным правом стандарт доказывания (standard of proof), который коммерческая организация должна выполнить, чтобы доказать свою защиту, в случае, если она подвергнется уголовному преследованию, является балансом вероятностей. Способом же защиты организации от обвинения в данном преступлении может быть принятие ею адекватных мер по предотвращению фактов взяточничества среди связанных с нею лиц.

Государственный секретарь в «Руководстве по интерпретации» дал соответствующее разъяснение статьи 7 АСТ. В пункте 12 его «Руководства» указывается, что применение мер по предотвращению взяточничества со стороны коммерческих организаций представляет значительный интерес для тех, кто расследует взяточничество, и надо исходить из того, что эти меры являются соответствующим, если организация желает сообщить о случае взяточничества обвинительным властям — например в Службу по расследованию крупных мошенничеств (SFO), которая осуществляет деятельность в Англии и Уэльсе и Северной Ирландии в кооперации с коммерческими организациями, которые обязаны сами сообщать о случаях коррупции. Готовность коммерческой организации к сотрудничеству с расследованием и сделать полное раскрытие информации также

¹ Aaronberg D. The Bribery Act 2010: all bark and no bite...? / D. Aaronberg, N. Higgins // Archbold Review. — 2010. — 5.— ISSN 1756-7432. — P. 7.

² The Bribery Act 2010. Guidance about procedures which relevant commercial organisations can put into place to prevent persons associated with them from bribing (section 9 of the Bribery Act 2010). — L., 2011. — P. 14.

³ Aaronberg D. The Bribery Act 2010: all bark and no bite...? / D. Aaronberg, N. Higgins // Archbold Review. — 2010. — 5. — ISSN 1756-7432. — P. 7.

будут приняты во внимание при принятии любых решений относительно того, уместно ли начать уголовный процесс¹.

Обыкновенное радушие и продвижение или другие составляющие бизнеса, которыми обеспечивается создание положительного отношения к коммерческой организации, усилия по повышению эффективности презентации товаров или услуг, или установления доверительных отношений признаются как неотъемлемая и важнейшая часть ведения бизнеса и в намерение Закона не входит криминализация такого поведения. Правительство не имело целью посредством данного Закона запретить разумные и соответствующие радушие и продвижение или другие сходные составляющие бизнеса, предназначенные для этих целей. Однако представляется очевидным, что радушие и продвижение или другие сходные бизнесосоставляющие могут быть использованы, как взятка. Для того, чтобы состоялась взятка по смыслу статьи 6, должно быть намерение для использования финансового или иного преимущества для того, чтобы повлиять на должностное лицо в его официальной роли или таким образом сохранить бизнес или преумножить его. В этом отношении, может случиться при некоторых обстоятельствах, что радушие или продвижение в форме путешествия или сопутствующих услуг даже не составит «финансового или иного преимущества» для соответствующего должностного лица потому, что это стоимость будет также рождена соответствующим иностранным правительством, а не самим должностным лицом².

Меры, которые могут быть сочтены надлежащими, чтобы избежать привлечения к ответственности за непринятие мер по предотвращению дачи взятки лицом в пользу организации, строятся на шести принципах:

1. Оценка рисков — знание и мониторинг коррупционных рисков, с которыми организация сталкивается в своей отрасли или на своем рынке.

2. Обязательства высокого уровня — создание общеорганизационной культуры, в которой взятничество не приемлемо.

3. Проверка контрагентов — знание тех, с кем вы ведете бизнес, знание почему, когда и кому вы предоставляете фонды, а также стремление к взаимному антикоррупционному соглашению; пребывание в позиции, когда вы чувствуете, что деловые отношения прозрачны и этичны.

4. Ясные, практичные и доступные процедуры — контроль их применения ко всем работникам и деловым партнерам; охват ими всех соответствующих рисков, таких как политические и благотворительные пожертвования, подарки и гостеприимство, расходы на стимулирование сбыта, а также обивинения во взяточничестве.

5. Эффективное внедрение — выход за «бумажное соответствие» к укоренению антикоррупционного подхода в организационных внутренних контролях, политиках по набору и вознаграждению, операционной деятельности, коммуникациях и тренингах по практическим вопросам бизнеса.

6. Контроль и анализ — проверки и финансовые контроли, прозрачные и реагирующие на взяточничество, а также учитывающие, с какой частотой необходимо пересматривать политики и процедуры.

Таким образом, создание системы внутренней профилактики коррупции внутри организации и в среде связанных с организацией бизнес-партнеров и коммерческих посредников формирует своего рода иммунитет к ответственности и санкциям, установленным в Bribery Act 2010. Исходя из практики применения Закона США о практике коррупции за рубежом (Foreign corrupt practices act, FCPA), размеры финансовых санкций, которые налагаются на предприятия, избалованные в совершении коррупционных преступлениях, могут достигать таких размеров, что выплата данных штрафов может означать фактический финансовый крах бизнеса. Представляется, что практика и статистика привлечения к ответственности по FCPA вполне может быть использована для построения прогноза размера потенциальных наказаний и по британскому Закону о взяточничестве 2010 года. Таким образом, учитывая степень коррупциогенности политической и экономической системы Российской Федерации, соответствие требованиям Bribery Act 2010, разработка и внедрение систем профилактики коррупции становится для британских бизнесменов в России, для российских и совместных предприятий, имеющих интересы в Великобритании, одной из ключевых задач³.

Отечественное уголовное законодательство впервые ввело штрафы за взяточничество. Эта мера вызвала неоднозначные оценки со стороны отдельных представителей юридического сообщества⁴. Между тем, как выясняется, английский законодатель также использует данную меру наказания за взяточничество.

¹ The Bribery Act 2010. Guidance about procedures which relevant commercial organisations can put into place to prevent persons associated with them from bribing (section 9 of the Bribery Act 2010). — L., 2011. — P. 8.

² Ibid. — P. 8.

³ См.: Rozhnov K. Will the UK Bribery Act help Russia fight corruption? <http://www.bbc.co.uk/news/business-11758400>

⁴ См. результаты опроса экспертов на сайте МАСП // <http://www.iuaj.net/node/707>

Статья 11 АСТ «Штрафы» содержит систему наказаний для физических лиц и компаний, признанных виновными во взяточничестве. Так, согласно части 1 статьи 11 АСТ физическое *лицо*, виновное в совершении преступления в соответствии со статьями 1, 2 или 6, несет ответственность —

(a) в случае «summary conviction»¹ — к тюремному заключению на срок, не превышающий 12 месяцев, или штраф, не превышающий уставного максимума, или,

(b) в случае осуждения по indictment² — к тюремному заключению на срок, не превышающий 10 лет, или штрафом, или и тем, и другим.

Таким образом, если человек признан виновным в подкупе, и был осужден в упрощенном порядке, он может быть лишен свободы на срок до 12 месяцев и оштрафован на сумму до 5000 фунтов стерлингов. Если кто-то found guilty on indictment, however, faces up to 10 years' imprisonment and an unlimited fine. The crime of a commercial organisation failing to prevent bribery is punishable by an unlimited fine. Тот, кто признан виновным по обвинительному акту (indictment), то ему грозит до 10 лет тюремного заключения и неограниченный штраф³.

В соответствии с частью 2 статьи 11 АСТ *любое другое лицо*, виновное в преступлении, предусмотренном статьями 1, 2 или 6, несет ответственность —

(a) по summary conviction — в виде штрафа, не превышающего установленного законом максимума,

(b) в случае осуждения по indictment (обвинительному акту) — в виде штрафа.

Таким образом, If an individual is found guilty of a bribery offence, tried as a summary offence, they may be imprisoned for up to 12 months and fined up to J5,000. Коммерческая организация, которая не смогла предотвратить взяточничество, карается неограниченным штрафом. In addition, a convicted individual or organisation may be subject to a confiscation order under the Proceeds of Crime Act 2002, while a company director who is convicted may be disqualified under the Company Directors Disqualification Act 1986. Кроме того, имущество осужденных физических лиц или организаций может подлежать конфискации в соответствии с Proceeds of Crime Act 2002 (ПОСА), в то время как директор компании, которая признана виновной, может быть дисквалифицирован по Company Directors Disqualification Act 1986⁴.

В соответствии с частью 3 статьи 11 АСТ *лицо*, виновное в совершении преступления, предусмотренного статьей 7, несет ответственность в случае осуждения по обвинительному акту — в виде штрафа.

Мы видим, что так же, как и в нашем законодательстве, в Великобритании взяточникам грозит конфискация. В этой стране существует специальный орган — Assets Recovery Agency (Агентству по восстановлению активов). Законом об уголовном процессе 2002 года эту агентству приданы новые полномочия.

Новые полномочия позволяют Агентству по восстановлению активов⁵ использовать процедуры гражданского судопроизводства для возвращения средств, полученных от противоправной деятельности, путем предъявления иска в Высоком суде. Where there are reasonable grounds to suspect there is taxable income gain or profit the Agency also has the power to issue tax assessments, где есть достаточные основания подозревать, что имеется налогооблагаемый доход или прибыль, Агентство также имеет право предъявлять иск на обложение налогом данного дохода.

В сущности, постановление о конфискации («confiscation order») является постановлением Королевского суда, в котором содержится требование к осужденному ответчику выплатить государству определенную сумму денег в установленный срок (не позднее чем через 12 месяцев с момента вынесения ордера). The Crown Court is obliged to make a confiscation order if requested to do so by the prosecutor following the conviction of the defendant of an offence from which he has obtained a benefit. Суд короны обязан выдать ордер на конфискацию, если этого потребует прокурор после осуждения подсудимого за преступление, в результате которого он получил доход.

При этом Суд короны, как правило, должен установить (i) доход получен данным ответчиком и (ii) наличие у ответчика доступной суммы, которая может быть конфискована. Постановление о конфискации, соответственно, должно быть вынесено в возмещение суммы, которая является меньшей из этих двух цифр.

Закон устанавливает правила для определения как дохода от преступной деятельности, так и доступной суммы ответчика. In relation to benefit the court is obliged to apply the statutory assumptions set out in section 10 if the defendant has a criminal lifestyle. В том, что касается установления преступных доходов, суд обязан применить законодательные положения, изложенные в статье 10 ПОСА, если ответчик вел преступный образ жизни.

¹ То есть осуждение в порядке суммарного производства.

² То есть по обвинительному акту.

³ Pope T. The Bribery Act 2010 / T. Pope, T. Webb // Journal of International Banking Law and Regulation. — 2010. — 25 (10). — ISSN 0267-937X. — P. 482.

⁴ Anwar A. The Bribery Act 2010 / A. Anwar, G. Deeprose // Scots Law Times. — 2010. — 23. — ISSN 036-908X. — P. 128.

⁵ The Assets Recovery Agency, созданное 2002 Act с марта 2008 года, стало частью Serious Organised Crime Agency.

A defendant has a criminal lifestyle if, and only if, he meets the criteria of section 75. Ответчик считается ведущим преступный образ жизни, если и только если он отвечает критериям статьи 75 РОСА. A criminal lifestyle may be established by the conviction of the defendant of a single offence. Факт ведения преступного образа жизни может быть установлен осуждением ответчика хотя бы за совершение одного правонарушения.

Доступная сумма ответчика, как правило, представляет собой рыночную стоимость всех его активов за вычетом суммы любых обязательств, которые обложены эти активы. Необеспеченные обязательства не вычитаются при определении доступной суммы ответчика.

Если суд не может установить доступную сумму ответчика, он должен вынести постановление о конфискации в размере суммы полученного преступного дохода.

На сторону обвинения возлагается общее бремя доказывания преступного дохода ответчика, а на ответчика возлагается бремя установления его доступной суммы. In practice the prosecutor will in the first instance attempt to assist the court to establish both figures. На практике прокурор в суде первой инстанции будет стремиться помочь суду в установлении размеров и той, и другой суммы. Если ответчик не оплатил сумму, назначенную для выплаты по ордеру суда, то эта выплата может быть принудительно обеспечена с помощью различных средств, будут начисляться проценты с суммы неоплаченного.

Одним из таких средств принуждения может быть назначение дополнительного срока лишения свободы (максимум 10 лет) за неуплату в срок назначенной судом суммы выплаты.

Кстати, по этому поводу нельзя не отметить, что при обсуждении возможных вариантов законодательного решения ситуации, когда осужденный, приговоренный к штрафу за совершение преступления, относящегося ко взяточничеству, злостно уклоняется от уплаты штрафа, делались предложение аналогичные вышеописанному. Однако в законопроекте «О внесении изменений в Уголовный кодекс Российской Федерации и отдельные законодательные акты Российской Федерации» (прошедшем первое слушание в Государственной Думе 7 сентября 2011 г.) предлагается иной механизм замены штрафной уголовно-правовой санкции, а именно, часть 5 статьи 46 УК РФ предлагается изложить в следующей редакции: «5. В случае злостного уклонения от уплаты штрафа, назначенного в качестве основного наказания, он заменяется иным наказанием, за исключением лишения свободы». Получается, что в целом в английском законодательстве существуют более строгие меры наказания за взяточничество. Возможно, что и более существенные детерминанты, влияющие на развитие право, чем преемственность, в частности, конъюнктурные соображения конкретных разработчиков законопроектов.

А.В. Алехина

Алехина Александра Викторовна — адъюнкт кафедры уголовного и уголовно-исполнительного права Нижегородской академии МВД России

Защита прав инвесторов в Соединенных Штатах Америки: исторический аспект

Соединенные Штаты Америки — страна с относительно молодой законодательной историей. Несмотря на это, правовое регулирование достаточно большого количества отраслей общественной жизни Америки представлено полной и четкой законодательной базой и является примером для создания и совершенствования собственного национального законодательства многих других мировых держав. К числу таких отраслей относится и сфера корпоративного контроля. Однако говорить о том, что на сегодняшний день американская законодательная база полностью сформировалась и является неизменной, достаточно сложно. Зачастую, большую роль в увеличении количества и усложнении содержания процессов по слияниям и поглощениям как раз играют изменения, которые претерпевает законодательная база той или иной страны.

В общем виде регулирование процессов по слияниям и поглощениям в США происходит с использованием законодательно закрепленных правил о рынке ценных бумаг, антимонопольного законодательства, норм о гражданской и уголовной ответственности, а также сложившейся правоприменительной практики.

До Великой депрессии 1929—1933 годов американский рынок ценных бумаг характеризовался фактическим невмешательством государства в его деятельность. На фоне стремительного роста инвестиционной активности, наблюдавшегося после первой мировой войны, поступавшие изредка предложения о необходимости раскрытия компаниями финансовой информации в целях предупреждения мошенничества с ценными бумагами, серьезно не рассматривались. Падение фондового рынка в октябре 1929 года и следующая за этим экономическая депрессия значительно подорвали заинтересованность инвесторов к операциям с ценными бумагами. В этот период среди экспертов сформировалось стабильное мнение о том, что для возрождения экономики необходимо вернуть доверие граждан к фондовому рынку. Этот вопрос широко обсуждался на специальных слушаниях в Конгрессе, который в 1933 и 1934 годах последовательно утвердил два закона — Закон «О рынке ценных бумаг» (Securities Act of 1933), также известный как «Закон о доверии ценным бумагам» (Truth in securities law), и Закон «О ценных бумагах и биржах», которые как раз и были призваны укрепить доверие инвесторов к рынку ценных бумаг путем введения контроля над этим рынком со стороны государства.

Закон «О рынке ценных бумаг» (Securities Act of 1933) требовал, чтобы инвесторы получали доступ к информации о ценных бумагах, предлагаемых для публичной продажи. Также этот закон запрещал в ходе продажи ценных бумаг мошенничество, обман и ложную интерпретацию данных и содержал в себе методы распределения и продажи, которые признавались законными и справедливыми. Нормы этого Закона содержали наиболее детальную регламентацию слияний, оплачиваемых ценными бумагами. Что же касается Закона «О ценных бумагах и биржах», то его положения применялись к таким слияниям, которые оплачивались только деньгами или ценными бумагами, не подлежащим регистрации, на основании исключений, предусмотренных Законом «О рынке ценных бумаг», в которых хотя бы одна из компаний являлась публичной. В целом, содержание этих законов сводилось к двум основополагающим принципам. Во-первых, компании, предлагающие свои ценные бумаги для продажи, должны были предоставить достоверную информацию о своей деятельности. Во-вторых, структуры, продающие и покупающие ценные бумаги, — брокеры, дилеры и биржи — должны были действовать, в первую очередь, в интересах инвесторов, работая с ними честно и справедливо.

Главным достижением в принятии Закона «О рынке ценных бумаг» явилось усиление государственного регулирования первичного рынка ценных бумаг.

Кроме этого, в 1935 году был принят закон о холдинговых компаниях в коммунальной сфере (Public Utility Holding Company Act of 1935), направленный на регулирование деятельности компаний электро- и газоснабжения, занимающихся бизнесом в некоторых штатах, в области выпуска и обращения ценных бумаг, заимствований, слияний и поглощений и ряда других финансовых сделок.

После падения большинства взаимных фондов закрытого типа, активно действовавших в 1920-е годы, Конгресс принял Закон об инвестиционных компаниях 1940 года (Investment Company Act of 1940). Первоочередная цель этого Закона состояла в том, чтобы свести к минимуму конфликты интересов, которые обычно возникают как следствие сложности операционных структур компаний данного

типа. Эта цель была достигнута с помощью установления жестких требований относительно публичной отчетности и раскрытия информации, относящейся к инвестиционной политике и методам фонда, его финансовому положению и представлению результатов инвестиционной деятельности. Закон 1940 года также установил стандарты, определяющие оптимальные методы ведения операций, и потребовал от инвестиционных компаний ассигновать инвестируемые средства в соответствии с инвестиционными целями, указанными в их проспектах.

В Законе об инвестиционных консультантах 1940 года (*Investment Advisors Act of 1940*) устанавливалось, что фирмы или практикующие частные лица, которые получают материальную компенсацию за консультирование других лиц относительно инвестиций в ценные бумаги и управляют активами в размере не менее 25 млн долларов по поручению клиентов или являются советниками зарегистрированной инвестиционной компании.

Принятый в 1968 году Закон Уильямсона имел своей основной целью упорядочение действий в части слияний и поглощений компаний. Следует отметить, что самой важной законодательной новеллой явилось положение о защите инвестора от возможного ущерба, вызванного сменой собственника компании. Центральным органом, осуществляющим контроль над деятельностью любой компании, традиционно являлась Комиссия по ценным бумагам и биржам США (*Securities and Exchange Commission, SEC*). Закон Уильямсона обязал претендентов на участие в бизнесе компании сообщать о деталях их тендерного предложения в вышеназванную Комиссию, предоставляя тем самым возможность акционерам компании обдумать все «за» и «против». Комиссия по ценным бумагам и биржам США получила еще более широкие полномочия во всех аспектах, связанных с индустрией ценных бумаг, в частности, право регистрировать, регулировать и контролировать все саморегулируемые организации, а также американские фондовые биржи, применять дисциплинарные полномочия по отношению к этим учреждениям и связанным с ними лицам. По мере развития рынков ценных бумаг, увеличения их масштабов, вовлечения в их деятельность технологических новшеств, появления новых продуктов и услуг Комиссия по ценным бумагам и биржам разрабатывала поправки к существующим законам и вносила предложения о принятия новых правил, соответствующих меняющимся условиям в целях поддержания стабильности рынков и защиты инвесторов.

В 1975 году принимаются поправки к законам о ценных бумагах с целью создания общенационального фондового рынка с едиными правилами проведения сделок и унифицированной системой расчетов и платежей.

Факты слияния и поглощения компаний с позиции защиты прав американских инвесторов являются предметом регулирования многих иных законодательных актов в США, в том числе актов, относящихся к антитрестовскому законодательству.

С точки зрения законов рынка слияние, поглощение или приобретение компаний — это обычное явление, связанное с развитием конкурентной борьбы между компаниями, предпринимателями. Однако государство сохраняет за собой право контроля над преобразованиями национальных компаний, если в реорганизации компаний участвуют иностранные лица.

Государственное вмешательство в процесс свободной конкурентной борьбы между иностранными и национальными предпринимателями в законодательстве США обеспечивается особыми полномочиями высших органов исполнительной власти, которые наделены правами проведения расследования нарушений законодательства и совершать корректировку условий свободной конкурентной борьбы с помощью процедуры расследования. В основе этого метода государственного регулирования предпринимательской деятельности лежит детальная регламентация процедуры принятия решения органами власти как на уровне закона, так и на уровне подзаконных актов.

Законом о конкуренции и торговле США 1988 года, положения которого (ст. 5021 Закона 1988 г.) дополняют и развивают нормы Закона о защите промышленности 1950 года, впервые вводятся ограничения в правила свободной конкуренции для тех случаев, когда участником конкурентной борьбы является иностранный предприниматель. Президенту были предоставлены полномочия проводить расследования, когда приобретение, слияние или поглощение компаний иностранными лицами создает угрозу национальной промышленности, Президент или лицо, уполномоченное Президентом, может проводить расследование с целью выявления связи между национальной безопасностью (*national security*) и слиянием, поглощением или приобретением компании. Закон касается только тех слияний, поглощений и приобретений компаний, в которых участвуют иностранные лица и к этим лицам переходит контроль за деятельностью компании, подвергнувшейся реорганизации. Президент принимает меры и приостанавливает процедуру слияния, поглощения или приобретения компании лицом, занятым в торговле между штатами США. Президент принимает меры в форме проекта решения о запрещении совершения соответствующих действий (*injunction relief*) или о возврате инвестиций (*divestment*).

Такие особенности в регулировании инвестиций, объясняемые общим концептуальным подходом к системе государственного регулирования предпринимательской деятельности в США, способствовали превращению американских финансовых структур в глобальные институты, во многом определяющие лидирующие позиции американских инвесторов в мировой экономике.

О.А. Андреева

Андреева Ольга Александровна — доктор философских наук, профессор, профессор кафедры теории и истории государства и права Таганрогского института управления и экономики

Правопреемство в российской историко-правовой науке как принцип развития юридической мысли

В современной правовой науке принцип правопреемства находит довольно широкое применение и нередко доказывает свою эффективность там, где требуется урегулировать сложные, неординарные проблемы, как например, возникающие в ходе радикальных преобразований в общественно-экономической и политической жизни государства. Поэтому преемственность в праве можно рассматривать как некий исторический интервал, в рамках которого происходит модернизация права, то есть процесс его приспособления к новым социально-экономическим реалиям. В более широком смысле преемственность в праве выступает как процесс диалектического снятия при переходе от одного этапа его развития к другому, выполняя роль всеобщего принципа сохранения. Как бы ни менялось право от эпохи к эпохе, его общие начала лежат в основе всех правовых систем. Сами эти начала отражают специфику человеческой жизнедеятельности, которая базируется на общественном производстве, органической частью которого являются формы собственности.

При определенных условиях принцип правопреемства может толковаться расширительно не только как процесс перехода прав и обязанностей, но и как способ удержания в новых нормах положительного содержания старых, апробированных временем. Но это вопрос будущего развития исторической науки права. Историко-правовая наука долгое время проводила анализ общественных явлений в отрыве от принципа правопреемственности, поэтому правомерно поставить вопрос, не наступило ли время синтеза, по крайней мере, для историко-правовых учений, в которых правопреемство играет стержневую роль. В процессе исторического развития государства и права неизбежно возникают разрывы между существующими и нарождающимися правовыми системами. Именно в такие моменты преемственность выступает буферной зоной, в которой старое смыкается с новым при постепенном накоплении нового правового материала.

В истории государства и права правоотношения по поводу собственности составляют незыблемую основу любого права. Личные права связаны с правом частной собственности, а право интеллектуальной собственности появляется гораздо позднее как производное от материального обеспечения прав и свобод собственника. Кстати, в этом одна из причин относительных неудач социалистов, которые, вместе с отменой собственности, отменяют право, по крайней мере, частное право, свидетельством чего является история государства и права России, пережившая самые причудливые ее комбинации. Отменив право, социалисты были вынуждены сделать следующий шаг — объявить об отмене государства, как его отмирании, хотя в действительности они только и делали, что укрепляли государство, как например, в форме диктатуры пролетариата или народовластия.

Сходные мысли по проблеме преемственности в государстве и праве уже высказываются в научной юридической литературе. Заслуживает внимания рассуждение В.В. Сорокина о необходимости введения в историко-правовую науку понятия переходного периода. Он считает, что задача правовой системы в этот период выступает как опосредование смены общественно-политического строя на качественно новых началах¹. Впрочем, признавая основательность рассуждений В.В. Сорокина, следует предположить, что само понятие «переходный период» отражает только момент в развитии и становлении права, тогда как преемственность в праве являет собой фактически процесс правопреемственности, в ходе которого осуществляется сохранение позитивного содержания в качестве исходного материала для последующего правотворчества. Конечно, на становление новых правовых идей влияют и другие факторы, например, материальные, но рождение новых правоотношений начинается с примерки к ним сложившихся правовых конструкций и лишь впоследствии в новой форме они отражают сложившиеся новые правовые реалии. Старые исходные формы как бы отодвигаются в тень, но присутствуют в новых концепциях по умолчанию. Мы рассматриваем это как специфическую черту юридической техники, которая возможна на базе преемственности, а применительно к теории права — правопреемственности, так как право в общем смысле является юридическим оформлением политических решений, то есть больше идеологией, чем наукой.

¹ См.: Сорокин В.В. Правовая система в переходное время // Правоведение. — 2002. — № 1. — С. 180.

Такой подход к истории и теории права позволяет представить динамику смены правоотношений как единое направление развития в виде ветвящегося графика, состоящего из периодов как линейного, так и нелинейного развития, и которое в совокупности является синергетическим процессом, актуализирующим некоторые принципы диалектики. В соответствии с этим право можно отнести к диссипативным системам (далеким от равновесия), которые находятся в постоянном становлении и эволюционируют в соответствии с нелинейными законами благодаря механизмам отбора.¹ Поэтому, как отмечает И.Л. Честнов, — «нормы права могут претендовать на статус правовых только в том случае, если они пройдут отбор историей»², подчеркивая при этом, что истории — это не однолинейное, однонаправленное движение к заранее поставленной цели, а самосохранение социума как живого организма.

В.В. Сорокин в упоминавшейся статье близко подходит к идее правопреемственности в истории права, концентрируя внимание на переходных периодах, которые составляют, по нашему мнению, момент преемственности в праве, так как она (история) включает не только периоды адаптации, но и периоды трансляции через трансформацию правовых идей в правовом времени и пространстве. Впрочем, рассуждение уважаемого автора по поводу «неопределенно долгого существования переходных правовых систем»³ опровергается логическими рассуждениями, что нестабильность всегда является лишь моментом в становлении процессов,⁴ основа которых всегда устойчивость, а применительно к праву это означает, что не могут старые нормы обслуживать новые правоотношения. Так, например, трансформация советского права в российское право уложилась в десятилетний период.

В правовой науке до сих пор не осознан смысл превращения правопреемства из частного случая в универсальный метод, являющийся одним из основных в историко-правовой науке, как базовый принцип развития юридической мысли, помогающий понять историю права не как сумму рядоположенных событий, а как органический процесс реализации общественно-правовых идеалов истории.

«Право в гораздо большей степени, чем государство, предстает устойчивой и преемственной социальной традицией. Оно всегда пронизано традицией своего усвоения и применения во внутрисемейном и ином родственном общении, в религиозных обрядах и светских церемониях, в повторяющихся по аналогии судебных решениях, в конституционном праве и в конституционно-правовых обычаях», — пишет В.Г. Графский.⁵ Преемственность является актуализацией всеобщих законов диалектики, но применительно к историко-правовой науке с ее междисциплинарными связями требует более детальной специализации принципа всеобщего изменения и развития. Метод правопреемственности является синтетическим, дополняющим основные законы и категории диалектики, то есть как бы после аналитического разложения политико-правового процесса на три его составляющие осуществляется синтез их на последующем более высоком уровне.

Правопреемственность позволяет отказаться от классического принципа локальности в области права и представить государственно-правовую историю как единый восходящий процесс от дикости к цивилизации, от силы к праву, от необходимости к свободе. Поэтому правопреемственность можно рассматривать как центральное звено философии права, так как не будь ее, все политико-правовые учения разбились бы на огромное количество изолированных школ, изучающих не связанные друг с другом периоды истории права. События как бы происходили, но вне связи друг с другом и, таким образом, история государства и права лишалась бы своих исторических корней и источников, каждый раз возникая вновь. Именно такой подход мы наблюдаем в отношении памятников права, которые рассматриваются, в лучшем случае, как фрагменты истории, но не составные части и источники последующих правовых теорий и систем.

Иллюстрацией к этим критическим рассуждениям может стать история становления государственно-правовой системы в Древней Руси, которая достоверно подтверждает, что в истории отдельных народов проявляются общие закономерности становления и развития государства и права на принципах правопреемственности. С переходом от родовых отношений к общинным родственные естественные связи общества слабеют, и кровнородственная власть заменяется выборной, внешней властью. «Призвание князя, — писал историк русского права XIX века Н.Л. Дювернуа, — было первым шагом к выделению государственного права из той безразличной массы прав, которой обладателем до этого чувствовал себя всякий свободный»⁶.

¹ См. Бранский В.П. Теоретические основания социальной синергетики // Петербургская социология. — 1997. — № 1; Пригожин И. Философия нестабильности // Вопросы философии. — 1991. — № 6.

² Честнов И.Л. Правопонимание в эпоху постмодерна // Государство и право. — 2002. — № 2. — С. 15.

³ См. Сорокин В.В. Правовая система в переходное время // Правоведение. — 2002. — № 1. — С. 191.

⁴ См. Андреева О.А. Стабильность и нестабильность в контексте социально-культурного развития.. — Таганрог, 2000.

⁵ Графский В.Г. Всеобщая история государства и права. — М., 2000. — С. 12.

⁶ Дювернуа Н.Л. Источники права и суд в Древней Руси: опыты по истории русского гражданского права. — СПб., 2004. — С. 49—50.

Право, являясь, по существу, формой идеологии, имеет дело не с объективной реальностью первого порядка (материальным миром), а с реальностью второго порядка — исторической материей, то есть непосредственным отражением общественной жизни через правовую теорию и действующее законодательство. Законодатель действует не под влиянием общетеоретических соображений, а под влиянием реальных интересов и лишь на некотором отдалении продукт его деятельности становится объектом правовой теории. Поэтому в историко-правовой науке легко приживаются субъективизм и волюнтаризм, когда результаты историко-правового развития приписываются отдельным личностям: Хаммурапи, Солону, Юстиниану, Наполеону и т. д. Но с другой стороны, в истории права отражен процесс объективного правотворчества как результата деятельности субъекта истории — народа, например в таких понятиях, как англосаксонская, романо-германская и другие семьи права, что более соответствует объективной истине.

Таким образом, там, где речь идет об эпохах в развитии права, личности уступают место подлинным творцам и носителям правовых отношений — государству, классам, гражданам. Искусство теоретика права заключается в умении соединить общей идеей отдельные периоды развития права, сознательно или бессознательно используя принцип правопреемственности, представляя политико-правовую историю как непрерывный процесс. Противоположный подход, связывающий правотворчество с отдельными личностями, ведет к локализации истории. Сущность этого процесса выражена А. Тойнби применительно к всеобщей истории, но дальнейшего развития эта теория в историко-правовой науке не получила, так как, объясняя некоторые ее детали, противоречит ее развитию по существу и, в частности, самоочевидному принципу правопреемственности. В свою очередь, историческая школа права держится на признании правопреемственности, так как каждое время и каждый правовой порядок привязаны к исторически обусловленным предпосылкам с учетом правовых источников прошлых времен, а субъективистские школы права — на героизме в истории, понимая под героизмом деятельность выдающихся личностей в древнегреческом понимании героев, то есть богов, но смертных по своей природе, так как рождены от земных женщин.

За счет юридической техники в теории правопреемства шлифуются юридические материалы, постепенно накапливаемые историко-правовой наукой, являющейся хранилищем основ правового мышления, правоприменения и правотворчества. Поэтому главное назначение истории права, как пишет М.А. Дамирли, «воплощать интенцию человека осознать себя как “юридическое существо”, понять настоящее право через его прошлое и увидеть перспективы его будущего...»¹ В этом смысле историко-правовые науки выступают кладезем, из которого черпают правовые конструкции и идеи последующие поколения, добавляя к ним то, что накоплено и переработано в локально-исторический период. Так, например, в эпоху феодализма идея творца как высшей ценности уступила место идее личных прав и свобод человека, в которых богочеловечество заменилось человекобожием, а суверенитет власти, исходящей от бога, сменился принципом суверенитета власти, исходящего от народа, и т. д. Или другой пример: советское право отринуло предшествующее право, назвав его «правом свергнутого класса», но не надолго, так как оказалось без исторических корней. Восстановление исторической справедливости в дальнейшем пошло двумя путями:

— во-первых, явочным порядком в советское право включались элементы общепринятого права, например, международного и обычного права;

— во-вторых, переходом к реформе советского права в конце 90-х годов XX века, который ведет к восстановлению нарушенного хода логической и исторической правовой мысли и политики, а право опять становится звеном в цепи развития правовой теории и истории, источником правотворчества на новом этапе исторического развития.

Следовательно, как отмечает М.А. Дамирли, «одной из первоочередных задач постсоветской историко-правовой науки должно стать восстановление прерванной в советский период преемственности и удержание, творческое восприятие того ценного, что было накоплено за всю историю ее развития»². Впрочем, трудно согласиться, что советский период что-то прерывал в истории права, так как он явился необходимым звеном в системе российского права, что подтверждается хотя бы фактом использования советского права на протяжении длительного периода реформирования России. Так, Жилищный кодекс РСФСР действовал вплоть до 1 марта 2005 года. Произошла трансформация системы советского права в систему либерального права, в которой многие конструкции были включены в новые правоотношения. Таким образом, историко-правовая наука показывает нам процесс постоянной трансформации историко-правового материала с инсталляциями и новеллами, диктуемыми изменившимися обстоятельствами и мировоззренческими установками сменяющих друг друга поколений.

В политической истории большое значение придается революционным переворотам, тогда как с точки зрения права происходит лишь смена господствующих предпочтений в отношении форм собственности. Первобытно-общинная формация, основанная на общественной собственности, уступила

¹ Дамирли М.А. К новой концепции исторического познания права // Правоведение. — 2003. — № 3. — С. 159.

² Там же. — С. 161.

место формациям, основанным на частной собственности: социалистический строй, исключающий частную собственность на орудия и средства производства, а, следовательно, и частных собственников, сменился своей противоположностью — капитализмом, где те же люди пришли к мысли о предпочтительности частнособственнических отношений перед государственно-общественными. Правоведам осталось лишь зафиксировать эту перемену, причем задним числом и по истечении длительного времени с момента самого переворота, в ходе которого частный собственник победил общинного собственника. Этот пример доказывает, что не правовые идеи определяют развитие общества, а наоборот, изменившиеся общественные отношения получают оформление в правовых конструкциях, закрепляющих эти отношения не только в законодательстве, но и в общественной идеологии и общественном сознании, а конкретнее — в новой юридической технике и понятии правового государства. Когда ставится целью разрушение старого мира, фактически в основу новой правовой конструкции кладутся лишь новые отношения по предмету права собственности, тогда как правовая система в своих существенных частях сохраняет общечеловеческие принципы права, придавая им специфическую форму частнособственнических или общественно-государственных правоотношений, что выражается в придании особого характера всему праву, возникающему на новой основе.

Знакомство с публикациями по данной теме показывает, что ранее упомянутый В.В. Сорокин и прав, и не прав, отмечая, что проблема преемственности права не разрабатывается в теории государства и права. Существует немало публикаций, в которых переходные периоды в истории права рассматриваются в связи с другими, иногда далекими от права проблемами. Вызывает интерес статья Б.А. Осипяна «Понятие правомерности и межерологии права»¹, в которой рассматриваются некоторые проблемы правопреемственности и в частности процессы трансформации правовых идей в научные рациональные понятия, а также пределы и условия целесообразного действия позитивных законов в рамках меры, наличной свободы и ответственности правовых субъектов. Если предположить, что речь идет о процессе развития и становления права, то указанный автор выводит их из теологической теории права, а основные школы права (естественного права, историческая школа права и юридического позитивизма), впрочем, как и идеи всех других систематизированных или потенциальных теорий права, по его мнению, «составляют малые зерна и частицы целостной истины».² Правомерность, рассматриваемая автором, направлена главным образом на теологизацию принципов права с христианских позиций всеобъемлющей любви, веры и религиозного опыта. Этим, подчеркивает автор, «правомерность и отличается от разновидности всякой бесплодной наукообразной и правовой эклектики»³. Такая позиция вызывает уважение, но и некоторые возражения чисто логического порядка. Если перечисленные (в основном, «безбожные», по определению автора) правовые теории стремятся к консолидации с христианством, то почему они не отказались от применения принуждения и насилия между людьми, заменив их христианской любовью, и, если справедлив принцип «не судите да не судимы будете», то вся юриспруденция без всякого изъятия является антихристианской, так как увы, судит. Подобного типа правовая преемственность, хотя и под видом правомерности, не объясняет действительной преемственности материального и процессуального права. Современное право содержит больше заимствований из законов Хаммурапи или римского права, чем из всех школ церковного права.

Дело в том, что автор меняет причину и следствие местами: религия заимствует у права свои положения, приспособляя их к своим интересам, иногда используя в натуральном виде. Например, апостол Павел в одном из посланий утверждает, что наследник может вступить в права наследства только после смерти наследодателя, а если его нет, то нет ни наследника, ни наследства. К сакральным объектам приложена обычная формула римского наследственного права, то есть не нормы вечного церковного права прилагаются к действительности, а нормы римского права прилагаются к церковным отношениям, то есть земное прилагается к неземному. Пример с приложением небесного к земному отыскать очень трудно, и получается, что земное право составляет содержание небесного.

Верования и убеждения следует уважать, но в науке нужно идти по пути познания истины в указанном Аристотелем, Сократом, Платоном и другими мыслителями направлении, по которому, впрочем, и пошла юридическая историко-правовая наука, признавая за религией ее право исследовать феномен астрального мира. Что касается земных правоотношений, то здесь правомерна позиция любой школы права, так как каждая из них основывается на той или иной социально-правовой базе, отражающей сложившиеся или складывающиеся правовые реалии, способствующие либо их становлению и развитию, либо упадку и превращению в памятник права.

При всей своей всеобщности система римского права не применялась ни в одном государстве после крушения Римской империи, а фактически — падения рабовладельческого строя. Конечно, в истории римского права был свой переходный период. Оно существовало сравнительно долго, но как

¹ См. Осипян Б. А. Понятие правомерности и межерологии права // Государство и право. — 2005. — № 8.

² Там же. — С. 14.

³ Там же. — С. 15.

цельная система утратило свою роль с момента освоения германскими народами римского права в его вульгарной форме, в котором стройная система была разрушена на отдельные части. Феодальное право — это, конечно, корыстно-классовое право, но никому и в голову не приходит отождествлять его с рабовладельческим правом, хотя проводить отдельные аналогии допустимо. Такая допустимость, например, позволила Ф. Энгельсу¹ провести сравнение рабовладельческого и буржуазного права, обнаружив при этом их поразительное сходство. Но это можно было сделать не правовыми, а идеологическими средствами, так как в идеологии существенные юридические факты не принимаются во внимание, а берется лишь общий смысл юридических концепций. В общем смысле все юридические концепции сходны друг с другом, так как отражают единую социальную базу — производственные отношения, а в более узком смысле — отношения производства и распределения.

В борьбе идеологий допустима любая интерпретация юридических фактов, так как она преследует не установление истины, а установление преимуществ той или иной социальной группы или системы, являющейся носителем данной идеологии. К примеру, факт бурного обсуждения вопроса о том, можно ли считать Россию начала XX века конституционной монархией, свидетельствует лишь об идеологическом заказе приукрасить монархию, придав ей демократический, народолюбивый характер и тем самым оправдать некоторый откат к монархическим началам в российской политической действительности. Вне идеологических рамок эти споры теряют всякий смысл, так как Россия конституционно провозглашена антимонархическим государством, и, следовательно, всякие монархические изыски для нее органически чужды. Чтобы воспринять какие-либо черты якобы нарождающейся конституционной монархии в России, следует отказаться от существующей конституции и от всего того, что порождено ею. Следовательно, в юридическом смысле указанный спор лишен какого-либо значения как для преемственности, так и для установления новых юридических реалий, которые, как известно, не имели места в ходе мнимой либерализации российского самодержавия в начале XX века.

¹ См. Энгельс Ф. Принципы коммунизма. — М., 1976.

О.Ю. Андриянова

*Андриянова Ольга Юрьевна — кандидат юридических наук,
преподаватель кафедры уголовного процесса Нижегородской ака-
демии МВД России*

Эволюционная преемственность судопроизводства по уголовным делам в отношении несовершеннолетних

Гуманное отношение к малолетним преступникам получило распространение в конце позапрошлого века. Однако становление уголовного судопроизводства по делам несовершеннолетних в разных странах и в разные периоды истории происходило неодинаково.

Первым случаем регламентации статутным правом США особого подхода к подросткам-правонарушителям А.М. Яковлев считает принятый в 1869 году закон штата Массачусетс, по которому требовалось изолированное содержание малолетних в зале суда и рекомендовалось полицейским участковым и муниципальным судам «судить несовершеннолетних правонарушителей отдельно от прочих, в подходящее время, по определению суда»¹.

Официально первый суд для юношества был учрежден в 1899 году в городе Чикаго. Впоследствии такие суды стали функционировать на территории всего Североамериканского союза. К 1912 году суды для несовершеннолетних были созданы в соответствии с принятыми на этот счет законами в 22 штатах США, а к 1925 году — уже в 46. Последний штат принял соответствующий закон в 1945 году.

Идея преступления и наказания в качестве основополагающего принципа системы правосудия для несовершеннолетних была отвергнута. Вместо этого ребенку необходимо было «доверять» и обеспечивать ему «реабилитацию». Наряду с осуществлением правосудия суды стали выполнять функции органа профилактики правонарушений и безнадзорности детей.

В 1950-х и 1960-х годах эксперты наблюдали тенденцию в направлении повышения уровня насильственных преступлений среди несовершеннолетних правонарушителей. И тогда стала подвергаться сомнению эффективность судебной системы в отношении несовершеннолетних.

В 1970-е и 1980-е годы остро встала проблема эффективности судебных систем штатов по делам несовершеннолетних в области обращения с ними и их реабилитации. Вместе с этим росло осознание опасности рассмотрения дел несовершеннолетних, совершивших насильственные преступления, в рамках тех же самых программ и учреждений, что и жертв жестокого обращения. И на волне увеличения числа насильственных преступлений, совершенных подростками, многие штаты под давлением со стороны общественности передали полномочия от судов для несовершеннолетних в систему уголовного правосудия для взрослых, вернувшись назад к старой идее рассмотрения уголовных дел данной категории.

Начиная с 1984 года, количество обращений в суды для несовершеннолетних по всей стране увеличилось на 68 процентов. С 1987 года число подростков, задержанных и помещенных в исправительные учреждения штатов, увеличилось с примерно 90 000 до 400 000 в 2002 году. Исправительные учреждения хронически были переполнены, а работников в судах, в структуре лечебно-исправительных программ и в учреждениях временного содержания не хватало.²

Таким образом, если оценивать американскую систему подросткового правосудия со времени ее зарождения и по настоящее время, то можно выявить некую цикличность. Вначале многие штаты создали подростковые суды в качестве средства исключения детей из участия в правовой системе для взрослых, которая рассматривалась как чрезмерно жестокая, но постепенно в какой-то мере вновь к ней вернулись.

На сегодняшний день Соединенные Штаты не имеют единой и всеобъемлющей системы правосудия для несовершеннолетних. Напротив, в стране существует, по крайней мере, 52 отдельные и различные системы. Каждый штат наделен прерогативой развивать и внедрять систему правосудия для несовершеннолетних, которая отражает их собственные традиции, потребности и обычаи.

В начале XX века суды для несовершеннолетних стали действовать и в Европе.

Специализированные суды, которые впервые были созданы в Англии и Уэльсе в 1908 году, рассматривают дела в отношении несовершеннолетних, обвиняемых в любых преступлениях (кроме убийств) либо доставленных в суд в связи с тем, что они нуждаются в заботе, охране или контроле;

¹ Яковлев А.М. Преступность несовершеннолетних в капиталистических странах. — М., 1970. — С. 18.

² <http://usinfo.org/enus/government/branches/perez.html>

либо в связи с тем, что они прогуливают школьные занятия. Кроме того, эти суды рассматривают значительную часть заявлений об усыновлении.

Судебный процесс по делам несовершеннолетних регулируется правилами, сформулированными в Законе о детях и молодых людях 1933 года.

По английскому Закону 1984 года о полиции и уголовных доказательствах констебль может арестовать несовершеннолетнего при наличии следующих оснований:

- если неизвестна фамилия несовершеннолетнего, а сам констебль ее установить не может;
- если у констебля есть резонные основания сомневаться, что сообщенная несовершеннолетним фамилия — его собственная фамилия;
- если его не удовлетворяет указанный несовершеннолетним адрес;
- если у констебля есть резонные основания полагать, что арест необходим для предупреждения дальнейших противоправных действий несовершеннолетнего;
- если у констебля есть резонные основания считать, что арест данного несовершеннолетнего защитит детей или других «уязвимых» лиц.

К компетенции английского суда для несовершеннолетних относятся и дела о посягательствах взрослых на детей и подростков. Исключением являются дела о соучастии несовершеннолетнего и взрослого в совершении преступления. Эти дела могут слушаться не в суде для несовершеннолетних, а в ином суде, вплоть до суда Короны.

Для английского правосудия характерно и обратное движение дела несовершеннолетнего — из «взрослого» суда в «детский».

О зарождении системы ювенальной юстиции во Франции можно говорить начиная с 1914 года. Окончательно автономная судебная система по делам несовершеннолетних сложилась лишь в 1958 году. Ее юрисдикции принадлежат все дела несовершеннолетних без изъятий, в том числе и их дела о соучастии со взрослыми. Согласно уголовно-процессуальному и уголовному законодательству Франции общий возраст уголовной ответственности наступает с 16 лет, от 13 до 16 лет применяются меры судебной защиты. В исключительных случаях судья может снизить уровень уголовной ответственности.

Судебный процесс по делам несовершеннолетних во Франции имеет три звена, отражающих соответствующую компетенцию юрисдикции по делам несовершеннолетних: судья для детей, трибунал по делам несовершеннолетних и суд присяжных по делам несовершеннолетних.

Французский судья для детей — это магистрат суда большой инстанции, назначаемый на эту должность на три года с возможностью возобновления срока. Судья для детей знакомится с делом, с самим правонарушителем, с его средой и принимает одно из следующих решений: освободить подростка от уголовного преследования и меры воздействия за правонарушение, сделать ему выговор, принять в отношении несовершеннолетнего «меры безопасности» (охрана, надзор, наблюдение). Судья для детей никогда не может применить уголовное наказание, но может дать дальнейший ход рассматриваемому делу, распорядившись о направлении его в трибунал по делам несовершеннолетних.

Уголовный процесс во французском трибунале по делам несовершеннолетних состоит из одного судьи для детей (председатель трибунала) и двух ассессоров (заседателей), не являющихся магистратами. Они отбираются из лиц в возрасте старше 30 лет, интересующихся проблемами детства. Нужно отметить, что такой состав суда неоднократно подвергался критике во французской литературе и судебной практике. Судебная процедура в трибунале по делам несовершеннолетних сходна с процедурой в трибунале общей юрисдикции.

Суд присяжных по делам несовершеннолетних рассматривает дела о преступлениях несовершеннолетних в возрасте от 16 до 18 лет, а также дела взрослых соучастников преступлений несовершеннолетних. К судебной процедуре суда присяжных по делам несовершеннолетних применимы те же правила, что и для судопроизводства в трибунале, различна лишь процедура принятия судебного решения.

Специализированные суды и органы расследования по делам несовершеннолетних в Германии также появились в начале XX века.

В процессе формирования уголовного судопроизводства в отношении несовершеннолетних в ФРГ укрепилась точка зрения, согласно которой обязанности судов по делам молодежи лучше всего выполнит не судья, разрешающий дела взрослых, а судья по опеке, на которого возложена судебно-воспитательная забота о юношестве, «находящемся под угрозой».

В Германии допускается единоличное рассмотрение судом дела в отношении несовершеннолетнего. Его компетенция простирается от рассмотрения нетяжких уголовных дел до дачи санкции на арест, конфискацию и т. д. Германским законодательством предусмотрен также шеффенский суд по делам несовершеннолетнего, который состоит из одного профессионального судьи и двух заседателей. Этому суду подсудны практически все дела в отношении несовершеннолетних правонарушителей¹.

¹ См.: Яковлев А.М. Преступность несовершеннолетних в капиталистических странах. — М., 1970. — С. 100.

Суммируя изложенное, можно заключить, что судебные системы наиболее развитых стран с различными правовыми системами имеют, между тем, некоторые общие черты: во-первых, не предусмотрен низший предел возраста, до наступления которого суд не может рассмотреть дело в отношении ребенка; во-вторых, суды параллельно со своими прямыми обязанностями выполняют функции социальных органов по защите интересов несовершеннолетних; в-третьих, предусмотрены различные суды, полномочные рассматривать уголовные дела в отношении несовершеннолетних; в-четвертых, по общим правилам суд присяжных может рассмотреть дело в отношении несовершеннолетнего, но только тогда, когда на этом настаивает сам несовершеннолетний, и если он совершил тяжкое преступление.

Особое внимание, конечно, хотелось бы уделить особенностям порядка судопроизводства в отношении несовершеннолетних в российском уголовном процессе, которые впервые были закреплены в Уставе уголовного судопроизводства 1864 года (УУС)¹. Следует заметить, что УУС не содержал разграничения между малолетними и несовершеннолетними: его нормы, как и нормы законодательства более позднего периода, предполагали производство по уголовным делам в отношении детей в возрасте от 10 до 17 лет.

Дореволюционная Россия была одним из первых государств, внедривших ювенальные суды.

Можно заметить, что уже тогда вопрос о лицах с недоразвившимся сознанием, неокрепшим характером привлекал к себе внимание, а потому карательные меры заменялись мерами воспитательными².

Закон «О малолетних и несовершеннолетних подсудимых» от 2 июня 1897 года устанавливал в отношении них следующие процессуальные особенности:

- 1) особое производство о «разумении»;
- 2) обязательная защита;
- 3) участие законных представителей;
- 4) ограничение применения принципа гласности;
- 5) возможность удаления несовершеннолетнего подсудимого из зала судебного заседания;
- 6) выделение в особое производство дел о соучастии несовершеннолетних (ст. 207¹ УУС);
- 7) новые меры пресечения способов уклонения от суда — ответственный надзор, помещение в воспитательные исправительные учреждения, монастыри вместо заключения под стражу (ст. 77, 416 УУС).

В России специализированные суды по делам несовершеннолетних были созданы в 1910—1917 годах. Первый такой суд начал действовать в 1910 году в Санкт-Петербурге. Эти суды «отличались следующими признаками: конфиденциальность судебного разбирательства, отсутствие формальной судебной процедуры, в том числе официального обвинительного акта, упрощенное судопроизводство, сводившееся в основном к беседе судьи с подростком при участии попечителя, применение попечительского надзора в качестве основной меры воздействия»³. Позднее суды по делам несовершеннолетних появились в Харькове, Киеве, Одессе, Риге, Томске, Саратове и других городах⁴. Задача этих судов заключалась в осуществлении уголовного преследования не только несовершеннолетних преступников, но и взрослых подстрекателей.

Основными задачами судов по делам несовершеннолетних в России были освобождение от уголовной ответственности и оказание воспитательного воздействия на подростков в целях предупреждения совершения ими в дальнейшем новых преступлений.

Основными задачами судов по делам несовершеннолетних в России были освобождение от уголовной ответственности и оказание воспитательного воздействия на подростков в целях предупреждения совершения ими в дальнейшем новых преступлений.

В целом создание особых судов способствовало устранению жестокости обычного разбирательства уголовных дел с постановкой на первый план воспитательных целей, восполняло недостатки надзора и попечения о ребенке и ослабляло угрожающую ему опасность разрушения семейных уз, ослабления чувства ответственности⁵.

Суды для несовершеннолетних просуществовали в России недолго — Декретом СНК РСФСР от 14 января 1918 года они были упразднены. Статья 1 данного Декрета гласила: «Суды и тюремное заключение для малолетних и несовершеннолетних упраздняются». В соответствии со статьей 2 Декрета «дела о несовершеннолетних обоюбого пола до 17 лет, замеченных в деяниях общественно опасных, подлежат ведению комиссии о несовершеннолетних». После рассмотрения дела комиссия либо ос-

¹ См.: Свод законов Российской империи: В 16 т. — Пг., 1914. — Т. 16: Устав уголовного судопроизводства.

² См. об этом: Мельникова Э.Б. Правосудие по делам несовершеннолетних: история и современность / Отв. ред. Ф.М. Решетников. — М., 1990. — С. 32; Люблинский П.И. Борьба с преступностью в детском и юношеском возрасте (социально-правовые очерки). — М., 1923. — С. 67.

³ Филиппов В. Ювенальная юстиция: исторический опыт и перспективы // Российская юстиция. — 2000. — № 7. — С. 43.

⁴ См.: Квачевский А. Об уголовном преследовании, дознании и предварительном исследовании преступлений по судебным уставам 1864 г.: В 2 ч. — СПб., 1867. — Ч. 2. — С. 79.

⁵ См.: Беляева Л. Особые суды по делам несовершеннолетних в России // Социалистическая законность. — 1990. — № 2. — С. 71—73.

вобождала несовершеннолетнего, либо направляла «в одно из убежищ Народного Комиссариата общественного призрения, соответственно характеру деяния»¹.

Наряду с комиссией был учрежден Институт социальной помощи несовершеннолетним, состоявший из представителей местных и районных отделов общественного призрения, членов комиссий о несовершеннолетних, врачей, работающих при пунктах и учреждениях для нравственно дефективных детей, представителей служащих и так называемых братьев и сестер социальной помощи. Этот последний институт явился заменой попечителей, работавших при суде для малолетних².

Во изменение и развитие Декрета об учреждении комиссии о несовершеннолетних, обвиняемых в общественно опасных действиях, СНК РСФСР 04.03.1920 принял Декрет «О делах о несовершеннолетних, обвиняемых в общественно опасных действиях»³, которым несовершеннолетними признавались лица, не достигшие 18-летнего возраста.

Указанный Декрет не упразднял деятельность комиссий о несовершеннолетних. Статья 4 данного Декрета устанавливала следующее правило: «При рассмотрении дел о несовершеннолетних в возрасте 14—18 лет, если комиссией не будет установлена возможность применения к несовершеннолетнему мер медико-педагогического воздействия, дело передается в народный суд». Воспитание, обучение и лечение «морально дефективных несовершеннолетних, обвиняемых в общественно опасных действиях», как говорилось в статье 7 Декрета, должно было осуществляться «НКПросом и НКЗдравом в соответствующих лечебно-воспитательных учреждениях, куда комиссии направляли несовершеннолетних. В необходимых случаях несовершеннолетние могли быть подвергнуты особо тщательному режиму и изоляции в специальных лечебных учреждениях НКЗдрава»⁴.

Для этого периода характерен наиболее гуманный подход к рассмотрению дел о преступлениях, совершенных лицами, не достигшими 18-летнего возраста. Государство искало пути преодоления малолетней преступности и формы перевоспитания несовершеннолетних, сохраняя тенденцию применения к ним уголовного наказания в виде лишения свободы как самой вынужденной меры.

С принятием УПК РСФСР в 1922 году⁵ порядок уголовного судопроизводства в отношении несовершеннолетних не изменился и продолжал действовать Декрет от 4 март 1920 года.

Постановление ВЦИК и СНК СССР «О мерах борьбы с преступностью среди несовершеннолетних»⁶ от 7 апреля 1935 года внесло существенные изменения в уголовную политику государства в отношении несовершеннолетних, придав ей более жесткий характер.

В целях быстрой ликвидации преступности среди подростков в Постановлении предписывалось: несовершеннолетних, начиная с 12-летнего возраста, уличенных в совершении краж, в причинении насилия, телесных повреждений, увечий, в убийстве или в попытках к убийству, привлекать к уголовному суду с применением всех мер уголовного наказания; за совершение преступлений, не названных в Постановлении, несовершеннолетних преступников направлять в органы народного образования для принятия к ним воспитательных мер. Замечу, что Постановление предусматривало применение наказания в отношении лиц, уличенных в подстрекательстве или в привлечении несовершеннолетних к участию в преступлениях, в виде тюремного заключения сроком не менее пяти лет.

Постановлением ВЦИК и СНК СССР «Об изменении действующего законодательства РСФСР о мерах борьбы с преступностью среди несовершеннолетних, с детской беспризорностью и безнадзорностью» от 25 ноября 1935 года из УПК РСФСР 1922 года была исключена статья 38 о делении дел несовершеннолетних в отделено производство и направлении их в комиссии по делам о несовершеннолетних (ст. 5), отменено Положение о комиссиях по делам несовершеннолетних (ст. 7)⁷. Дела о преступлениях, совершенных несовершеннолетними, передавались в ведение общих судов с созданием специальных камер для рассмотрения дел подростков до 16 лет. Однако специальные камеры (участки), созданные при общих судах, просуществовали недолго и были упразднены Законом о судостроительстве СССР, союзных и автономных республик от 16 августа 1938 года (ст. 5), введившим унифицированные организационные формы судебной деятельности страны⁸.

¹ Цит. по: Кутафин Е.М. Судебная власть в России: В 6 т. / Е.М. Кутафин, В.М. Лебедев, Г.Ю. Семигин. — М., 2003. — Т. 5. — С. 53.

² См.: Люблинский П.И. Борьба с преступностью в детском и юношеском возрасте (социально-правовые очерки). — М., 1923. — С. 172.

³ См.: Собрание узаконений и распоряжений РСФСР (далее — СУ РСФСР). — 1920. — № 13. — Ст. 83.

⁴ СУ РСФСР. — 1920. — № 13. — Ст. 83.

⁵ См.: Уголовно-процессуальный кодекс РСФСР. Утв. постановлением ВЦИК СССР 15.02.1923 // СУ РСФСР. — 1923. — № 7. — Ст. 106.

⁶ См.: Собрание законодательства СССР. — 1935. — № 19. — Ст. 155.

⁷ См.: СУ РСФСР. — 1936. — № 1. — Ст. 21.

⁸ См.: Ведомости ВС СССР. — 1938. — № 11. — С. 7—8.

Как отмечает С.А. Луговцова, «упразднение комиссий по делам несовершеннолетних в период борьбы с детской беспризорностью и безнадзорностью явилось еще одним доказательством карательной переориентации правосудия в отношении несовершеннолетних»¹.

С 1 января 1961 года вступил в силу новый УПК РСФСР². Производству по уголовным делам несовершеннолетних в нем была посвящена глава 32, положения которой применялись по делам лиц, не достигших к моменту совершения преступления восемнадцатилетнего возраста.

Статья 392 УПК РСФСР предписывала обращать особое внимание на выяснение следующих обстоятельств: возраст несовершеннолетнего (число, месяц, год рождения); условия жизни и воспитания; причины и условия, способствовавшие совершению преступления несовершеннолетним; наличие взрослых подстрекателей и иных соучастников — а также на необходимость выявления того, мог ли несовершеннолетний полностью сознавать значение своих действий.

УПК РСФСР устанавливал правило, в соответствии с которым дело о несовершеннолетнем должно было быть выделено в отдельное производство (ст. 396). Кроме того, в допросе несовершеннолетнего допускалось участие педагога (ст. 397); по ходатайству законного представителя он мог быть допущен к ознакомлению с материалами уголовного дела по окончании предварительного следствия (ст. 398); вызов родителей или иных законных представителей являлся обязательным (ст. 399); суд был вправе удалить из зала суда несовершеннолетнего подсудимого на время исследования обстоятельств, могущих отрицательно повлиять на него (ст. 401).

УПК РФ, принятый Государственной Думой 22 ноября 2001 года и вступивший в действие с 1 июля 2002 года, в целом воспринял подход УПК 1961 года к производству уголовных дел о несовершеннолетних (гл. 50), но с учетом положений современного законодательства Российской Федерации, направленных на защиту прав и законных интересов личности³.

Действующая на сегодня в России система защиты прав несовершеннолетних в основном сформировалась с принятием в 1998 году Государственной думой 2-х законов: Федерального закона от 24 июля 1998 года № 124-ФЗ «Об основных гарантиях прав ребенка в Российской Федерации» и Федерального закона от 24 июня 1999 года № 120-ФЗ «Об основах системы профилактики безнадзорности и правонарушений несовершеннолетних».

Указанные федеральные законы являются правовой основой не только для профилактики правонарушений несовершеннолетних, но и для применения ювенальных технологий. На их основе принимается региональное законодательство и работают правоохранительные органы, органы исполнительной власти на местах, в том числе органы опеки и попечительства.

За время действия этих законов очевидными стали их недостатки: в первую очередь, отсутствие четких правовых понятий и введение расплывчатых понятий: таких как семья в социально опасном положении; во-вторых, это, конечно, отсутствие регламентов деятельности структур, задействованных в работе с детьми, семьей; необеспеченность гарантий защиты конституционных прав личности на защиту семьи, частную жизнь, личную и семейную тайну; ну, и, наконец, криминализация без достаточных оснований естественного права родителя на воспитание своего ребенка методом принуждения (насилия) и следовательно нарушения принципа презумпции невиновности.

Вместе с тем, следует заметить, что в целом меняются методы общей и специальной профилактики, акцент переносится на обеспечение прав и законных интересов детей во всех сферах жизнедеятельности, особенно детей, оказавшихся в конфликте с законом.

Социальная потребность в создании ювенальной юстиции связана прежде всего с необходимостью нормализовать условия жизни и воспитания детей и подростков путем защиты их прав и свобод, оказания правового воздействия на лиц, обязанных осуществлять их воспитание, обучение, подготовку к труду, охрану здоровья.

Первыми шагами по совершенствованию законодательства в этой области явилось издание Президентом РФ Указа от 14 сентября 1995 года, утвердившего Основные направления государственной социальной политики по улучшению положения детей, которым было предусмотрено создание ювенальной юстиции, специальных составов судов по делам несовершеннолетних; принятие Федерального закона «Об основных гарантиях прав ребенка в Российской Федерации» от 24 июля 1998 года № 124-ФЗ, в статье 15 которого закреплено, что обязательными являются обеспечение приоритета личного и социального благополучия ребенка, обеспечение специализации правоприменительных процедур (действий) с его участием или в его интересах, учет особенностей возраста и социального положения ребенка; принятие Государственной Думой РФ Федерального закона «Об основах системы профилактики безнадзорности и правонарушений несовершеннолетних» от 21 мая 1999 года;

¹ Луговцова С.А. Особенности судебного разбирательства уголовных дел в отношении несовершеннолетних: Дис... канд. юрид. наук. — СПб., 2004. — С. 41.

² См.: Уголовно-процессуальный кодекс РСФСР с приложениями / Сост. Н.М. Кипнис. — М., 2000.

³ См.: Красникова В.Л. Ювенальная юстиция. Что это такое? // Российская юстиция. — 2001. — № 12. — С. 47; Орлова Ю. Таганрогский эксперимент: суд для несовершеннолетних // Судья. — 2005. — № 3. — С. 36.

а также изменение уголовно-процессуального законодательства в сторону усиления гарантий защиты прав несовершеннолетних правонарушителей.

Применение ювенальных технологий в судопроизводстве по делам о преступлениях несовершеннолетних в России началось в рамках пилотных проектов Программы развития ООН в РФ «Поддержка становления правосудия в отношении несовершеннолетних» (1999—2003 гг.) впервые, в 1999 году — в некоторых судах общей юрисдикции города Санкт-Петербурга.

Основное содержание реализованных в 1999—2003 годах пилотных проектов — экономия уголовной репрессии и оказание судом помощи несовершеннолетнему правонарушителю в реабилитации, предупреждении рецидива, введение в качестве участника судебного процесса новой для России должности социального работника при суде, который осуществляет социально-психологическое сопровождение несовершеннолетних подсудимых в судебном процессе и обеспечивает психокоррекционное содержание судебных заседаний, готовит для суда доклад о личности несовершеннолетнего и условиях его жизни и воспитания, при установлении фактов нарушения прав несовершеннолетнего (на образование, трудоустройство, социальные пособия и т. п.) готовит для судьи предложения о привлечении органов и служб системы профилактики безнадзорности и правонарушений несовершеннолетних к разрешению проблем подростка, устранению причин и условий совершения преступления, формированию реабилитационных профилактических программ.

В соответствии с Постановлением Президиума Ростовского областного суда от 9 января 2004 года «О дополнительных мерах по совершенствованию правосудия в отношении несовершеннолетних в Ростовской области» принято решение о создании ювенального суда. Первый в России ювенальный суд открыт 25 марта 2004 года в городе Таганроге (специальный судебный состав по делам несовершеннолетних Таганрогского городского суда).

В качестве образца для создания помещений ювенального суда использовался опыт Канады, а именно: ювенальный суд города Монреалья провинции Квебек.

В дальнейшем специализированные суды (судебные составы) были созданы в Ростовской, Иркутской области, в Республике Хакасия, в Камчатском крае, в Липецкой, Брянской области.

В текущем году открыт ювенальный суд в городе Тейкове Ивановской области.

Во многих регионах суды при рассмотрении уголовных дел о преступлениях несовершеннолетних приступали к апробированию ювенальных технологий первоначально на небольшой пилотной площадке (районный или городской суд), используя имеющийся в регионе потенциал системы органов служб профилактики безнадзорности и правонарушений несовершеннолетних.

Например, в Кировской области ювенальные технологии всеми судами общей юрисдикции не применяются, в то же время некоторые ювенальные технологии в этом регионе уже используются. Так, в Ленинском районном суде города Кирова при рассмотрении уголовных дел о преступлениях несовершеннолетних в качестве ювенальной технологии были использованы программы примирительных процедур с привлечением специалистов общественной организации «Вече», прошедших специальную подготовку. Кроме того, в 2009 году в ходе подготовки к рассмотрению уголовных дел о преступлениях несовершеннолетних этим судом неоднократно к проведению психологической диагностики несовершеннолетних подсудимых и подготовке рекомендаций по их реабилитации привлекались специалисты «Кировского Центра социальной помощи семье и детям» (Кировский областной суд).

В городе Санкт-Петербурге во всех судах города введена специализация судей по делам о преступлениях несовершеннолетних. Специалист по социальной работе «Службы профилактики правонарушений среди несовершеннолетних и молодежи» работают в 20 федеральных судах, за каждым из судов закреплен один такой специалист. Специалисты по социальной работе собирают информацию о подростке, его семье, выявляют причины и условия, способствовавшие совершению преступлений, дает свое заключение (доклад) для суда, которое приобщается к материалам дела. Каждый такой специалист создает «рабочую сеть» органов и служб и лиц, оказывающих необходимую помощь в решении проблем несовершеннолетних (Санкт-Петербургский городской суд).

В Магаданской области с конца 2009 года к материалам уголовного дела в отношении несовершеннолетнего приобщается Карта социального сопровождения, в которой следователем отражаются сведения о личности и условиях жизни и воспитания подростка. В большинстве случаев оформление Карты возложено на ПДН ОВД, которые тесно взаимодействуют со следствием. На прокурора возложен контроль за направлением в суд вместе с уголовным делом в отношении несовершеннолетнего и Карты социального сопровождения. При поступлении дела в суд, во многих судах помощники судей в порядке подготовки дела к рассмотрению составляют справки (доклады) о личности подростка, основанные на обобщенных данных о личности.

С открытием ювенальных судов (специализированных составов) появилась возможность сделать из судебного процесса с участием несовершеннолетних настоящий, оставляющий глубокий след в жизни подростка-нарушителя и одновременно ребенка, находящегося в трудной жизненной ситуации, урок жизни.

Судьи и помощники судей таких судов не только юристы, но и психологи, а также педагоги.

На базе отдельных ювенальных судов проводятся обучающие семинары для судей по делам несовершеннолетних, работников прокуратуры, сотрудников органов и служб системы профилактики. Это позволяет обсудить текущую практику применения ювенальных технологий: процесс налаживания взаимодействия со службами системы профилактики, методику изучения личности несовершеннолетнего при назначении наказания, составления индивидуальной реабилитационной программы, роль частных постановлений.

По мнению судей Нижегородской области, создание ювенальных судов необходимо, поскольку сложившаяся социальная ситуация в России требует формирования новых подходов в отстаивании и защите интересов несовершеннолетнего и соблюдении его прав и законных интересов в судебном порядке. Представляется, что специализированные суды (или как вариант для малосоставных судов — судьи с ювенальной специализацией) должны рассматривать не только уголовные дела о преступлениях несовершеннолетних, но и гражданские дела о лишении родительских прав, об усыновлении, об установлении отцовства и факта признания отцовства, об определении порядка воспитания ребенка, о защите имущественных и неимущественных прав несовершеннолетних.

По данным Генеральной прокуратуры РФ, при сравнении показателей последних лет выявлено, что значительно снизилось количество совершенных несовершеннолетними тяжких, средней и небольшой тяжести преступлений. Одновременно произошел рост числа особо тяжких преступлений.

При этом соотношение категорий в общем количестве подростковых преступлений практически не изменилось: наиболее распространенными среди подростков по-прежнему остаются преступления средней тяжести (49%) и тяжкие преступления (28%), реже совершаются преступления небольшой тяжести (19,6%) и особо тяжкие преступления (3,4%).

По-прежнему особую тревогу вызывает тенденция феминизации преступности несовершеннолетних, которая проявляется с 2004 года. Если в 2003 году удельный вес девочек, совершивших преступление, в структуре преступности несовершеннолетних составлял 7,7%, то в 2004 году он составил 7,9%, в 2005 году — 8,6%, в 2006 году — 9,3%, в 2007 году — 9,7%, в 2008 году — 10,1%, в 2009 года — 10,3%.

Вместе с этим, снизились показатели выявленных несовершеннолетних, совершивших преступления в составе организованной группы или преступного сообщества. Приведенные данные свидетельствуют о существенном повышении криминальной самостоятельности и инициативности несовершеннолетних преступников, более половины которых стали совершать преступление в одиночку.

В целом можно прийти к выводу об эффективности внедрения применяемых на сегодняшний день ювенальных технологий.

Однако в настоящее время российское общество серьезно обеспокоено введением в России ювенальной юстиции. В стране проходят массовые общественные митинги, пикеты, молитвенные стояния, в ходе которых общественность выражает свое негативное отношение к наметившимся реформам.

15 апреля 2010 года на состоявшемся в посольстве Франции в Москве заседании круглого стола, посвященного реформе пенитенциарной системы, представитель Верховного Суда Российской Федерации В.В. Дорошков сообщил о том, что на государственном уровне принято решение, что в России больше не будет создаваться ювенальных судов, так как наша страна в настоящее время не готова к введению ювенальной юстиции. Он также пояснил, что программа, на основании которой ювенальные суды создавались, снята с правительственного контроля. Однако, как упоминалось выше, 12 мая 2011 года был открыт очередной ювенальный суд в Ивановской области.

В связи с этим кажется весьма обоснованным обращение сопредседателя Межрегионального общественного движения «Народный Собор», председателя Центрального совета «Объединенного общественного комитета в защиту семьи, детства и нравственности» Олега Кассина на имя Генерального прокурора РФ Юрия Чайки о проведении полномасштабной прокурорской проверки на предмет выявления нарушений действующего российского законодательства при внедрении ювенальной юстиции в России.

В частности, в своем заявлении О. Кассин просит установить, на каком правовом основании действуют ювенальные суды в пилотных регионах России если, согласно части 3 статьи 118 Конституции Российской Федерации, судебная система Российской Федерации устанавливается Конституцией Российской Федерации и федеральным конституционным законом («О судебной системе Российской Федерации»), которые не предусматривают ювенальных судов в судебной системе Российской Федерации? Если программа создания ювенальной юстиции в России снята с правительственного контроля, то насколько правомерно выделение бюджетных средств на ее дальнейшее финансирование? Если же средства на создание суда выделялись из иных источников, то, как это согласуется со статьей 124 Конституции Российской Федерации, согласно которой финансирование судов производится только из федерального бюджета и должно обеспечивать возможность полного и независимого осуществления правосудия в соответствии с федеральным законом?

Предполагается, что реформирование российской судебной системы в отношении несовершеннолетних будет осуществляться в три этапа:

Первоначальный этап — разработка и принятие Федерального конституционного закона «О внесении дополнений в Федеральные конституционные законы Российской Федерации «О судебной системе Российской Федерации» и «О судах общей юрисдикции в Российской Федерации»;

второй этап — разработка и принятие Федерального конституционного закона «О ювенальных судах в Российской Федерации»;

третий, завершающий этап — разработка и принятие Федерального закона общей направленности «Об основах системы ювенальной юстиции».

В сложившейся ситуации говорить о реальных шагах по реформированию судебной системы в этом направлении на сегодняшний день представляется весьма сомнительным. В первую очередь не стоит забывать о том, что еще не закончен процесс реформирования системы судов общей юрисдикции (в рамках Федерального конституционного закона «О судах общей юрисдикции в Российской Федерации» от 7 февраля 2011 года), что потребует немалых расходов.

Кроме того, с учетом масштабов нашей страны не всегда оправданно и не везде необходимо создание сплошной системы ювенальных судов. Нужно в первую очередь учитывать количество такого рода дел в каждом конкретном регионе, городе, районе. И если в одном населенном пункте обоснованна необходимость создания отдельного ювенального суда, то в другом можно ограничиться и специализированным судебным составом. Также необходимо оценить, насколько эффективно работают другие институты, которые существуют на уровне региона — комиссии по делам несовершеннолетних или институт Уполномоченного по правам ребенка.

Применение отдельных ювенальных технологий на данном этапе возможно и в рамках действующего законодательства. При этом крайне необходимо продолжать аналитическую работу по выявлению положительного опыта внедрения новых ювенальных технологий в регионах для дальнейшего применения полученных данных в работе над законопроектами в этой области.

В этой связи неоспоримо утверждение П.И. Люблинского о том, что «суд для юношества нельзя свести лишь к техническому механизму процессуальных правил, в центре всей организации суда для юношества стоит личность самого судьи — стойкого, гуманного человека, обладающего тактом, большим личным влиянием и знанием закона, знающего детей и могущего снискать их доверие»¹.

¹ Люблинский П.И. Особые суды для юношества в Северной Америке и Западной Европе. — СПб., 1908. — С. 16—17.

Т.М. Баженова, Н.Н. Зипунникова

Баженова Татьяна Милославовна — кандидат исторических наук, профессор кафедры истории государства и права Уральской государственной юридической академии

Зипунникова Наталья Николаевна — кандидат юридических наук, доцент кафедры истории государства и права Уральской государственной юридической академии

Исторические знания в процессе подготовки юристов: преемственность и новации

Процессы преемственности и обновления в государстве и праве связаны с общим их историческим развитием как социальных феноменов и проявляющихся в формировании национальных государственно-правовых систем, находящихся между собой в постоянном взаимодействии. Современный этап развития российской политико-правовой системы показал особое значение учета опыта прошлого в совершенствовании системы государственного управления и правового регулирования в Российской Федерации. В этом отношении велика роль истории права в формировании правовой культуры не только на уровне историко-юридических наук и учебных дисциплин, но и интереса в обществе к политико-правовому развитию своей страны и мира. Поэтому в рамках данной публикации представим некоторые соображения относительно изучения и преподавания историко-юридических курсов в юридическом вузе.

Известный российский философ и теоретик права Г.Ф. Шершеневич в 1910 году подчеркивал: «Правовой порядок, наблюдаемый нами в известный момент времени, есть закономерный продукт всей предшествовавшей истории данного народа. В его прошлом могут быть обнаружены причины, по которым общественный строй принял ту, а не иную политическую и юридическую форму. Поэтому юрист должен обратиться к истории права, которая объяснит ему, как сложился существующий правовой порядок, поможет ему лучше познать действующее право, наконец, даст ему твердую опору для его реформаторских стремлений»¹. В указанной цитате было сконцентрировано сложившиеся в XIX — начале XX века мнение российских правоведов относительно роли и значения историко-юридических наук в правовом развитии общества. Не потеряло оно свое значение и для современной России, в которой изучение и преподавание историко-юридических наук имеет традицию, уходящую к середине XVIII столетия. В связи с этим закономерной является апелляция к «историческому пути» российского образования, его традициям и месту в нем историко-юридических курсов.

В Российской империи целью высшего образования (и юридического в том числе), в соответствии с подходом к образованию как инструменту внутренней политики, была провозглашена подготовка к различным родам государственной службы. Принцип «государесообразности» был доминирующим в строительстве образования. Связь диплома с классным чином, правами и преимуществами по службе проходила через все образовательное законодательство. Отнюдь не в противоречии с исходной ориентацией образования на подготовку нужных специалистов формулировалась в начале XIX века еще одна задача юридического отделения (факультета) в университете: «...оно должно показать учащемуся политическое отношение к правительству, разным сословиям и частным людям; его обязанности к оным и права, каких от них ожидать и требовать может. Оно образует защитников правоты сограждан своих и угнетенной невинности».

Согласно предписаниям законодателя на юридическом факультете созданного в 1755 году Московского университета должны были преподавать три профессора, в том числе профессор всей юриспруденции (для преподавания натуральных и народных прав и узаконений Римской, древней и новой империи). В уставах Московского, Харьковского и Казанского университетов начала XIX века предусматривалось обязательным для нравственно-политических факультетов «право знатнейших древних и нынешних народов», которое, как убедительно показала историограф российской историко-правовой науки И.А. Емельянова, и было основанием историко-правового компонента в юридическом образовании. «Знатность» народа в истории определялась либо влиянием, оказываемым им на другие народы, либо умственным и нравственным его авторитетом, либо его «мудрыми и добрыми» законами². Устав Дерптского университета предписывал также преподавание римского и немецкого

¹ Шершеневич Г.Ф. Общая теория права. — М., 1910. — Вып. 4. — С. 784.

² Емельянова И.А. «Всеобщая история права» в русском дореволюционном правоведении (XIX в.). — Казань, 1981. — Ч. 1. — С. 14.

права по гражданской и уголовной части. На эту специфику часто обращали внимание исследователи, констатируя, например, что «вплоть до середины 80-х годов XIX века римское право занимало скромное место в образовательных программах университетов Российской империи (если не учитывать особые условия в Дерпте и Варшаве)»¹. В реальной практике университетского преподавания действительно имели место обозначенные курсы, а метод сравнительно-исторического правоведения со значительными элементами подходов естественно-правовой школы пронизывал исследования ведущих правоведов того времени (Л. Цветаева, Г. Солнцева, И. Васильева, др.)

Перестройка нравственно-политического образования в образование юридическое осуществлялась постепенно, с 20-х годов XIX столетия. В Казанском, к примеру, университете, предполагалось разделить содержание науки «Права знатнейших народов» на 2 части: 1) «Новейшие права Германии, Англии и Франции», допускаемые из «уважения к знатности» этих государств; 2) «Права народов и провинций, присоединенных к России». Необходимость изучения этого материала, по мнению И.А. Емельяновой, диктовалась соображениями, вытекающими из соответствующей политики царизма. Считалось, что русскому чиновнику, «могущему иметь поручения в рассмотрении дел разных присоединенных провинций», необходимо знать их право, в круг источников которого включались: Литовские статуты, Шведское уложение, законы Лифляндии, Эстляндии, Курляндии, а также каноническое право римской католической и лютеранской церквей. Отсюда же и рекомендация «большой обширности и точности» в преподавании именно этой части науки»². В Московском университете «по-новому» читал данный предмет Ф.Л. Морошкин, сочетавший гегелевскую идею права, религиозно-этическое начало и элементы позитивизма. Общий устав российских императорских университетов 1835 года закрепил новую модель юридического образования, характеризующуюся в современной науке «утилитарной»³. Структура образовательного стандарта «перекликалась» со структурой Свода законов Российской империи, введшегося в действие с 1835 года Правоведение стало именоваться «законоведением», «история права» — «историей положительных законов». Уставом предусматривалось также преподавание римского законодательства и его истории. И особенно «засияла» в это время историко-правовая ориентация правоведения, «оживилась» и правовая догматика, поскольку «приведенные в систематический порядок» русские законы предписывалось изучать вместе с их историей. Тому были предпосылки и другого характера. В это время вернулись после научных стажировок и заняли университетские кафедры молодые россияне — выпускники Профессорского института в Дерпте и «школы профессоров» М.М. Сперанского. Один из них — К.А. Кавелин, называвший законоведение (*Jurisprudentia*) совокупность сведений о законах, а занимающихся им лиц — сословием законоведов. Он отмечал, что никакое законодательство, законоведение ни одного народа не может быть исключено из всеобщей истории»⁴.

Провозглашенная министром народного просвещения С.С. Уваровым официальная формула «самодержавие — православие — народность» осмысливалась наукой и не могла не влиять на юридическое образование. В своем циркуляре 1833 года начальствам учебных округов Уваров пояснял: «Общая наша обязанность состоит в том, чтобы народное образование, согласно с высочайшим намерением Августейшего Монарха, совершалось в соединенном духе Православия, Самодержавия и народности»⁵. Особая интерпретация принципа «народности», одного из сложнейших элементов идеологической конструкции, сложилась в середине XIX века у историков русского права. Два основных постулата в области истории права тех времен гласили: 1) право — проявление внутреннего духа каждого народа; 2) государство — внешняя форма его исторического бытия.⁶ «Теоретический вакуум», образовавшийся в связи с «изгнанием» естественного права из числа преподаваемых дисциплин, стал, таким образом, заполняться идеями исторического правоведения. Оно прошло в своем развитии два основных этапа: 1) 30—60-е годы XIX века, когда оно было господствующим в правовой науке; 2) 60—80-е годы XIX века, когда происходило слияние исторического правоведения с социологическим позитивизмом⁷. Г.Ф. Шершеневич, называя историческое направление одним из способов изучения гражданского права писал: «И у нас историческая школа права нашла себе благоприятную почву. С 30-х годов XIX столетия вплоть до судебной реформы в нашей литературе

¹ Авенариус М. Римское право в России / Пер. с нем. — М., 2008. — С. 74.

² Емельянова И.А. Всеобщая история права» в русском дореволюционном правоведении (XIX в.). — Казань, 1981. — Ч. 1. — С. 29.

³ См.: Захаров В.В. Как готовить юриста: изучая русские рецепты: Очерки истории юридического образования в России второй половины XIX — начала XX века. — Курск, 2006. — С. 36—44.

⁴ См.: Неволин К.А. Энциклопедия законоведения. История философии законодательства. — СПб., 1997. — С. 53, 70, 105.

⁵ Журнал Министерства народного просвещения. — 1834. — № 1. — С. XLIX—L.

⁶ См. подробнее: Емельянова И.А. Историко-правовая наука России XIX в. История русского права: Методологические и исторические очерки. — Казань, 1988. — Ч. II. — С. 25—32.

⁷ Акчурина Н.В. Историческое правоведение: становление, развитие в России в 30—70-х годах XIX века. — Саратов, 2000. — С. 62—63.

господствует историческое направление, обращавшее ученых к исследованию главным образом древнейшей эпохи русского гражданского права. Благодаря этому направлению, мы имеем целый ряд более или менее ценных исследований по истории гражданских институтов, так, например, залога (Мейер), поручительства (Капустин), наследования (Никольский, Беляев, Цитович, Кавелин) и особенно работу Неволина «История российских гражданских законов», 1851 года в 3-х томах¹. «Продвигали» историко-правовое направление в России И. Эверс, А. Рейц, Нейман, П. Калмыков, П. Редкин, Н. Крылов, Н. Иванишев, М. Михайлов, И. Беляев, В. Лешков и многие другие выдающиеся правоведы. Среди показанных И.А. Емельяновой 44 тем письменных студенческих работ 1840—1850-х годов, предлагавшихся студентам в Казанском университете, 27 имели историко-правовую направленность².

Эпоха буржуазных реформ актуализировала юридическую профессию, повлекла за собой очередную перестройку юридического образования, в том числе с новой остротой поставила вопрос о «сугубо юридической» и административной специализациях на юридических факультетах. Считается, что в это время осуществлялся переход к теоретической модели юридического образования; опора на научные знания провозглашалась важнейшим принципом университетского образования. Как показывает В.В. Захаров, теоретико-исторические кафедры составляли 38% от общего числа предусмотренных штатной структурой кафедр³. В соответствии с Общим уставом университетов 1863 года в числе историко-правовых кафедр и курсов назывались: история философии права; история важнейших иностранных законодательств, древних и новых; история русского права; история славянских законодательств; римское право (история римского права, догматика римского гражданского права, византийское право). Последний университетский устав 1884 года, в числе прочих, предусматривал кафедры римского права, истории русского права, энциклопедии права и истории философии права. В научном отношении вторая половина XIX столетия отличалась «всплеском» исследований, историко-правовых в том числе; «расцвел» юридический позитивизм.

Новая власть принесла с собой новые цели, модели, структуру и идеологию юридического образования. На созданных факультетах общественных наук (ФОН) вводилось 6 общественных наук: развитие общественных форм, исторический материализм, пролетарская революция, политический строй РСФСР, организация производства и распределения в РСФСР, план электрификации РСФСР. В юридическом блоке предусматривались история права и римское право. В середине 1920-х годов ФОНы ликвидировались, и в университетах учреждались факультеты советского права. Неустойчивой и разнообразной была пока практика преподавания: так, в ЛГУ преподавалась история правовых институтов, а в МГУ, вместо нее, 2 дисциплины: история институтов частного права и история институтов публичного права⁴. В начале 1930-х годов создавались институты советского строительства и институты советского права.

В 1936 году постановлением НКЮ РСФСР Свердловский правовой институт был переименован в Юридический институт, а в его структуре создана новая кафедра — государства и права, в которую включались следующие дисциплины: государство буржуазных стран, советское государственно-административное право, энциклопедия права, международное публичное право, энциклопедия права, международное публичное право. Исполняющим обязанности заведующего кафедрой стал профессор С.Ф. Кечекьян, доктор юридических наук, один из крупнейших специалистов по всеобщей истории государства и права и по истории философии права. С.Ф. Кечекьян разработал курс всеобщей истории государства и права, издал первый в СССР учебник по истории государства и права стран Древнего Востока и античного мира. Вскоре кафедру возглавил видный ученый С.В. Юшков. Он первым в стране стал читать новый курс — «История государства и права народов СССР». Его учебник выдержал несколько изданий, а принципы его построения на долгие годы стали образцом для всех учебников по истории государства и права.

На современном этапе совершенно справедливо подчеркиваются особая социокультурная и гуманистическая миссия юридического образования. Главной социальной задачей системы юридического образования, как отмечает профессор В.Д. Перевалов, является подготовка квалифицированных профессиональных кадров, способных решать вопросы необходимого уровня сложности, обеспечивать правовое сопровождение социально-экономических и иных преобразований, защищать интересы, права граждан и организаций в соответствии со своей социокультурной ролью. Высшее юридическое образование должно рассматриваться сегодня в подлинно гуманистическом

¹ Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права (по изд. 1907 г.). — М., 1995. — С. 14—15.

² См.: Емельянова И.А. Юридический факультет Казанского государственного университета. 1805—1917 год: Очерки. — Казань, 1998. — С. 53—55.

³ См.: Захаров В.В. Как готовить юриста: изучая русские рецепты: Очерки истории юридического образования в России второй половины XIX — начала XX века. — Курск, 2006. — С. 80—83.

⁴ См.: «Изучать юриспруденцию яко прав искусство»: Очерки истории юридического образования в России (конец XVII в. — XX в.). — Курск, 2008. — С. 97—102.

смысле — как социальный институт, стимулирующий расширение индивидуальных творческих возможностей и достижений человека в выборе профессионального призвания, планирования своей карьеры и жизни в целом¹. Представляется, что историко-правовые курсы в значительной степени несут эту «смыслообразующую» нагрузку, показывая будущему (социально ответственному) юристу закономерности и особенности государственно-правового развития. Единство процессов обучения и воспитания, обоснованные в том числе и в укрепившей свои позиции юридической педагогике², проявляется во всей своей полноте и в преподавании истории права. Эти курсы способствуют упрочению исторической памяти, формированию гражданской позиции, накоплению социально-ценностного потенциала личности.

При этом методологическое и методическое разнообразие есть «визитная карточка» современного преподавания истории права. Особенную остроту, однако, имеет другой аспект: все чаще звучат «претензии» к прикладному значению историко-правовых курсов в современном юридическом образовании. На подготовку юристов и развитие научного правоведения в XIX столетии не могло не влиять действовавшее тогда законодательство, глубоко укорененное в прошлом. Именно потому история русского права так или иначе затрагивалась в лекциях почти всех профессоров, преподававших юридические науки³. Но и сейчас, в XXI веке, исторический способ толкования права не утрачивает своего значения. «Для чего так много истории современному юристу?» — с разных сторон вопрошают «заинтересованные» лица. «А сколько истории достаточно?» — закономерно возникает другой вопрос. Профессиональное сообщество, надо отметить, не остается безучастным: все более активно обсуждаются и проблемы науки, и вопросы преподавания. Так, на одном из форумов, организованных Российским историко-правовым обществом, констатировалось наличие белых пятен, то есть проблем, которые не являлись и не являются до сих пор объектами исследований⁴. На научной конференции, организованной этим обществом в октябре 2008 года, особенное внимание было уделено обсуждению проблем современного юридического образования, а также традиционных и новых методик преподавания истории права студентам-юристам⁵. На базе Российской академии правосудия в феврале 2009 года состоялся научно-методологический семинар, в рамках которого ставились задачи «обмена мнениями между историками государства и права, выработки ряда рекомендаций относительно совершенствования методологии и повышения качества преподавания историко-юридических дисциплин». На форуме подчеркивалась необходимость «вооружения студента историческим багажом, который поможет обоснованно и взвешенно, опираясь на уже имеющийся опыт, решать задачи, стоящие перед современной наукой»⁶. Попытка обосновать практическое значение истории права заслуживает самого пристального внимания. «Не все здесь благополучно, если можно прочесть о том, что большинство современных преподавателей специальных юридических дисциплин рассматривают историческую жизнь права как покрытый плесенью отрезанный ломоть. История, конечно, несовместима с узким практицизмом. Однако не только историкам права, но и юристам-«отраслевикам», видимо, «следует отказаться от мысли, что история выполняет лишь просветительскую функцию, и различать в ней практические аспекты, способствующие действенности правовых институтов», — указывает профессор А.И. Косарев⁷.

Не менее важными представляются вопросы методического творчества преподавателя, специфики преподавания в юридическом вузе, в том числе — историко-правовых курсов. Такая проблематика «сопровождает» подготовку юристов на всех исторических этапах. «Громким» был «литературный плебисцит» рубежа XIX—XX веков, когда вопросы методики заняли одно из самых почетных мест в обсуждении реформы юридического образования⁸. Такие обсуждения имели место и в советском юри-

¹ *Первалов В.Д.* Теоретические и исторические аспекты российского юридического образования. — Екатеринбург, 2008. — С. 60, 108.

² См.: *Левитан К.М.* Юридическая педагогика: Учебник. — М., 2008; *Дмитриев Ю.А.* Юридическая педагогика: Курс лекций. — М., 2008; *Прикладная юридическая педагогика в органах внутренних дел: Учебник / Под ред. В.Я. Кикотя, А.М. Столяренко.* — М., 2008.

³ См.: *Томсинов В.А.* Российские правоведы XVIII—XX веков: Очерки жизни и творчества. — М., 2007. — Т. 1, 2.

⁴ *Смыкалин А.С.* К вопросу о наличии «белых пятен» в науке истории отечественного государства и права // Актуальные проблемы истории государства и права, политических и правовых учений: Материалы Международной конференции. — Самара, 2001. — С. 11.

⁵ См.: *Баженова Т.М.* Актуальные вопросы историко-правовой науки / Т.М. Баженова, Н.Н. Зипунникова // Российский юридический журнал. — 2009. — № 3. — С. 219—221; Актуальные вопросы историко-правовой науки: Материалы конференции Российского историко-правового общества, прошедшей на Южном Урале в Верхнем Уфалее в 2008 году: Сборник научных статей / Под ред. А.С. Смыкалина. — Екатеринбург, 2009.

⁶ Цит. по: *Сафонов В.Е.* Обзор Всероссийского научно-методологического семинара «Проблемы преподавания истории государства и права в юридических вузах» (Москва, 16 февраля 2009 г.) / В.Е. Сафонов, В.Е. Рубаник // История государства и права. — 2009. — № 9. — С. 2—5.

⁷ Там же. — С. 38.

⁸ См.: *Казанский П.* Вопрос о преподавании права в русской печати в 1901 г. — Одесса, 1903.

дическом образовании¹. А уж современный этап характеризуется и обсуждением в печати, и многочисленными форумами, и мастер-классами, и возможностью повысить квалификацию на тематических курсах, и обменом опытом с зарубежными коллегами. Повышение роли интерактивных методов обучения, увеличение доли самостоятельной работы студентов — современные тенденции, которые игнорировать вряд ли конструктивно. Умелое сочетание методов, приемов, методик должно стать одной из профессиональных характеристик преподавателя в юридическом вузе. Поскольку историко-правовые курсы преподаются студентам младших курсов, то важным элементом учебного процесса должна оставаться лекция. Другое дело, что ее характер может быть разным. Проводить ли ее в традиционной манере, или устраивать лекцию-презентацию или лекцию-диалог, или читать лекцию с так называемым опорным конспектом, либо же сочетать на одной лекции сразу несколько приемов — вопрос методического выбора преподавателя.

Уместной может быть иллюстрация с характеристиками роли иностранных заимствований для российской правовой системы: «волны» культурно-правовой диффузии в допетровской Руси, особенности взаимодействия традиционных правовых установок российского общества с европейскими юридическими новациями при Петре и преемниках, а также различные оценки в науке данному взаимодействию. Частью кросс-культурных правовых тенденций было введение образовательно-научных учреждений, государственные усилия по развитию теоретического юридического образования, распространение идей естественной школы права.

Вторым блоком иллюстраций могут быть схемы, таблицы, диаграммы, с помощью которых характеризуются тенденции развития отдельных отраслей права (государственного, гражданского, брачно-семейного, уголовного, процессуального). При этом важно помнить, что мобилизация визуального восприятия студентов имеет свои пределы, и, таким образом, увлечение «картинками» может не принести желаемого результата при совершенно очевидной, значительной по затратам, подготовке лектора. Очевидны и достоинства данной формы лекции — более яркой и разнообразной, рассчитанной на современное «компьютерное» поколение студентов.

Другая главная форма — семинарские занятия. Спецификой историко-правовых курсов является, конечно, работа с источником. В этом заключается важнейшая их инструментальная ценность. Именно здесь студенты получают первые навыки «препарирования» юридического источника, чтения юридических текстов, решения казусов и т. п. Семинары предоставляют массу возможностей для методически «продвинутого» и неравнодушного преподавателя организовать процесс познания государственно-правовой истории эффективно, разнообразно и интересно для студентов, вовлекаемых в сотворчество.

Отнюдь не исчерпанным представляется потенциал ставшего уже традиционным (по сути, интерактивного) способа проведения семинарского занятия по важнейшей теме курса истории государства и права России — «Судебная реформа 1864 года». Речь идет о проведении судебного заседания с участием суда присяжных по судебным уставам 1864 года. В качестве фабулы могут быть рассмотрены известные сюжеты из произведений классической русской литературы (Ф.М. Достоевского, Л.Н. Толстого, др.) Принципиально важным является этап подготовки к такому семинарскому занятию: уточнение элементов фабулы; акцентирование внимания на принципиальных для данного процесса положениях Учреждения судебных установлений и Устава уголовного судопроизводства; распределение процессуальных ролей. На занятии, наряду с самой имитацией процесса в соответствующем судебном учреждении (окружном суде), важным представляется его последующее обсуждение со студентами — выявление ошибок, выяснение сильных и слабых позиций процессуальных фигур. Обязательно подведение итогов, определение значения судебной реформы 1864 года в модернизации права, законодательства, правового сознания и правовой культуры России.

Перспективной видится работа «малыми группами», позволяющая оптимизировать расход запланированных семинарских часов. Например, по теме «Древнерусское право» или «Общерусские судебники». Подобная работа может быть организована и с учетом домашней подготовки.

Как показывает практика, достаточно эффективными (запоминающимися) являются семинары — дискуссии. Проблематика историко-правовых курсов, обилие нормативных источников, разнообразие исследовательских позиций актуализируют данную форму. К примеру, при освоении темы «Становление российского конституционализма в начале XX века» вопросами дискуссии могут стать форма правления по Своду Основных государственных законов в редакции 23 апреля 1906 года, возможность их характеристики как первой российской конституции, оценка комплекса прав, свобод, обязанностей российских подданных. При подготовке к подобному семинарскому занятию студентам рекомендуется обратить внимание на соответствующий материал в курсах теории права и государства, конституционного права, обеспечив тем самым реальную работу пресловутых межпредметных связей (или модульного подхода). Именно в ходе дискуссионных семинаров возможно использование методик «мозгового штурма», «Сократова метода», «метода провокаций» и т. п. Тем самым формируются важные для будущего юриста навыки и качества.

¹ Вопросы методики преподавания в юридических вузах. — Свердловск, 1960.

Идеальной видится смешанная форма проведения семинарских занятий: чередование дискуссии, решения казусов (или другой непосредственной работы с источником), заслушивания доклада по проблемному вопросу (аспекту) темы, работы с тестовыми заданиями.

Вопрос методического обеспечения курса также не праздный. В настоящее время, как отмечалось выше, не существует проблемы дефицита учебников. Более того, мы имеем дело с замечательной ситуацией плюрализма подходов, а потому — и с разнообразными учебниками и курсами лекций (и авторскими, и коллективными). Проблема их качества — особая, «умноженная» на коммерческую реальность современного образовательного пространства. Но у профессионального сообщества есть значительные механизмы для контроля этого качества. Важнейшим источником методического характера являются и сборники документов (хрестоматии). «Прорывом» в свое время была «Хрестоматия», составленная профессором М.Ф. Владимирским-Будановым, неоднократно переиздававшаяся. Предназначение «Хрестоматии» сам автор определял так: «преимущественно для учебной цели, именно как пособие при самостоятельных (так называемых практических) занятиях студентов по истории русского права»¹. Для изучения истории государства и права СССР и истории государства и права зарубежных стран также составлялись сборники документов. В современных условиях это также необходимо. На кафедре истории государства и права УрГЮА работа, например, по подготовке изданий подобного рода является традиционной. В настоящее время кафедрой истории государства и права издана трехтомная хрестоматия по истории отечественного государства и права, хрестоматия по истории правовых и политических учений. Сотрудничество преподавателя со студентом в вузе не может быть плодотворным только при обращении к учебной и учебно-методической литературе, но требует обращения к источникам, в том числе не вошедшим в сборники. Пополняется и электронная библиотека УрГЮА, что совершенно необходимо для современных студентов.

Историко-юридические учебные курсы выполняют важную функцию в формировании современного юриста, обеспечивая понимание преемственности и новаций в развитии государственно-правовой системы общества. Историческая государственно-правовая память, как часть правового сознания и культуры общества, не только обеспечивает знание юридического прошлого страны, но и предупреждает об ошибках прошлого, помогают в решении проблем современности.

¹ Хрестоматия по истории русского права / Сост. М. Владимирский-Буданов. — 5-е изд. — СПб.; Киев, 1899. — Вып. 1.

М.В. Баранова

Баранова Марина Владимировна — доктор юридических наук, кандидат культурологии, доцент, профессор кафедры государственно-правовых дисциплин Нижегородской академии МВД России

Преемственность рекламного законодательства как высокозначимый фактор его совершенствования

Переход человечества к постиндустриальному обществу, кроме всего прочего, характеризуется резким развитием сферы услуг за счет области материального производства. Основной производительной силой становится информация. Эти процессы имеют прямое отношение к рекламе.

Широкий спектр разноплановых государственных задач в той или иной степени фокусируется в современной рекламной деятельности, проецируется на рекламное законодательство, сказывается на общей и юридической культуре рекламного бизнеса, который ныне нуждается в масштабной модернизации.

В силу разных причин реклама никогда не была в центре политико-юридического внимания и до сих пор зачастую воспринимается как второстепенный предмет правового регулирования. Принятие Федерального закона «О рекламе» в 1995 году ознаменовало начало законодательного регулирования рекламной деятельности в современной России. Со временем в стране произошли серьезные экономико-политические, идеологические и морально-психологические изменения, федеральный закон о рекламе подвергся дополнениям и корректировке отдельных статей, а в 2006 году вступил в силу новый базовый нормативный правовой акт, регламентирующий отношения в сфере рекламного бизнеса. Несмотря на более совершенную юридическую технику, новый закон о рекламе, к сожалению, так же, как и его предшествующая редакция 1995 года, недостаточно детально регламентирует различные институты рекламного права.

Сегодня нормы рекламного права образуют сложную комплексную иерархически соподчиненную систему, включающую в себя уже упомянутый новейший базовый закон «О рекламе»¹, конституционные нормы, международно-правовые стандарты, предписания административного, уголовного, гражданского, налогового, финансового, процессуального права, президентские, правительственные, ведомственные и региональные установления, акты органов местного самоуправления².

В период становления, развития, трансформации рекламного законодательства существенное значение приобретает учет исторического опыта, анализ отечественной традиции развития правовой регламентации. По верному замечанию А.В. Рыбакова, отрицание непреходящего характера правовых ценностей, выработанных длительной историей человечества, пренебрежение преемственными связями, объективно существующими между различными этапами развития права и государства, делают крайне проблематичным возможность выбора верных стратегических линий взаимосвязи истории и современности страны, определения правильных ориентиров на будущее³.

Под преемственностью принято понимать внутреннее качество права, позволяющее сохранять в определенном порядке, в определенный период (периоды) времени наиболее оптимальные нормы права (отдельные положения)⁴.

Д.В. Щербник определяет преемственность в праве, как неотъемлемую составляющую процесса развития права, представляющую собой связь между этапами развития определенной правовой общности, состоящую в непрерывном, обусловленном существованием закономерностей подсистем общества, сохранении тех или иных его элементов или отношений между его структурными частями⁵.

Исследование правового регулирования рекламной деятельности с точки зрения его преемственного развития позволяет сформировать целостный взгляд на российскую рекламную действительность, скорректировать дальнейший путь развития рекламного законодательства, обозначить актуальные вопросы, требующие научной разработки.

¹ Собрание законодательства РФ. — 2006. — № 12. — Ст. 1232.

² Подробнее об этом см.: Баранова М.В. Право и реклама (общетеоретический аспект): Монография. — Н. Новгород, 2010.

³ См.: Рыбаков В.А. Преемственность в отечественном праве в переходный период: общетеоретические вопросы: Автореф. дис... д-ра юрид. наук — Омск, 2009. — С. 3.

⁴ См.: Андриановская И.И. Преемственность в трудовом праве: Монография. — 2-е изд., перераб и доп. — Южно-Сахалинск, 2010. — С. 11.

⁵ См.: Щербник Д.В. Механизм преемственности в национальном праве: Автореф. дис... канд. юрид. наук. — Мн., 2008. — С. 13.

В.К.Бабаев обращал внимание на практическую значимость исследования преемственности в праве, отмечая, что знания в этой области позволяют выделить конкретные направления и пределы заимствования отечественным правом элементов прошлых типов права¹.

Преемственность в праве — явление сложное и многостороннее. Она имеет место как в использовании правовых элементов прошлого (правовых норм, институтов, принципов, элементов правовой системы, правовых форм, правовой терминологии), так и в сфере правотворчества (законодательная техника, систематизация законодательства, кодификация и др.). Важное значение принадлежит преемственности и в области применения права (толкование права, формы функционирования процессуальных институтов и т. д.)².

Н. Неновски отмечал, что элементы преемственности можно рассматривать с точки зрения их развития и проявления «по вертикали» (во времени) и «про горизонталь» (в пространстве)³. Между поколениями законодательства существуют преемственные связи. Анализ специфики трансформации рекламного законодательства и, в первую очередь, базового закона свидетельствует, что имеет место, как перенос отдельных норм права во времени (из Федерального закона «О рекламе» 1995 года в Федеральном законе «О рекламе» 2006 года), так и пространстве (законодательство субъектов федерации, стран постсоветского пространства).

Преемственность в праве — заимствование правом того или иного государства положений прошлых либо современных ему правовых систем.

Преемственность — необходимый элемент закона отрицания отрицания, одного из основных законов диалектики. Процесс отрицания включает два неразрывно связанных между собой элемента: а) устранение старого отжившего или не отвечающего изменившимся условиям; б) сохранение старого положительного, ценного, того, что необходимо для прогрессивного развития⁴.

Такой подход находится в русле взглядов Гегеля, утверждавшего, что отрицание отрицания не уничтожение, а сохранение, нечто жизнеутверждающее, положительное.

Преемственность является самой существенной стороной диалектического закона отрицания отрицания⁵.

Каждая более поздняя правовая система в той или иной мере воспринимала прошлые правовые положения и приспособлявала их для решения своих задач. Наиболее ярким примером преемственности между правовыми системами, опирающимися на частную собственность, была рецепция римского права в странах Европы, начиная с XII века⁶. «Рецепция римского права — наиболее яркий, но далеко не единственный пример преемственности», отмечал В.К. Бабаев.⁷

При формировании и развитии права сохраняется определенный (национальный) опыт регулирования общественных отношений, а также заимствуются некоторые более совершенные элементы международного права⁸.

Множественность концептуальных подходов к определению правовой преемственности ведет к «размыванию» границ этого понятия и неизбежному смешению с правовой аккультурацией, рецепцией, конвергенцией. Во избежание этого представляется возможным и оправданным провести некое разграничение по принципу «свой — чужой». Заимствование в рамках «своей» правовой системы — яркий пример правовой преемственности, импортирование «чужих» правовых положений и подходов — рецепция, правовая аккультурация и прочее.

В этой связи интересен подход Д.В. Щербника, предложившего преемственность в праве отграничивать от сходных явлений наличием признаков универсальности, вертикальности и непрерывности⁹.

Здесь весьма важно акцентировать внимание на том, что правовое регулирование рекламной деятельности в современной России в целом является результатом рецепции западной традиции.

Процессы глобализации, аккультурация, трансформация современного общества в мировых масштабах ведут к формированию единого информационного пространства, увеличению информационных потоков, формированию многополюсных информационных полей.

Усиление глобализационной динамики детерминирует ряд специфических неоднозначных последствий. С одной стороны, это естественный процесс цивилизационного развития, характеризую-

¹ См.: Бабаев В.К. Советское право как логическая система. — М., 1978. — С. 75.

² См.: Неновски Н. Преемственность в праве / Пер. с болг. — М., 1977. — С. 134.

³ См. там же. — С. 12.

⁴ Общая теория права. — Курс лекций / Под общ. ред. В.К. Бабаева — Н. Новгород, 1993 — С. 134.

⁵ См.: Мукашев З.А. Преемственность как момент всеобщей связи и развития: Автореф. дис... д-ра филос. наук — М., 1986. — С. 10.

⁶ См.: Общая теория права: Курс лекций / Под общ. ред. В.К. Бабаева — Н. Новгород, 1993 — С. 135.

⁷ Бабаев В.К. Советское право как логическая система: Учебное пособие. — М., 1978. — С. 79.

⁸ См.: Андриановская И.И. Преемственность в трудовом праве: Монография. — 2-е изд., перераб и доп. — Южно-Сахалинск, 2010. — С. 10.

⁹ См.: Щербник Д.В. Механизм преемственности в национальном праве: Автореф. дис... канд. юрид. наук. — Минск, 2008. — С. 5.

щийся рецепцией и распространением (в том числе посредством рекламы и права) универсальных материальных и духовных стандартов. С другой стороны — налицо искусственный идеологизированный характер некоторых тенденций информационного политико-правового воздействия, направляемых в соответствии с конкретными интересами стран.

Наряду с добровольным восприятием тех или иных законодательных положений, нередко случаи насильственного распространения права¹ (завоевания времен Римской империи, колониальное господство).

Немалую социальную опасность представляют ситуации, когда в результате принудительной правовой аккультурации в российском рекламном законодательстве закрепляются некоторые «инородные» нормы права. Это ведет к невозможности их немедленной реализации в силу реально существующих в России национальных традиций, экономических, политических, демографических, психологических исторически сложившихся устойчивых условий. Ясно, что это приводит к принятию явно неработающих («мертвых») норм рекламного права, что в свою очередь снижает уровень доверия граждан, властных структур, институтов гражданского общества к праву в целом.

Правовая аккультурация представляет собой процесс изменения правовой культуры, законодательства, происходящий при непосредственном контакте и взаимовлиянии различных правовых систем. Типично использование этого термина для обозначения как самого этого процесса, так и его результатов. Правовая аккультурация успешно протекает, во-первых, когда имеет место свободное взаимодействие контактирующими правовыми системами элементами друг друга, проходящее при отсутствии намеренного давления. Во-вторых, при волевом направляемом изменении в правовой культуре, законодательстве, при котором доминирующая в геополитическом отношении и развитии правовая система проводит политику насильственной правовой культурной ассимиляции. В настоящее время правовая аккультурация преимущественно понимается, как процесс взаимодействия правовых систем, в ходе которого происходит их изменение, усвоение ими новых элементов правовой культуры. Результатом правовой аккультурации является рецепция норм права, юридических конструкций, концепций.

Пункт 1 статьи 7 Федерального закона «О рекламе» содержит норму, прямо запрещающую рекламу товаров, производство и (или) реализация которых запрещена законодательством Российской Федерации. Таким образом, если объект рекламирования незаконен, то и его реклама незаконна. При этом под объектом рекламирования, согласно пункту 2 статьи 3 Федерального закона, следует понимать товар, средство его индивидуализации, изготовителя или продавца товара, результаты интеллектуальной деятельности либо мероприятие, на привлечение внимания к которым направлена реклама.

Примечательно, что подход «реклама незаконной деятельности или товара — незаконна» был разработан в 1974 году в США, где становление правовой регламентации рекламной деятельности началось раньше, чем в странах Западной Европы и в России.

Данный подход оправдал себя с течением времени. Опыт США в этом вопросе, безусловно, представляет интерес и проявляет специфику процесса правовой аккультурации. Особо следует отметить, что страны, принадлежащие к различным правовым системам (Россия и США), пришли к идентичному подходу в вопросе взаимосвязи незаконного продукта и его рекламы.

Правовая преемственность не всегда имеет одинаковое отношение к социальному прогрессу, кроме положительного, в некоторых случаях, она имеет отрицательное, реакционное значение². Рекламное право не является исключением в этом вопросе. Так, статья 4 «Законодательство Российской Федерации о рекламе» Федерального закона «О рекламе» устанавливает, что законодательство о рекламе состоит из настоящего Федерального закона и принятых в соответствии с ним федеральных законов. Также предусмотрена возможность подзаконного регулирования на федеральном уровне. Отношения, возникающие в процессе производства, размещения и распространения рекламы, могут регулироваться указами Президента Российской Федерации, нормативными правовыми актами Правительства Российской Федерации.

Толкование данной нормы позволяет заключить, что законодательство о рекламе относится к предмету ведения Российской Федерации. Однако эта проблема вызвала оживленную дискуссию, разрешать которую пришлось Конституционному Суду РФ. Поводом явились запросы Законодательного собрания Омской области и Московской городской Думы о проверке конституционности статьи 3 Федерального закона «О рекламе» от 18 июля 1995 года. Этот пример является актуальным и во многом показательным, так как содержание статьи 3 Федерального закона «О рекламе» от 18 июля 1995 года аналогична статье 4 Федерального закона «О рекламе» от 13 марта 2006 года. Основанием к рассмотрению дела явилась неопределенность в вопросе о том, соответствуют ли эти положения закона Конституции РФ.

¹ Бабаев В.К. Советское право как логическая система: Учебное пособие. — М., 1978. — С. 79.

² Неновски Н. Преемственность в праве / Пер. с болг. — М., 1977. — С. 12.

Конституционный Суд Российской Федерации признал статью 3 Федерального закона «О рекламе» соответствующей Конституции Российской Федерации. Логика решения заключалась в признании отношений, возникающих в процессе рекламы, гражданско-правовыми, а следовательно, не относящимися к ведению субъектов Российской Федерации, которые соответственно не вправе осуществлять свое собственное регулирование в этой сфере.

Вместе с тем, было отмечено, что рекламная деятельность является объектом комплексного нормативного правового регулирования. Если те или иные вопросы рекламы выходят за рамки гражданско-правовых отношений, не относятся к основам единого рынка, то есть не являются предметом ведения Российской Федерации, субъекты Федерации могут осуществлять их законодательное регулирование в рамках, определенных Конституцией России. Так, например, органы местного самоуправления вправе самостоятельно решать вопросы местного значения, связанные с особенностями распространения наружной рекламы, поскольку они затрагивают правомочия пользования, владения и распоряжения муниципальной собственностью¹.

Содержательная тождественность статьи 3 Федерального закона «О рекламе» от 18 июля 1995 года и статьи 4 Федерального закона «О рекламе» от 13 марта 2006 года свидетельствует о неизменности позиции законодателя в вопросе разграничения полномочий. Отсюда можно сделать вывод о том, что здесь преемственность носит консервативный характер, влечет противостояние федеральной и региональной властей в области законодательства о рекламе. Очевидно, что новые судебные разбирательства по этому вопросу в перспективе неизбежны. Таким образом, можно заключить, что сам по себе факт использования правового наследия не является достаточным основанием для прогресса в праве, в том числе в рекламном праве.

Чтобы преемственность стала фактором развития права, необходимо наличие следующих главных условий: а) существование в обществе социально-экономических, политических, идеологических и иных предпосылок для использования достижений правовой культуры прошлого; б) общество должно располагать силами, способными к отбору того, что может служить исходной базой для восприятия и использования правового опыта прошлого в новых условиях; в) из старого права следует отбирать лишь те правовые ценности, которые способствуют формированию и развитию новых общественных отношений, совершенствованию правовой надстройки, развитию гуманистических начал².

Рекламная деятельность и ее юридическое опосредование в силу своей природы и функциональной роли обладает значительным потенциалом саморегулирования. Некоторые исследователи рассматривают саморегулирование в качестве относительно самостоятельного направления регулирования рекламной деятельности, понимая под ним «общественный контроль за соблюдением правил поведения в рекламном бизнесе»³. В весьма спорной, но интересной и близкой к реалиям современной политико-правовой действительности статье В.В. Похмелкина содержатся суждения о перспективах развития законодательства. По его мнению, в идеале законов должно быть очень мало, и «они должны быть сведены в основном к запретам». «А все остальное, — констатирует он, — это саморегулирование или договорное регулирование, с которым общество, свободное от патернализма, способно справиться без государственного вмешательства»⁴.

Российское рекламное сообщество сегодня заинтересовано в более цивилизованном рынке, в наличии некоего заданного уровня, к достижению которого будут стремиться все предприниматели. Непосредственное воплощение этих идей и устремлений должно лечь на институты гражданского общества.

Логика развития рекламного законодательства, возможно, в перспективе пойдет именно по пути рецепции идеи допустимой минимализации вмешательства государства в отдельные стороны и элементы рекламной деятельности с синхронной активизацией сферы саморегулирования.

При этом следует учитывать, что сопоставление процессов развития рекламы в российском социуме с классическими западноевропейскими и американскими образцами не всегда является продуктивным, особенно отчетливо это проявляется в политико-правовом и морально-психологическом ключе, выраженном в специфике модернизации российской рекламной политики.

¹ См.: Постановление Конституционного Суда РФ от 4 марта 1997 года «По делу о проверке конституционности статьи 3 Федерального закона от 18 июля 1995 года “О рекламе”» // Собрание законодательства РФ. — 1997. — № 11. — Ст. 1372.

² Швеков Г.В. Преемственность в праве. — М., 1983. — С. 13.

³ См.: Баннов А.М. Совершенствование механизма государственного регулирования деятельности в сфере рекламного предпринимательства // Экономические науки. — 2009. — № 4 (53). — С. 199.

⁴ Похмелкин В.В. Соотношение политических и правовых начал в законодательном процессе // Оценка законов и эффективности их принятия: Материалы Международного семинара, 16—17 декабря 2002 года, г. Рязань. — М., 2003. — С. 51. По верному замечанию Президента Европейской ассоциации по законодательству профессора Гамбургского университета Ульриха Карпена, «мы имеем слишком много законов и дефицит качества норм» (Карпен У. Необходимость оценки роли законодательства в обеспечении фундаментальных прав человека // Оценка законов и эффективности их принятия: Материалы Международного семинара, 16—17 декабря 2002 года, г. Рязань. — М., 2003. — С. 53).

Традиционно активная позиция западного потребителя, в том числе и потребителя рекламы, не типична для России. Недовольство рекламным продуктом выражается в основном в частной межличностной коммуникации и крайне редко приобретает характер массового четко выражаемого и доводимого до системы саморегулирования или государственного контроля протеста.

Роль рекламы в современном обществе оценивается неоднозначно, и время от времени с большей или меньшей интенсивностью распространяется представление о ее сугубо отрицательном влиянии, ее ложности, постоянном массовом обмане потребителей, вредном использовании в корыстных политических целях, насаждении потребительского стандарта в культуре, что изменяет индивидов в сторону примитивности ради облегчения управления ими. Некоторыми исследователями реклама представляется инструментом корыстного психологического программирования людей, средством скрытого манипулирования низменными инстинктами, поскольку налицо тенденция улучшения качества не самого товара, а его рекламного образа¹.

Однако система взаимоотношений между рекламой и правом является значительно более сложной, чем это нередко представляется в юридической науке и практике: несостоятелен широко распространенный тезис об исключительно разрушающем воздействии рекламы на общественную жизнь. Она весьма существенно влияет на современную жизнь, социальные ценности в позитивном ключе. Реклама и ее правовое опосредование относится к числу тех видов деятельности, без которых невозможно движение социума по пути общественного прогресса, создание условий для подлинной, а не мнимой модернизации всех сфер бытия, воспитание гармоничной личности, обеспечение национально-государственной солидарности. Правовое регулирование рекламы — неотъемлемый компонент культуры современности, отражающий менталитет народа, инструмент активизации социально-экономических и морально-психологических аспектов бытия.

Рекламные отношения, законодательство о рекламе, конкретные субъективные права и обязанности рекламодателей, рекламопроизводителей, рекламораспространителей, потребителей рекламы, рекламные правоотношения, юридическая ответственность за рекламные правонарушения — один из «каналов» формирования юридического мышления и особая разновидность правовой практики в развитии гражданского общества. Правовая регламентация социально и юридически значимой сферы рекламного бизнеса нуждается в постоянном совершенствовании и гармонизации, что, безусловно, указывает на актуальность и значимость заимствования зарубежного правового опыта. Любые заимствования должны проходить сложный, длительный период адаптации, встраиваться в новую правовую реальность. Преимущество же дает возможность переносить полезный, позитивный, актуальный правовой опыт с гораздо меньшими временными затратами и с большей долей вероятного успеха. Вышесказанное позволяет заключить, что преимущество является высокозначимым фактором совершенствования российского рекламного законодательства.

¹ См.: *Светлакова Н.Б.* Реклама, которая вас убивает. — М., 2007.

М.В. Бондаренко

Бондаренко Максим Владимирович — кандидат юридических наук, преподаватель кафедры гражданского права и гражданского процесса Академии Федеральной службы охраны России

К вопросу о заимствовании российским правом положений иных правовых систем

Процесс преобразования российского государства находит свое отражение в функционировании многих закономерностей социально-правового характера. Вполне естественно, что значимые для государства и общества изменения не могут происходить без учета внешних факторов.

Готовность национальной правовой системы к восприятию инородных правовых образований можно анализировать исходя из четкого представления центральных составляющих понятийного аппарата данного процесса.

В формулировании понятия правовой системы можно наблюдать несколько подходов. И сейчас, когда категория «правовая система» прочно вошла в научный оборот и можно говорить о постепенном сближении трактовок, и о формировании более или менее общепризнанного ее содержания, различия все же сохраняются.

Прежде всего, следует отметить, что в философской литературе имеются десятки различных определений понятия «системы». В частности, В. М. Садовский анализирует около сорока различных определений понятия «системы», получивших наибольшее распространение в литературе¹. В отечественной правовой доктрине советского периода правовую систему увязывали только с правом, рассматривали ее как «формы проявления» права (нормы, правоотношения, правосознание).

Несколько иначе подходил к вопросу Ю.А. Тихомиров, он включал в систему лишь цели и принципы правового регулирования, основные разновидности правовых актов, системообразующие связи². Другой автор — Л.С. Явич — употреблял понятия правовой системы и системы правовых норм как взаимозаменяемые понятия. По его мнению, пирамиду правовой системы составляют в своем единстве нормы, институты права и отрасли³. Позднее он расширил подход, рассматривая правовую систему как сочетание трех форм права, где правоотношения представляют собой конкретию, а нормы права и правосознание выступают как абстракция. В то же время, по его мнению, неверно включать в это понятие все без исключения юридические категории, всю правовую действительность. Позднее схожее воззрение на правовую систему проявляется у Г.В. Мальцева, рассматривающего ее как три взаимосвязанных правовых явления — систему юридических норм, систематизированную юридическую практику и соответствующим образом выраженные правовые идеи⁴.

К этому следует добавить, что признанный авторитет в исследовании правовых систем современности Р. Давид⁵ не дает обобщенного определения правовой системы, но, характеризуя ту или иную семью, описывает право, судебную практику, судебную систему, доктрину. В то же время Л. Фридман в качестве элементов правовой системы выделяет: структуру (правовые учреждения в широком смысле, их компетенцию и процедуру деятельности), сущность (собственно право), правовую культуру (отношение людей к праву, их убеждения, ценности, идеалы, ожидания)⁶. Особенности российской правовой системы, ее исторические, культурные, генетические аспекты получили обстоятельное освещение в широком исследовании В.Н. Синюкова⁷. В частности он соотносит правовую систему с национальной правовой культурой, основные компоненты которой (право и законодательство, юридическая практика, правовая идеология) составляют правовую систему. Именно через элементный состав национальной правовой системы наиболее рационально осуществлять поиск точек соприкосновения, равно как и вести разговор о заимствовании российским правом положений иных правовых систем.

Правовое заимствование внешне сходно с хирургической операцией по трансплантации, поскольку требуется тщательный анализ на совместимость. Стоит напомнить, что всегда оставался

¹ См.: Садовский В.М. Основание общей теории систем. — М., 1974. — С. 93.

² См.: Тихомиров Ю.А. Правовая система развитого социалистического общества // Советское государство и право. — 1979. — № 7. — С. 35.

³ См.: Явич Л.С. Общая теория права. — Л., 1976. — С. 125.

⁴ См.: Мальцев Г.В. Понимание права. Подходы и проблемы. — М., 1999. — С. 10.

⁵ См. более подробно: Давид Р. Основные правовые системы современности (Сравнительный анализ). — М., 1967.

⁶ См.: Фридман Л. Введение в американское право / Под ред. М. Калантаровой; Пер. с англ.. — М., 1993. — С. 10.

⁷ См.: Синюков В.Н. Российская правовая система. Введение в общую теорию. — Саратов, 1994. — С. 496.

актуальным вопрос, существенно ли российская правовая культура, правовая ментальность и традиции отличаются от западноевропейских. Наиболее полно и остро этот вопрос рассматривался в дискуссии западников и славянофилов. В настоящее время, когда речь идет об интеграции России в мировое сообщество (в том числе и прежде всего в правовой сфере), проблема взаимной культурно-правовой специфики встает с новой остротой.

Спектр мнений разбросан от откровенной «русофобии» и представлений о России как о страненосительнице культурных политико-правовых традиций тоталитаризма, до признания России страной, правовая культура которой родственна Западу и поэтому может без труда интегрироваться в систему западной культуры.

Действительно, часто Россию называют Востоком, хотя Россия никогда не ориентировалась ни на Китай, ни на Индию. Более того, если мы даже и Восток, то, скорее всего, Восток Европы. Таким образом, возможна встреча Востока и Запада, встреча между двумя частями единой Европы.

Западноевропейская правовая культура отличается доминированием рационализма и политичности. Европейское право, законотворчество основывается именно на политизированном сознании. Западноевропейская правовая мысль исходит, с одной стороны, из неразрывности правовой и политической жизни, права и государства, а с другой — она исходит из противопоставления гражданского общества и государства.

Принципы западноевропейской правовой культуры проявляются и в принципах позитивного права государств Западной Европы. Например, принцип уважения прав человека широко представлен в позитивном праве и в правоприменительной практике западноевропейских стран¹.

Несомненно, что принципом европейской правовой культуры является принцип уважения прав человека. Здесь идет речь о неоспоримости и неотъемлемости таких прав. И в правовом аспекте нужно отметить индивидуализированность западноевропейца. В российской же правовой культуре идея естественных прав человека никогда не была определяющей для массового правосознания. Разговор о различии правовой ментальности России и Запада можно вести долго, но он, на наш взгляд, не приведет к ответу на основной вопрос — насколько очевиден процесс сближения российской и западноевропейской правовых систем? И если да — то насколько это процесс органичен и целесообразен.

В связи с этим обратимся к следующему аспекту. В прошлом веке обычно подчеркивали различия, которые были обнаружены между так называемым «общим правом» и «правом континентальным». На самом деле, это делалось в ущерб исследованию того общего, что объединяет обе правовые системы. В частности, нередко основное отличие двух правовых традиций связывалось особой ролью, которую играет судебный прецедент в англо-американском праве. Эта особенность англо-американского права была хорошо известна практически любому человеку, а не только юристу. В действительности за последние полвека правовые нормы и методы англо-американской и континентальной систем права заметно сближаются.

Так, произошла рецепция европейского права. Возрастает роль законодательства как источника правовых норм. В то же время в рамках континентальных правовых систем все больше внимание начинают уделять судебной практике. Все это оказалось возможным потому, что и англо-американская, и континентальная системы права представляют собой не что иное, как составные части единой западной правовой традиции². У них общие корни. Своими корнями они восходят к римскому праву и к тому правовому порядку, который впоследствии установился в Европе.

Сегодня общее право получило распространение по всему миру. Оно составляет основу, на которой выстроены правовые системы многих других стран, в том числе некоторых стран континентальной Европы. Российская Федерация не стала исключением из общего правила. При этом следует отметить, что в наши дни данные процессы лишь вышли на новый уровень, поступательное движение в этом плане произошло гораздо ранее.

В частности, первым примером сближения идей правды и справедливости в российском и общем праве можно назвать введение в 1864 году в российское судопроизводство суда присяжных, мировых судов и совестных судов³, которые были созданы в Российской империи по Учреждениям для управления губерний 1775 года. Презумпция невиновности впервые появилась еще в Великой хартии вольностей (1215 г.). Идея презумпции невиновности имплементирована в Уголовно-процессуальный кодекс 1960 года⁴, последующие законодательные акты, в том числе в Конституцию 1993 года (статья 49). Данные примеры насколько хрестоматийны, настолько и показательны.

Таким образом, в результате сближения российского и общего права в российское правовое сознание начинают проникать идеи закона как закона правового, принципиально отличенного от закона, не соответствующего сущности права и не выражающего то, что сообразно природе общественных

¹ См.: Дворкин Р. О правах всерьез. — М., 2004.

² См.: Гарольд Дж. Западная традиция права: эпоха формирования. — М., 1994. — С. 78.

³ История государства и права / Под ред. М.И. Сизикова. — М., 1997. — С. 243.

⁴ Ведомости СНД РФ и ВС РФ. — 1960. — № 40. — Ст. 592.

отношений. Именно потому право в западном обществе и становится основным социальным институтом организации общественной жизни; именно потому и становится возможным формирование правового государства.

Наконец, идея закона является смысловым основанием идеи правовой свободы. Она неразрывно связывает мысль о свободе с признанием ее неодолимости, оправданности, ценности. Формула «свобода есть познанная необходимость», высказанная Б. Спинозой, в предельно ясном виде выражает особенность европейского мышления. Идея закона придает правому существу как существу свободному духовную силу, уверенность, позволяет совместить, органически связать традиционную практичность, прагматизм, рационализм европейца с волевым импульсом, дает его деятельности «на свой страх и риск» глубочайшее разумное обоснование¹.

Однако следует заметить, что правовые системы западноевропейских стран далеко не являются воплощением юридических идеалов. И говорить о том, что Запад в этом смысле представляет пример, к которому следует стремиться, не стоит; достаточно ознакомиться с работами некоторых западных ученых-юристов, которые пишут о многочисленных проблемах «сверхпроцессуализированного» западного общества². Российскую правовую культуру нет оснований считать культурой «неполноценной»³. Однако как западная, так и российская правовые культуры, возможно, действительно содержат в себе элементы, способные в случае их позитивного взаимного влияния справиться со своими проблемами культурно-правового и юридического плана, как России, так и Западу.

¹ См.: Малахов В.П. Философия права. — М., 2008. — С. 425.

² См.: Гарапон А. Хранитель обещаний: суд и демократия. — М., 2004.

³ См.: Овчинников А.И. Правовое мышление в герменевтической парадигме. — Ростов-на-Дону, 2002. — С. 239—261.

С.П. Булавин

Булавин Сергей Петрович — кандидат юридических наук, доцент, заслуженный юрист Российской Федерации, статс-секретарь — заместитель Министра внутренних дел Российской Федерации

Преемственность в полицейском законодательстве России в условиях глобализации

Право в условиях глобализации является неотъемлемой частью построения институтов, которые напрямую связаны не только с международной стабильностью и экономической деятельностью, но и с обеспечением прав и свобод человека и гражданина.

Как отметил Президент Российской Федерации Д.А. Медведев в своем вступительном слове на открытии I Санкт-Петербургского Международного юридического форума, «вопросы модернизации и совершенствования правовой системы сегодня являются не просто актуальными, они являются обязательным элементом создания безопасного глобального мира»¹.

В системе мер совершенствования национального законодательства одним из ключевых элементов выступает преемственность.

В самом общем виде преемственность может быть определена как заимствование правом того или иного государства положений прошлых либо современных ему правовых систем². Такой подход позволяет рассматривать ее в двух аспектах: по вертикали (внутренняя рецепция) и по горизонтали (внешняя рецепция).

При внутренней рецепции используется собственный исторический опыт, который выражается, как правило, в действующих нормативных правовых актах либо в правовых ценностях предшествующей государственно-правовой действительности. Это есть не что иное, как выбор новым поколением законодателей не только будущей модели правового поведения, но и выбор прошлых правовых моделей, подходов к конструированию источников права, которые показали свою эффективность, полезность и надежность.

При внешней рецепции происходит восприятие национальным правом не столько прошлых правовых систем, а, в первую очередь, существующего и действующего права современных зарубежных государств, аккумулированного опыта других стран и положительного международного опыта.

Только рассматривая национальное право в качестве составной, хотя и отличительной, части мировой правовой системы, можно вести речь о преемственности права³.

В условиях глобализации современного мира как объективного явления преемственность в праве приобретает особое значение. Это обусловлено множеством факторов, но в первую очередь — стремлением государства зафиксировать приоритет прав и свобод человека не только на международном уровне, но и в национальном законодательстве.

Глобализация — явление неоднозначное. Наряду с присущими ей негативными аспектами (например, проблемами национального суверенитета, неравномерностью экономического развития разных стран, усилением транснациональной организованной преступности), она позволяет двигаться по пути гармонизации и унификации национальных правовых систем. Преемственность в праве при этом выступает как необходимый юридический инструмент интеграции страны в мировое сообщество.

Можно утверждать, что в настоящее время творцами права в международной сфере выступают все государства, которые являются признанными участниками международных отношений. Новое универсальное правовое поле может создаваться только на такой основе, но необходимость гармонизации правовых систем при этом совершенно очевидна⁴.

Сближение национальных правовых систем в условиях глобализации — это уже не вопрос, а объективная необходимость унификации национального законодательства. В то же время, несмотря на стремительное развитие международного права, глобализация актуализирует проблемы национального суверенитета и национальных правовых компетенций. Гармонизация не может подменяться прямым распространением правил одного государства на территорию другого, то есть становиться

¹ См.: <http://news.kremlin.ru/news/11286>

² См.: Теория государства и права: Учебник / Под ред. В.К. Бабаева. — М., 2006. — С. 227.

³ См. там же. — С. 228.

⁴ См.: Вступительное слово Президента Российской Федерации Д.А. Медведева на открытии I Санкт-Петербургского Международного юридического форума 20 мая 2011 года // <http://news.kremlin.ru/news/11286>

механическим копированием норм. Более того, попытка распространения своей юрисдикции на окружающие государства является недопустимой¹. Проблемы экстерриториальности и взаимодействия международного и национального права должны решаться только на основе уважения взаимных интересов. Злоупотребление правом в подобных ситуациях недопустимо.

Требование к восприятию в национальном праве Российской Федерации международного опыта реализовано в Основном законе страны. Согласно части 4 статьи 15 Конституции Российской Федерации общепризнанные принципы и нормы международного права и международные договоры Российской Федерации являются составной частью ее правовой системы.

Безусловно, принципы и нормы международного права оказывают существенное влияние на развитие национального законодательства. Государства при этом не только добровольно берут на себя международные обязательства, но и передают часть своих полномочий. Так, например, в соответствии со статьей 79 Конституции Российская Федерация может участвовать в межгосударственных объединениях и передавать им часть своих полномочий в соответствии с международными договорами, если это не влечет ограничения прав и свобод человека и гражданина и не противоречит основам конституционного строя Российской Федерации.

Подобный подход позволяет государству взамен приобретать новые возможности коллективного и согласованного решения публичных дел, использовать различные международные институты, обеспечивать реализацию своих интересов².

Как подчеркнул Президент Российской Федерации Д.А. Медведев, «ценность права сегодня, конечно, ни у кого не вызывает сомнений. Надо лишь понять, каким образом будут трансформироваться его основные принципы и начала, чтобы не отстать, потому что право всегда было живым организмом. Несмотря на то, что существуют каноны, которые, по сути, вдохновляют юристов и законодателей уже несколько тысячелетий, развитие права не остановить, как не остановить глобализацию современных международных отношений»³.

Необходимым элементом обеспечения преемственности по горизонтали, его интернационализации выступает имплементация международного права.

Следование позитивным свойствам уже проверенных и адаптированных международно-правовых норм не только упрощает нормотворческий процесс, но и одновременно повышает его эффективность. В этом случае сокращается путь поиска верных, наиболее оптимальных правовых решений. Одновременно становится возможным также избежать многих ошибок, просчетов и заблуждений, которые могли иметь место в национальном законодательстве.

Нет необходимости еще раз изобретать велосипед, когда он уже известен. Равным образом, не оправданно отказываться от моделей, которые прошли проверку зарубежным законодательством, и тратить силы и средства на поиск взамен их новых правовых конструкций.

В этой связи использование прогрессивных правовых идей, наработанных национальным законодательством других стран и мировой практикой, — это не дань традициям как таковым, а социально и юридически обусловленное требование законотворческой деятельности.

Ярким примером горизонтальной преемственности в национальном полицейском законодательстве Российской Федерации является разработка Федерального закона «О полиции».

Седьмого февраля 2011 года Президент Российской Федерации Д.А. Медведев подписал им же внесенный в Государственную Думу Федерального Собрания Российской Федерации в качестве законодательной инициативы Федеральный закон «О полиции»⁴. Этим актом не только возрожден правоохранительный институт, просуществовавший в России почти два века — с 1718 года, когда Указом Петра I в Санкт-Петербурге была учреждена должность генерал-полицеймейстера, и до весны 1917 года, но и получил качественно новое наполнение принцип верховенства права в полицейском законодательстве Российской Федерации.

Можно отметить, что Закон о полиции — без преувеличения эпохальное событие в развитии не только полицейского законодательства России, но и для всей ее правовой системы. Он имеет основополагающее значение для организации практической работы по защите прав и свобод граждан, противодействию преступности, охране собственности, обеспечению общественного порядка и безопасности в стране, отвечая на вопросы, кто это будет делать, на каких принципах, какими методами и при каких условиях.

Российская Федерация, как и многие европейские страны, при реорганизации своей полицейской системы преследовала цель развития и укрепления демократических ценностей. С полной уве-

¹ Вступительное слово Президента Российской Федерации Д.А. Медведева на открытии I Санкт-Петербургского международного юридического форума 20 мая 2011 года // <http://news.kremlin.ru/news/11286>

² См.: Тихомиров Ю.А. Суверенитет в условиях глобализации // Право и политика. — 2006. — № 11.

³ Вступительное слово Президента Российской Федерации Д.А. Медведева на открытии I Санкт-Петербургского международного юридического форума 20 мая 2011 года // <http://news.kremlin.ru/news/11286>

⁴ Далее — Закон о полиции или Закон.

ренностью можно утверждать, что с принятием Закона о полиции завершилась эпоха карательного милицейского законодательства, сформировавшегося еще в советский период. В нем оптимальным образом соотнесен баланс принципа соблюдения прав и свобод человека и принципа верховенства права.

С момента вступления в силу Закона о полиции в Российской Федерации создаются реальные предпосылки для укрепления законности и правопорядка в обществе, повышения эффективности борьбы с противоправными посягательствами. Он восполняет имеющиеся пробелы в правовом регулировании сферы внутренних дел, содержит более надежные гарантии прав человека и гражданина, вовлекаемого в орбиту полицейской деятельности, устанавливает более жесткие требования к работе органов охраны правопорядка.

В Законе о полиции воплощены последние достижения теории права, а принципу верховенства права в нем отведено центральное место. Более того, в нем заложены положения, которые делают его источником и катализатором дальнейшего развития российского полицейского законодательства. Многие идеи и положения Закона о полиции, отвечая мировым и европейским стандартам, являются прорывом в законодательном регулировании правоохранительной деятельности.

При подготовке Закона о полиции был проанализирован богатый и разнообразный международный опыт правового регулирования полицейской деятельности. Лучшие его проявления были реализованы в законе. В то же время мы не пошли по пути автоматического копирования норм иностранного законодательства.

В Законе о полиции сделан новый шаг на пути сближения российской правоохранительной системы с международно-правовыми стандартами полицейской деятельности. В нем был адаптирован положительный опыт зарубежных стран в области строительства полицейских институтов, а также нормы целого ряда международных (ООНовских и европейских) документов, касающихся правоохранительной деятельности, в частности:

- Декларации о полиции¹;
- Европейского кодекса полицейской этики²;
- Международного кодекса поведения государственных должностных лиц³;
- Кодекса поведения должностных лиц по поддержанию правопорядка⁴;
- Всеобщих стандартов борьбы с коррупцией в полицейских ведомствах и органах⁵;
- Основных принципов применения силы и огнестрельного оружия должностными лицами по поддержанию правопорядка⁶;
- Конвенции Совета Европы о защите физических лиц при автоматизированной обработке персональных данных⁷;
- Европейской конвенции по предупреждению пыток и бесчеловечного или унижающего достоинство обращения или наказания 1987 года⁸.

Положения данных документов были рекомендованы всем государствам-участникам для использования в национальном законодательстве и правоприменительной практике. Многие позиции указанных и иных международно-правовых документов, в части не противоречащей законодательству Российской Федерации, были успешно реализованы в Законе о полиции.

1. Знаковым моментом в Законе о полиции является то, что в отличие от Закона Российской Федерации «О милиции» от 18 апреля 1991 года № 1026-1⁹, не содержавшего упоминания о том, что международные принципы и нормы являются составной частью законодательства России о милиции и образуют правовую основу ее деятельности, указанный пробел восполнил. В части 1 статьи 3 Закона о полиции указано, что правовую основу деятельности полиции наряду с Конституцией Российской Федерации составляют общепризнанные принципы и нормы международного права.

2. Особое внимание в Законе о полиции уделено приведению к общеевропейскому знаменателю подхода в определении назначения полиции.

¹ Сборник документов Совета Европы в области защиты прав человека и борьбы с преступностью. — М., 1998. — С. 77—81.

² Европейский кодекс полицейской этики. Принят 19 сентября 2001 года Комитетом министров Совета Европы в Страсбурге и одобрен решением Совета министров Евросоюза № 58.578 от 17 сентября 2003 года. — СПб., 2006. — С. 6—15.

³ Резолюция Генеральной Ассамблеи ООН от 12 декабря 1996 года № 51/59 «Борьба с коррупцией».

⁴ Сборник стандартов и норм Организации Объединенных Наций в области предупреждения преступности и уголовного правосудия. — Организация Объединенных Наций. — Нью-Йорк, 1992. — С. 275—279.

⁵ Приняты на 71 Генеральной ассамблее Интерпола 21—24 октября 2002 в Камеруне.

⁶ Приняты восьмым Конгрессом ООН по предупреждению преступности и обращению с правонарушениями, Гаваи, 27 августа — 7 сентября 1990 года.

⁷ Сборник документов Совета Европы в области защиты прав человека и борьбы с преступностью. — М., 1998. — С. 106—114.

⁸ Бюллетень международных договоров. — 1998. — № 12.

⁹ Далее — Закон о милиции.

В Европейском кодексе полицейской этики при определении назначения полиции отмечается, что «основными ее целями в демократическом обществе, регулируемом принципом верховенства права, являются: обеспечение общественного спокойствия, соблюдения закона и порядка в обществе; защита и соблюдение основных прав и свобод человека в том виде, в котором они закреплены, в частности, в Европейской конвенции о правах человека; предупреждение преступности и борьба с ней; выявление преступности; оказание помощи и услуг населению». В пункте 1 раздела «А. Этика» Декларации о полиции: установлено, что «полицейский должен выполнять возложенные на него законом обязанности по защите своих сограждан и общества от насилия, грабежа и других общественно опасных действий, как это установлено законом».

Назначение полиции в современной России законодатель в полном соответствии с Конституцией Российской Федерации связывает в первую очередь с защитой жизни, здоровья, прав и свобод граждан. Основное предназначением полиции, раскрываемое в статье 1, — защита жизни, здоровья, прав и свобод граждан Российской Федерации, иностранных граждан, лиц без гражданства, противодействия преступности, охраны общественного порядка, собственности и обеспечения общественной безопасности.

Они выступают как самостоятельные объекты полицейской защиты независимо от того, угрожают ли охраняемым ценностям преступные и иные противоправные посягательства. Это положение в полной мере соответствует приведенным международно-правовым актам, а также статье 1 Кодекса поведения должностных лиц по поддержанию правопорядка, предусматривающей, что «служба обществу включает в себя в том числе оказание помощи не только жертвам противоправных посягательств, но и всем лицам, которые по личным, экономическим, социальным или другим причинам чрезвычайного характера нуждаются в немедленной помощи».

3. Реализация верховенства права в полицейском законодательстве Российской Федерации ярко проявляется в системе принципов деятельности полиции. В них, как основных концептуально значимых руководящих идеях, на которых должна строиться деятельность полиции, выделяется то, что она осуществляется на основе соблюдения и уважения прав и свобод человека и гражданина.

Приоритетное место принципа уважения прав и свобод человека и гражданина в системе принципов деятельности полиции обусловлено тем, что в соответствии со статьей 2 Конституции Российской Федерации «человек, его права и свободы являются высшей ценностью. Признание, соблюдение и защита прав и свобод человека и гражданина — обязанность государства».

В силу специфики деятельности полиции, по необходимости связанной с возможностью применения принуждения, она может заключать в себе потенциальную угрозу правам и свободам человека и гражданина. Это и предопределяет, ту особую значимость, которая придана законодателем общеправовому принципу уважения и соблюдения прав и свобод человека и гражданина применительно к деятельности полиции.

В статье 2 Кодекса поведения должностных лиц по поддержанию правопорядка также указано, что «при выполнении своих обязанностей должностные лица по поддержанию правопорядка уважают и защищают человеческое достоинство и поддерживают и защищают права человека по отношению ко всем лицам». Закон о полиции не только воспринял такую формулировку, но и пошел дальше — существенно расширив границы данного принципа и наполнив его более емким содержанием.

Уважение прав и свобод человека и гражданина — это, прежде всего, внимательное, почтительное к ним отношение, основанное не просто на признании их ценности и важности для функционирования гражданского общества и цивилизованного государства, но и на реальном соблюдении закрепленных в национальном законодательстве прав и свобод, причем не только законопослушных лиц, но и тех, кто преступил закон или подозревается в этом.

Речь в первую очередь идет о таких предусмотренных Конституцией Российской Федерации правах и свободах человека и гражданина, как право на жизнь, достоинство личности, свободу и личную неприкосновенность, неприкосновенность частной жизни, неприкосновенность жилища, личную и семейную тайну, защиту своей чести и доброго имени, тайну переписки, телефонных переговоров, почтовых, телеграфных и иных сообщений, свободу передвижения, выбора места пребывания и жительства, выезда за пределы Российской Федерации и беспрепятственного возвращения в Российскую Федерацию, частной собственности, свободы совести, вероисповедания, мысли и слова, поиска, получения, передачи, производства и распространения информации, право на объединение, право собираться мирно, без оружия, право проведения собраний, митингов, демонстраций, шествий и пикетирования и т. д.

В частях 4, 5 статьи 5 Закона о полиции впервые закреплен стандарт поведения сотрудника полиции при обращении к гражданину. В такой ситуации он обязан:

а) назвать свои должность, звание, фамилию, предъявить по требованию гражданина служебное удостоверение, после чего сообщить причину и цель обращения;

б) в случае применения к гражданину мер, ограничивающих его права и свободы, разъяснить ему причину и основания применения таких мер, а также возникающие в связи с этим права и обязанности

гражданина. Если же гражданин обращается к сотруднику полиции, тот обязан внимательно его выслушать, принять соответствующие меры в пределах своих полномочий либо разъяснить, в чью компетенцию входит решение поставленного вопроса.

Важным моментом здесь также выступает новелла по введению в части 3 статьи 14 Закона о полиции четкой процедуры поведения сотрудника полиции при осуществлении задержания. В каждом подобном случае он обязан не только назвать свои должность, звание, фамилию, предъявив по требованию гражданина служебное удостоверение, но и разъяснить лицу, подвергнутому задержанию, его право на юридическую помощь, право на услуги переводчика, право на уведомление близких родственников или близких лиц о факте его задержания, право на отказ от дачи объяснения.

При этом в соответствии с положениями части 2 статьи 9 Закона о полиции действия сотрудников полиции должны быть обоснованными и понятными для граждан. Только такое поведение — залог правомерности дальнейших действия сотрудника полиции и одна из гарантий цивилизованного отношения полиции с гражданами.

4. В Законе о полиции не только сохранен, но и значительно усилен закрепленный в европейском полицейском законодательстве принцип, в соответствии с которым сотрудники органов охраны правопорядка при выполнении своих обязанностей должны уважать и защищать человеческое достоинство, поддерживать и защищать права человека по отношению ко всем лицам.

Если руководствоваться статьей 5 Кодекса поведения должностных лиц по поддержанию правопорядка, то ни одно должностное лицо по поддержанию правопорядка не может «осуществлять, подстрекать или терпимо относиться к любому действию, представляющему собой пытку или другие жестокие, бесчеловечные или унижающие достоинство виды обращения и наказания», а также «ссылаться на распоряжения вышестоящих лиц или такие исключительные обстоятельства, как состояние войны или угроза войны, угроза национальной безопасности, внутренняя политическая нестабильность или любое другое чрезвычайное положение, для оправдания пыток или других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания».

В пункте 36 раздела «А» Европейского кодекса полицейской этики установлено, что полиция не должна ни при каких обстоятельствах осуществлять, поощрять или допускать никаких пыток, никаких случаев бесчеловечного или унижающего достоинства обращения или наказания.

Декларация о полиции исходит из того, что «дисциплинарные взыскания, пытки и другие формы негуманного или унижающего обращения или наказания запрещаются при любых обстоятельствах. Сотрудник полиции не должен повиноваться или исполнять любой приказ или инструкцию, предписывающие подобные меры» (пункт 3 раздела «А. Этика»).

В указанных документах требования относительно запрета на применение различных видов пыток и других жестоких или бесчеловечных обращений с человеком были сформулированы более жестко и конкретно по сравнению с положениями Закона о милиции. Именно поэтому содержащиеся в международных актах гуманитарные положения были имплементированы в части 3 статьи 5 Закона о полиции. При этом они были облечены в форму категорического императива — «сотруднику полиции запрещается прибегать к пыткам, насилию, другому жестокому или унижающему человеческое достоинство обращению», он также «обязан пресекать действия, которыми гражданину умышленно причиняются боль, физическое или нравственное страдание». Полиции законом запрещается применять не основанное на законе, не предусмотренное им или противоречащее ему физическое воздействие в отношении граждан, их имущества как с использованием оружия, специальных средств, других предметов, так и без него.

Кроме того, в части 2 статьи 6 Закона о полиции закреплено положение о том, что любое ограничение прав, свобод и законных интересов граждан, а также прав и законных интересов организаций допускается только по основаниям и в порядке, предусмотренных законом.

5. Примером более определенной нормы является формулировка закрепленного в части 3 статьи 6 Закона о полиции запрета сотруднику полиции «подстрекать, склонять, побуждать в прямой или косвенной форме кого-либо к совершению противоправных действий». Являясь составной частью принципа законности, он гораздо более четок в сравнении с международными аналогами.

Предписания международно-правовых актов на этот счет весьма фрагментарны. Так, например, в Кодексе поведения должностных лиц по поддержанию правопорядка в статье 7 имеется аналогичное упоминание лишь в разрезе коррупционных проявлений: «Должностные лица по поддержанию правопорядка не совершают никаких актов коррупции. Они также всемерно препятствуют совершению таких актов и борются с ними».

В Законе о полиции речь идет не только о коррупции, но и о любых иных противоправных действиях, включая все формы противоправного служебного поведения, в том числе укрытие преступлений от учета, необоснованные отказы в возбуждении уголовных дел, незаконные задержания и т. д.

6. Для Российской Федерации как многонационального государства большой интерес представляет накопленный европейский опыт изучения влияния полицейской деятельности, оказываемой на

межнациональные отношения, например, Рекомендации Совета Европы по вопросам полицейской деятельности в многонациональном обществе.

Хотелось бы отметить, что международно-правовые нормы, касающиеся этой сферы, отличаются в целом правовой неопределенностью. В Декларации о полиции весьма лаконично устанавливается положение о том, что полицейский должен действовать честно, беспристрастно (пункт 2 раздела «А. Этика»). Европейский кодекс полицейской этики рассматривает этот вопрос несколько шире, но также без наличия необходимой конкретики — полиция должна «выполнять свои задачи справедливо, руководствуясь, в частности, принципами беспристрастности и недискриминационного подхода» (пункт 40), а также «помнить об основных правах каждого человека — таких, как свобода мысли, совести, религии, выражения мнения, мирных собраний, передвижения, и праве на уважение своей собственности».

В Законе о полиции эти позиции отражены более удачно. В полном соответствии с международно-правовыми нормами закрепил в принципе беспристрастности то, что «полиция защищает права, свободы и законные интересы человека и гражданина независимо от пола, расы, национальности, языка, происхождения, имущественного и должностного положения, места жительства, отношения к религии, убеждений, принадлежности к общественным объединениям, а также других обстоятельств» (часть 1 статьи 7), а также проявление уважения к национальным обычаям и традициям граждан, учет культурных и иных особенностей различных этнических и социальных групп, религиозных организаций, способствование межнациональному и межконфессиональному согласию (часть 3 статьи 7).

Важной является и правовая гарантия в виде закрепленной в части 3 статьи 9 Закона о полиции обязанности в случае нарушения сотрудником полиции прав и свобод граждан или прав организаций принять меры по восстановлению нарушенных прав и свобод. Кроме того, закреплена обязанность полиции принести извинения гражданину, права и свободы которого были нарушены сотрудником полиции, по месту нахождения (жительства), работы или учебы гражданина в соответствии с его пожеланиями.

7. При подготовке Закона о полиции был тщательно изучен и включен в национальное законодательство Российской Федерации ряд основополагающих начал по применению физической силы, специальных средств и огнестрельного оружия при исполнении служебных обязанностей. Обязанности (статья 12) и права (статья 13) сотрудников полиции при этом были максимально персонализированы.

Полицейская деятельность в любом обществе сопряжена с возможностью применения санкционированных законом насильственных мер. Нельзя согласиться с тем, что это один из основных ее атрибутивных признаков, но он присущ практически всем без исключения органам охраны правопорядка, какое наименование при этом они не имели. Их приоритетные задачи и функции относятся к сфере противоправных деяний, а также представляющих социальную опасность событий, угрожающих жизни, здоровью, правам и свободам граждан, государственным и общественным институтам.

Для выполнения возложенных на полицию обязанностей в рамках основных направлений деятельности Закон наделил ее значительными полномочиями по применению различных мер принуждения, среди которых особое место занимает право применения физической силы, специальных средств и огнестрельного оружия.

Правовое регулирование таких мер воздействия носит комплексный характер и сформулированы с учетом требований международно-правовых документов. Основное содержание принципов и стандартов применения полицией силы и оружия сводится к следующему:

— должностные лица по поддержанию правопорядка могут применять силу только в случае крайней необходимости и в той мере, в какой это требуется для выполнения ими своих обязанностей при надлежащем уважении прав человека;

— сила или огнестрельное оружие применяются лишь в тех случаях, когда другие средства оказались неэффективными или не дали надежд на достижение намеченных результатов;

— при необходимости применения силы или оружия должностные лица по поддержанию правопорядка должны проявлять сдержанность и действовать исходя из серьезности правонарушений и той законной цели, которая должна быть достигнута;

— должностные лица по поддержанию правопорядка обязаны сводить к минимуму возможность причинения ущерба и нанесения ранений и охранять человеческую жизнь, обеспечивать предоставление медицинской и другой необходимой помощи любым раненым и пострадавшим лицам, а также уведомлять об этом их родственников и близких друзей в кратчайший срок;

— преднамеренное применение силы со смертельным исходом допускается лишь тогда, когда оно абсолютно неизбежно для защиты жизни.

Эти положения не только в полной мере отражены в главе 5 Закона о полиции, но и значительно детализированы и усилены.

Приведенные примеры — лишь небольшая часть того процесса, который в настоящее время осуществляется Российской Федерацией по актуализации международных стандартов в полицейском законодательстве.

Использование положительного международного опыта создает необходимые условия для формирования в России эффективного органа охраны правопорядка, и как следствие, оказывает позитивное влияние на повышение эффективности защиты жизни, здоровья, прав и свобод граждан, укреплению порядка и законности в обществе.

В то же время приведение в соответствие с международным правом массива нормативных правовых актов, регулирующих полицейскую деятельность, должно касаться не только собственно полиции (общей полиции), но и ее специальных видов — Федеральной службы по контролю за оборотом наркотиков, Федеральной таможенной службы и ряда других правоохранительных органов, выполняющих полицейские функции¹.

¹ Например, в соответствии с примечанием к Декларации о полиции разделы «А. Этика» и «В. Статус» Декларации распространяются на всех сотрудников и организации, включая такие органы, как секретные службы, военная полиция, вооруженные силы или милиция, выполняющие полицейские функции, которые ответственны за правоохранительную деятельность, расследование правонарушений, охрану общественного порядка и государственной безопасности.

И.А. Ванина

Ванина Инна Андреевна — аспирант кафедры теории и истории государства и права Мордовского государственного университета имени Н.П. Огарева

Юридическое указание в ракурсе правовой преемственности

Преемственность как многопрофильное и многоплановое явление находит свое выражение как в крупных направлениях правового заимствования, так и во многих юридических деталях. При этом преемственность юридических частных не следует трактовать в качестве малозначимого явления. Иногда правовая деталь при стечении определенных условий может вырасти в крупное комплексное научно-практическое образование. Рассмотрим в контексте правовой преемственности такой малоизученный в отечественной и зарубежной гуманитарной литературе феномен, как юридическое указание.

Под юридическим указанием в порядке первого приближения можно понимать легально определенную форму юридического акта по передаче (доведению до сведения или исполнения) организационной либо управленческой информации с целью акцентирования внимания конкретного субъекта-адресата на определенном варианте либо алгоритме поведения. Именно в таком ключе толкует феномен «указание» справочник по оформлению нормативных правовых актов в Администрации Президента РФ: «указание на что и о чем: 1) на что — совет, замечание, предписание; 2) о чем — сведения, сообщение о чем-либо указать что и на что: 1) что — показать, привести, перечислить, установить, назвать для сведения; 2) на что — обратить внимание на что-либо».

Юридическое указание, как правило, имеет императивный характер и может иметь самостоятельную технико-юридическую конструкцию в качестве отдельного юридического акта либо конкретного функционального полномочия.

Так, в соответствии с пунктом 1 Указаний по заполнению форм федерального статистического наблюдения: № П-1 «Сведения о производстве и отгрузке товаров и услуг», № П-2 «Сведения об инвестициях», № П-3 «Сведения о финансовом состоянии организации», № П-4 «Сведения о численности, заработной плате в движении работников», № П-5(м) «Основные сведения о деятельности организации», (утвержденных приказом Федеральной службы государственной статистики от 12 ноября 2008 г. № 278), «форму федерального статистического наблюдения № П-1 «Сведения о производстве и отгрузке товаров и услуг» (далее — форма № П-1) предоставляют все юридические лица, являющиеся коммерческими организациями, а также некоммерческие организации всех форм собственности, осуществляющие производство товаров и услуг для реализации другим юридическим и физическим лицам (кроме субъектов малого предпринимательства, банков, страховых и прочих финансово-кредитных организаций), средняя численность работников которых за предыдущий год превышает 15 человек, включая работающих по совместительству и договорам гражданско-правового характера»¹.

Согласно статье 973 Гражданского кодекса РФ установлен следующий порядок исполнения поручения в соответствии с указаниями доверителя: «1. Поверенный обязан исполнять данное ему поручение в соответствии с указаниями доверителя. Указания доверителя должны быть правомерными, осуществимыми и конкретными.

2. Поверенный вправе отступить от указаний доверителя, если по обстоятельствам дела это необходимо в интересах доверителя и поверенный не мог предварительно запросить доверителя либо не получил в разумный срок ответа на свой запрос. Поверенный обязан уведомить доверителя о допущенных отступлениях, как только уведомление стало возможным.

3. Поверенному, действующему в качестве коммерческого представителя (пункт 1 статьи 184), может быть предоставлено доверителем право отступать в интересах доверителя от его указаний без предварительного запроса об этом. В этом случае коммерческий представитель обязан в разумный срок уведомить доверителя о допущенных отступлениях, если иное не предусмотрено договором поручения»².

Среди главных факторов обеспечения преемственности в праве посредством юридических указаний выделяется мобильность и оперативность как в их принятии, так и в ходе реализации. В связи с этим вполне закономерно наличие в правовом пространстве специального рода указаний — указаний оперативного характера, что подчеркивает функциональную гибкость данного вида актов в условиях изменяющейся социальной обстановки. На это со всей очевидностью обращено внимание в Указании

¹ Вопросы статистики. — 2009. — № 4. — С. 5.

² Собрание законодательства РФ. — 1994. — № 32. — Ст. 3301.

оперативного характера ЦБР от 17 января 2005 года № 2-Т «О совершении сделок со связанными с банком лицами и оценке рисков, возникающих при их совершении»¹: «В целях обеспечения условий для поддержания стабильности банковской системы Российской Федерации и защиты интересов вкладчиков и кредиторов Банк России предлагает банкам и территориальным учреждениям Банка России усилить контроль за рисками, возникающими при совершении со связанными с банком лицами сделок». При этом Центральный банк РФ не обязывает, а рекомендует банкам предпринять ряд мер: «В целях снижения вероятности понесения банком потерь и ухудшения состояния ликвидности вследствие совершения сделок со связанными с банком лицами, банкам рекомендуется внутренними документами по вопросам организации деятельности предусмотреть...».

Широкое использование юридических указаний не является отражением исключительно современной динамики правового развития. В историко-политическом контексте место юридических указаний в правовой системе тем выше, чем динамичнее происходит обновление социального и государственного устройства. Следует отметить, что во все переломные моменты отечественной истории (революции, перевороты, войны) юридические указания играли одну из важнейших ролей.

В ракурсе правовой преемственности надо отметить, что практика использования юридических указаний имеет свои исторические корни еще в дореволюционной эпохе. В гносеологическом аспекте линия преемственности юридических указаний представляется весьма длительной и требует своего исследования, начиная с зарождения римского права.

Надо сказать и то, что административно-командная система в СССР основной акцент делала не на Конституции и законодательстве, а на ведомственном нормотворчестве и, прежде всего, на инструкциях, приказах и указаниях. Законов в сравнении с нынешним периодом действовало мало, а нормативных правовых актов в форме указаний практически на каждом уровне властной вертикали принималось огромное количество.

В современных условиях модернизации отношений общества и государства преемственность императивности характера юридических указаний все чаще заменяется дозвоительно-рекомендательными моделями. Письмо Федеральной таможенной службы от 28 апреля 2007 года № 18-12/16242 «О направлении обзора»² гласит: «Направляем для использования в практической деятельности подготовленный Управлением таможенных расследований и дознания обзор правоприменительной практики по привлечению перевозчиков к ответственности по части 3 статьи 16.1 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях.

Предлагаемые разъяснения рекомендуем применять с учетом фактических обстоятельств, подлежащих выяснению в каждом конкретном случае».

Очевидно, что преемственность собственного бытия юридических указаний имеет зависимый от социально-политической обстановки характер. И это вполне закономерный ход эволюции данной разновидности юридически значимого акта. Обратим внимание на одну, казалось бы, незначительную деталь, которая в то же время затрагивает весьма глубокий пласт социальной проблематики, как в идеолого-мировоззренческом разрезе, так и в сугубо правовом плане. Так, в течение длительного периода советской эпохи в качестве обязательного пункта многих разрешительных, регистрационных и иных учетно-идентификационных документов гражданина являлось указание национальной принадлежности. В паспорте гражданина СССР согласно пункту 3 Положения о паспортной системе в СССР, утвержденного постановлением СМ СССР от 28 августа 1974 г. № 677) (с изменениями от 28 января 1983 г., 15 августа 1990 г.) указывались сведения о личности гражданина: «фамилия, имя, отчество; число, месяц, год рождения; место рождения; национальность»³.

В настоящее время обязанность указания национальной принадлежности запрещена. Часть 1 статьи 26 Конституции России установила: «Каждый вправе определять и указывать свою национальную принадлежность. Никто не может быть принужден к определению и указанию своей национальной принадлежности». Согласно пункту 4 Положения о паспорте гражданина Российской Федерации, утвержденному постановлением Правительства РФ от 8 июля 1997 г. № 828)⁴ в паспорт вносятся следующие сведения о личности гражданина: «фамилия, имя, отчество, пол, дата рождения и место рождения». При этом в пункте 6 данного Положения однозначно запрещено «вносить в паспорт сведения, отметки и записи, не предусмотренные настоящим Положением. Паспорт, в который внесены сведения, отметки или записи, не предусмотренные настоящим Положением, является недействительным».

Между тем, если с обязанностью указания национальной принадлежности все кажется просто и понятно, то в отношении реализации права указывать свою национальную принадлежность существует неопределенность.

¹ Вестник Банка России. — 2005. — № 2. — С. 3.

² Таможенные ведомости. — 2007. — № 8.

³ Собрание постановлений Правительства СССР. — 1974. — № 19. — Ст. 109.

⁴ Собрание законодательства РФ. — 1997. — № 28. — Ст. 3444.

Сегодня из большинства анкет, справок, выписок и тому подобных юридически значимых документов графа «национальность» исключена. Таким образом, остается неясным, каким образом гражданин может реализовать свое конституционное право указать свою национальную принадлежность и какое юридическое значение будет иметь такое указание. Если в советскую эпоху преемственность указания национальности подчеркивала самоидентификацию личности, принадлежность гражданина к определенной культурной и этнической общности, закрепляла родственные связи в семье, то в настоящее время подобная «преемственность» прекратила свое существование.

Однако, ничуть не абсолютизируя значимость юридической процедуры указания национальности, полагаем, что наличие такой возможности в реальном практическом воплощении — не только фактор реализации конституционного права, но и одно из условий укрепления взаимопонимания между гражданами различной национальности, источник предупреждения проявлений национальной дискриминации и межнациональных конфликтов.

Неопределенность характера внешнего выражения юридического указания национальной принадлежности вызывает неправовые, порой стихийно агрессивные акции в социуме, имеющие своей целью массовую демонстрацию противостояния либо превосходства различного рода группировок. Нет нужды доказывать, что в обществе с устойчивой демократической преемственностью бытуют негативные оценочные стереотипы в отношении государственных чиновников именно на основе их преэмулируемой национальной принадлежности. Полагаем, что такая частность, как юридическое указание национальной принадлежности, требует к себе весьма осторожного правового оформления и значительного политического, морально-психологического, культурно-воспитательного внимания.

Отступая от отдельных проблем преемственности реализации юридических указаний, отметим, что в концептуальном ракурсе преемственность в праве, реализуемая в форме юридических указаний, обусловлена рядом факторов.

Прежде всего следует вести речь об укреплении единства государственной власти. Благодаря юридическим указаниям удается быстро и эффективно реагировать на возникающие угрозы единой вертикали власти, функционированию отдельных государственных институтов.

Посредством юридических указаний разрешаются острые политико—социальные проблемы, вносятся в их преодоление оперативность и однозначность. Достаточно часто указание выступает наиболее предпочтительным, безальтернативным средством.

Юридические указания пронизывают все сферы современной правовой реальности, выступают неизменными компонентом реализации стратегических общенациональных программ и проектов, законодательных и иных актов, функциональным звеном механизма государства, имманентно обладающим императивно-субординационным характером.

Как инструмент совершенствования правовых актов, юридические указания имеют порой общегосударственный, долговременный характер, ибо государство обязано поддерживать в работоспособном состоянии весь механизм правового регулирования.

Нелишне заметить и то, что принятие и реализация юридических указаний входит в число функций многих государственных органов, сферу компетенции должностных лиц различных уровней. В связи с этим юридическое указание вполне может быть использовано как индикатор компетентности соответствующих субъектов. Полагаем, что ошибочное государственное указание при наличии любой формы вины, причинной связи и вреда должно влечь соразмерную правовую ответственность. А это еще одно из условий обеспечения преемственности как в праве, так и государственной политике. Как верно подчеркивает С.В. Поленина, «последствием признания факта подобных ошибок должно быть признание ошибочных актов недействительными или приостановление их действия. А в зависимости от того, есть ли здесь ошибка или правонарушение, должен быть поставлен вопрос об ответственности и государственных органов, и должностных лиц»¹.

¹ Поленина С.В. Конституционные проблемы правотворчества // Российский конституционализм: проблемы и решения: Материалы международной конференции. — М., 1999. — С. 154.

Н.В. Вантеева

Вантеева Наталья Владимировна — кандидат юридических наук, доцент, доцент кафедры теории и истории государства и права Ярославского государственного университета имени П.Г. Демидова

Преемственность как средство преодоления ошибок в муниципальном строительстве

В философской литературе преемственность понимается как связь между различными этапами или ступенями развития, сущность которой состоит в сохранении тех или иных элементов целого или отдельных его характеристик при переходе к новому состоянию¹.

Категория преемственности в праве исследовалась в работах В.К. Бабаева, Н. Неновски, В.А. Рыбакова, Г.В. Швекова и других ученых.

Мы вслед за В.Н. Карташовым полагаем, что, поскольку можно установить и проследить связи между этапами развития правосознания, юридических практик и так далее, корректнее вести речь о преемственности в правовой системе общества. Под последней понимается связь между различными этапами или ступенями развития конкретной национальной правовой системы, которая предполагает сохранение в рамках определенной страны тех или иных достижений правовой культуры прошлого, использование в современной правовой системе всего того прогрессивного, что было накоплено в предшествующие эпохи.

Преемственность в праве мыслится как процесс, характеризующий *объективно* существующую связь между различными этапами развития права, при котором элементы предшествующего этапа после критической их оценки сохраняются в последующих и воспринимаются ими². Точнее, на наш взгляд, было бы вести речь об объективно-субъективном характере преемственности в правовой системе общества, поскольку отбор сохраняемого «материала», равно как и критическая оценка имеющегося правового наследия осуществляется носителями преемственности, в качестве которых выступают люди, их коллективы и организации (юристы, политики, социологи и т. д.).

В основе преемственности, как известно, лежит закон отрицания отрицания, предполагающий устранение старого, отжившего и сохранение наиболее ценного, положительного.

Любое государство и общество, обновляясь, переходит к новым ступеням развития. Однако абсолютное снятие прошлого настоящим приводит к нежелательным последствиям. Общеизвестно, что пренебрежительное отношение к правовому наследию влечет ошибки и просчеты в вопросах государственного и правового строительства.

Российский опыт развития местного управления и самоуправления в последнее столетие во многом строится на полном отрицании достижений предшествующего этапа. Так, вскоре после Октябрьской революции 1917 года устройство власти стало основываться на новых принципах, существование местного самоуправления не предполагалось; данный термин даже не употреблялся.

Произошедшие преобразования можно квалифицировать с помощью философской категории «деструктивное отрицание». Последнее разрушает систему, ведет к ее распаду, ликвидации; здесь имеет место не регресс, а именно прекращение всякого развития, конец существования системы, ее уничтожение. При деструктивном типе отрицания большую, а часто и решающую роль играют внешние по отношению к материальной системе факторы³.

В свою очередь советская модель управления на местах — совет-исполком — была отвергнута после преобразований 90-х годов прошлого столетия.

«В действии закона отрицания отрицания (или закона диалектического синтеза), — пишут П.В. Алексеев и А.В. Панин, — обнаруживается важный момент формального или структурного характера: осуществляется преемственность во внутренней форме, в структуре, причем со ступенью еще более ранней, чем та, которая имела до второго «отрицания»⁴. Нельзя ли усмотреть преемственность современной модели местного самоуправления с моделью дореволюционной, а процессы, произошедшие в нашей стране в конце XX века, квалифицировать как воссоздание системы местного самоуправления?

¹ См.: Преемственность // Философский энциклопедический словарь. — М., 1983. — С. 527; <http://www.slovoedia.com/2/207/254610.html>

² См.: Рыбаков В.А. Преемственность в развитии социалистического права: Дис... канд. юрид. наук. — М., 1978. — С. 193.

³ См.: Алексеев П.В. Философия: Учебник / П.В. Алексеев, А.В. Панин. — М., 2010. — С. 539.

⁴ Там же. — С. 542.

Несмотря на то, что правовая доктрина усматривает некоторую преемственность традиций и форм самоуправления в России, в большинстве случаев указывается на разрыв конструктивной преемственности с дореволюционной юридической мыслью, законодательством и практикой его реализации. Аналогичная ситуация имеет место с наследием советского периода. Фактически сегодня мы строим муниципальную власть «с нуля» и не берем в расчет положительные элементы опыта предшествующих этапов развития.

Каковы последствия нигилистического отношения к правовому наследию в области организации управления на местах? Приведем несколько примеров.

Одной из форм участия населения в осуществлении местного самоуправления, предусмотренных современным законодательством, являются публичные слушания. Истоки указанного института исследователи обнаруживают еще в Древнерусском государстве, где в «вечевых сходах» свободное население могло обсуждать наиболее важные вопросы местной жизни. В советский период развития нашей страны, несмотря на сильную позицию государственно-партийных структур, проповедовалась концепция широкого участия населения в решении местных дел, что находило законодательное закрепление в актах о местных Советах¹.

Желание «с чистого листа» конструировать организационные формы, модели, структуры местного самоуправления приводит к тому, что искажается их подлинный смысл и назначение. Так, в некоторых регионах России суть института публичных слушаний была понята неверно; последние воспринимались как обсуждения вопросов местного значения в средствах массовой информации².

В регионах и муниципальных образованиях законодатель испытывал серьезные трудности с правовым оформлением ряда муниципально-правовых явлений, процессов и состояний. Сложности, в частности, возникали с регулированием правового статуса депутата муниципального уровня. В Ярославской области закон, посвященный указанному вопросу, был принят лишь в 2003 году³. Необходимость издания подобного регионального акта была предусмотрена часть 6 статьи 18 Федерального закона «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации» от 28 августа 1995 года № 154-ФЗ. Соответственно, до 2003 года многие стороны депутатской деятельности вызвали больше вопросов, чем ответов: каковы права народного избранника, имеют ли депутаты муниципального уровня право депутатского запроса, депутатского расследования, как эти права реализуются; в чем состоят обязанности депутата и т. д.

Нельзя сказать, что речь шла о становлении нового общественного и правового института. До 90-х годов XX века статус депутата каждого уровня системы местных Советов подробно определялся Указами Президиума Верховного Совета СССР, законами СССР, союзных и автономных республик⁴.

Очевидно, что учет как положительных, так и отрицательных аспектов этого опыта упростил бы задачу по регулированию отдельных элементов статуса депутата, стоящую перед региональной властью, ускорил решение проблемы пробельности законодательства. Ведь преемственность, как известно, является необходимой предпосылкой высокой юридической культуры и качества правотворчества⁵.

Аналогичным образом складывалась ситуация с организацией и проведением сельских сходов, деятельностью комитетов и советов общественного самоуправления, которые до преобразований 90-х годов XX века активно работали с населением. Пренебрегая имеющимся опытом, мы фактически заново «изобретали велосипед». Даже зарубежные авторы обращают внимание на этот момент в развитии юридической науки и практики. «Новой России, ставшей на путь правового государства, — пишет, например, известный французский компаративист Р. Леже, — не следует слишком быстро забывать понятия, используемые в период с 1917 по 1991 годы»⁶.

¹ См.: Тамазов З. Г. Публичные слушания как форма осуществления населением права на местное самоуправление: Дис... канд. юрид. наук. — Краснодар, 2007. — С. 9.

² См.: Хабриева Т. Я. Доклад на Общем собрании Отделения общественных наук Российской Академии наук 16 января 2008 года // http://www.komitet4.km.duma.gov.ru/file.xp?idb=831260&fn=ran-oon_2008-01-16.htm&size=198324

³ См.: Закон Ярославской области от 7 апреля 2003 года № 15-з «О статусе депутата представительного органа местного самоуправления муниципального образования Ярославской области» (в ред. от 9 ноября 2007 г.) // СПС «КонсультантПлюс».

⁴ См.: Указы Президиума Верховного Совета СССР «Об основных правах и об основных обязанностях сельских и поселковых Советов депутатов трудящихся» (1968), «Об основных правах и обязанностях городских и районных в городах Советов депутатов трудящихся» (1971), «Об основных правах и обязанностях районных советов депутатов трудящихся» (1971), Закон СССР о статусе депутатов Советов депутатов трудящихся в СССР (1971), Закон РСФСР «О статусе народного депутата местного Совета народных депутатов РСФСР» (1990).

⁵ См.: Рыбаков В. А. Преемственность в отечественном праве в переходный период: общетеоретические вопросы: Автореф. дис... д-ра юрид. наук. — Омск, 2009. — С. 6.

⁶ Леже Р. Великие правовые системы современности: сравнительно-правовой подход. — М., 2010. — С. 2—3.

В правоведении признано, что преемственность выступает внутренней основой поступательного развития, обуславливающей его интегральность, целостность и направленность. В переходных ситуациях возникновение нового качества предполагает передачу и сохранение определенных компонентов отрицаемого предшествующего состояния (черт, сторон, элементов, функций, норм, принципов и т. д.) в утверждающемся новом. Новое, накапливаясь, преодолевает старое, прерывая его существование, но не уничтожает его полностью, не отбрасывает абсолютно, а вбирает из него все позитивное, жизнеспособное, необходимое для формирования и функционирования нового¹. Поэтому российский законодатель провозгласил преемственность на разных этапах проведения муниципальной реформы одним из принципов государственной политики в области развития местного самоуправления в Российской Федерации².

Однако в действительности решения власти федерального и регионального уровней не отличаются ни последовательностью, ни попытками сохранения наработанного позитивного опыта при переходе к новому состоянию.

Приведенный ниже пример иллюстрирует непоследовательность региональной политики в сфере местного самоуправления на рубеже XX—XXI веков. Руководство Оренбургской области долгое время не могло определиться со схемой территориальной организации местной власти. До 1995 года там, как и во многих других субъектах Федерации, существовала двухуровневая система муниципальных образований (на уровне населенных пунктов и сельских районов). Затем было принято решение об упразднении муниципальных органов на уровне сельских районов и образовании там структурных подразделений областной администрации. Деятельность по созданию муниципальных образований на уровне сельсоветов активизировалась, и за сравнительно короткое время их число вместе с городскими муниципальными образованиями достигло 578 единиц. Вскоре стало очевидно, что взаимоотношения областной власти с таким большим количеством муниципальных образований требует огромных усилий и затрат. По указанным причинам руководство области в 2000 году вновь принимает и проводит решение об избрании модели местного самоуправления, где статусом муниципальных образований обладают лишь сельские районы и города областного значения³. Этим преобразование не ограничились: вступление в силу Федерального закона «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации» от 6 октября 2003 года № 131-ФЗ (далее — ФЗ № 131)⁴ повлекло установление во всех регионах России двухуровневой системы организации местной власти (на уровне муниципальных районов и поселений).

Причины столь сложного, проблемного характера становления местного самоуправления в Российской Федерации, на наш взгляд, кроются в разрушении связей между отдельными стадиями его развития, этапами становления законодательства и практики его реализации.

Для нормального функционирования любой системы предпочтительным является конструктивное отрицание, органическое сочетание элементов новизны и преемственности. Еще Гесиод говорил: «меру во всем соблюдай!». Поэтому нам следует быть более осторожными, внимательными и бережными в вопросах правового наследия и преемственности.

В преобразованиях последних лет в отечественной системе власти на местах чаще всего усматривается влияние зарубежного опыта: американской и немецкой моделей самоуправления.

В юридической литературе справедливо подмечено, что восприятие отечественной правовой системой элементов другой (других) правовых систем (правовая аккультурация) в такой сфере, как местное самоуправление, представляется трудно осуществимым по целому ряду причин: огромная территория страны, пестрый национальный состав, сложившиеся традиции. «История показывает, — пишут Н.В. Щербакова и Е.С. Егорова, — что, будучи перенесенной из одного государства в другое, система органов власти и управления в этом последнем оказывалась бездейственной и им отторгалась, в то время как в первом если не процветала, то более менее удовлетворяла и государство, и местное население»⁵. Здесь следует указать также на инфантилизм правосознания российских граждан, его медленную перестройку (несмотря на почти 20-летний опыт работы органов местного самоуправления, в сознании многих людей, особенно пожилого возраста, сохранились «исполкомы», «райсобесы», «советы народных депутатов» и т. п.).

¹ См.: Литвинович Ф.Ф. Преемственность в праве (Вопросы теории и практики): Дис... канд. юрид. наук. — Уфа, 2000. — С. 16.

² См.: Указ Президента РФ от 15 октября 1999 года № 1370 «Об утверждении Основных положений государственной политики в области развития местного самоуправления в Российской Федерации» // Собрание законодательства РФ. — 1999. — № 42. — Ст. 5011.

³ См.: Уваров А.А. Об особенностях местного самоуправления в системе политической власти в России // Государственная власть и местное самоуправление. — 2001. — № 1. — С. 48.

⁴ Собрание законодательства РФ. — 2003. — № 40. — Ст. 3822.

⁵ Щербакова Н.В. Местное самоуправление в России: теория и практика / Н.В. Щербакова, Е.С. Егорова. — Ярославль, 1996. — С. 6.

К числу заимствованных отечественной правовой системой элементов относится, например, должность сити-менеджера, впервые учрежденная в 1908 году в городе Стаунтон и ныне весьма распространенная не только в США, но и в других странах Америки, Океании и Западной Европы¹.

После вступления в силу Федерального закона № 131 советно-менеджерская схема, при которой местную администрацию возглавляет лицо, назначаемое по контракту, стала внедряться в ряде российских муниципальных образований. К 2009 году таковых насчитывалось 4 143 против 19 892 муниципальных образований, где предпочтение было отдано традиционной схеме (местной администрацией руководит избираемый населением глава муниципального образования)².

В настоящее время модель управления, предусматривающая наличие сити-менеджера, реализована в 4 782 (20,2%) муниципалитетах страны³. Признанная весьма эффективной за рубежом, она плохо приживается на российской почве. Основная проблема, которая называется представителями власти субъектов Федерации, где имеется опыт работы сити-менеджеров, состоит в конфликтности взаимоотношений двух центров муниципальной власти (глава муниципального образования — сити-менеджер).

В литературе обозначены и такие ее недостатки, как зависимость менеджеров от губернаторов и городских советов, их неподотчетность населению, оторванность от разработки долгосрочных планов и др.⁴

Высокий уровень ротации кадров на посту сити-менеджера (только за 2006—2008 гг. 597 случаев их замены по стране⁵) также не свидетельствует, по нашему мнению, в пользу подобной модели. Так, в Ростовском муниципальном районе Ярославской области со времени избрания действующего главы района сменилось три сити-менеджера. По мнению губернатора области, схема себя не оправдала. «Пока мы по ряду причин не готовы к тому, чтобы таким образом организовывать власть, — отмечает губернатор. — Думаю, по Ростову мы вернемся к системе, которая действует сегодня во всей области»⁶.

Разумеется, следует учитывать общезначимые ценности, результаты и ориентиры всемирной истории, современные тенденции развития народов и государств. Однако нельзя не согласиться с В.А. Рыбаковым в том, что успех современных государственно-правовых преобразований в значительной степени определяется формулой, включающей прочную опору на позитивную историческую преемственность и традиции и одновременно поиск средств нейтрализации негативных моментов прошлого⁷. А для этого необходимо глубокое и всестороннее комплексное исследование механизмов эффективной преемственности во всех сферах жизнедеятельности российского общества, в том числе имея в виду муниципальный уровень его преобразования.

¹ См.: Жегулев И. Градоначальник по найму / И. Жегулев, Т. Сейранян // <http://www.vedomosti.ru/smartmoney/article/2006/06/26/836>; <http://ru.wikipedia.org/wiki/%D1%E8%F2%E8-%EC%E5%ED%E5%E4%E6%E5%F0>

² См.: Итоги переходного периода реализации Федерального закона от 6 октября 2003 года № 131-ФЗ «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации»: Сборник информационно-аналитических материалов Министерства регионального развития Российской Федерации. — М., 2009. — С. 106—109.

³ См.: Аналитические материалы по вопросу реализации в муниципальных образованиях Российской Федерации модели организации системы органов местного самоуправления, предусматривающей «Сити-менеджера» // <http://www.minregion.ru/activities/msu/1274.html>

⁴ См.: <http://www.inosmi.ru/economic/20101005/163371516.html>; <http://ru.wikipedia.org/wiki/%D1%E8%F2%E8-%EC%E5%ED%E5%E4%E6%E5%F0>; <http://www.vedomosti.ru/smartmoney/article/2006/06/26/836>.

⁵ См.: Итоги переходного периода реализации Федерального закона от 6 октября 2003 года № 131-ФЗ «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации»: Сборник информационно-аналитических материалов Министерства регионального развития Российской Федерации. — М., 2009. — С. 114—116.

⁶ <http://www.yarjournal.ru/tags/siti-menedzher>

⁷ См.: Рыбаков В.А. Преемственность в отечественном праве в переходный период: общетеоретические вопросы: Автореф. дис... д-ра юрид. наук. — Омск, 2009. — С. 6.

Е.С. Вершинина

Вершинина Екатерина Сергеевна — кандидат юридических наук, преподаватель кафедры управления и информационно-технического обеспечения Нижегородской академии МВД России

Эволюция становления правовых регламентов и дальнейшие перспективы их развития

В условиях, когда применение термина «регламент» к явлениям правовой сферы постоянно расширяется, все более необходимым становится выяснение его действительного смысла. Обращение к энциклопедической литературе и специализированным словарям показывает, что термин «регламент» имеет иностранные корни и происходит от французского *règlement*¹.

В Толковом словаре живого великорусского языка Владимира Даля регламент определяется как устав, порядок или правила какой-либо службы, разъясненные на письме². С.И. Ожегов определяет регламент как правила, регулирующие порядок какой-нибудь деятельности³. В большинстве современных энциклопедий и словарей обнаруживается многозначность данного понятия.

В Юридическом энциклопедическом словаре⁴ приведены следующие значения данного понятия:

- нормативный правовой акт, регулирующий внутреннюю организацию и порядок деятельности какого-либо государственного органа и его подразделения;
- порядок ведения заседаний, собраний, сессий, съездов представительных органов;
- название специфических актов, принимаемых правительствами Франции, Италии и некоторых других государств в порядке осуществления регламентарной власти.

В «Юридической энциклопедии» Л.В. Тихомировой и М.Ю. Тихомирова данное понятие трактуется несколько иначе:

- 1) нормативный акт, устанавливающий порядок деятельности государственного органа, коммерческой или некоммерческой организации;
- 2) в Российской империи инструкция, служебный устав, как правило, в военном ведомстве. Регламентом назывались также важнейшие акты законодательства Петра I, которые обычно соединяли в себе основные законоположения с распоряжениями инструктивного характера и определяли структуру, штаты, функции, порядок деятельности государственных учреждений, прохождение службы;
- 3) порядок ведения собрания, заседания, конференции, съезда;
- 4) название некоторых актов международных конгрессов и конференций⁵.

На многозначность указывается и в Словаре иностранных слов и выражений⁶. Наряду с перечисленными Л.В. Тихомировой и М.Ю. Тихомировым значениями, там приводится и такое — документ, устанавливающий правила производства, эксплуатации. Кроме того, говорится, что в повседневной жизни под регламентом понимают время, устанавливаемое на собрании, конференции для выступления каждого участника.

Термин «регламент» используется в юридической практике не только России, но и других государств. При этом объем, вкладываемый в данное понятие в различных правовых системах, существенно отличается. Более того, в процессе эволюции он подвергался серьезным изменениям.

Например, во французской юридической практике долгое время понятие «регламент» использовалось в качестве обобщающего для обозначения любых нормативных актов (регламенты корпораций, королевские регламенты). Результатом буржуазно-демократических преобразований, одной из движущих идей которых было разделение властей, стало сужение значения данного понятия. В настоящее время под регламентами понимают те нормативные акты, которые не относятся к законам в формальном смысле, являясь законами в смысле материальном⁷. Так, при определении источников

¹ На это, в частности, указывает В. Даль. См.: Толковый словарь живого великорусского языка Владимира Даля. — Второе издание, исправленное и значительно умноженное по рукописи автора. — М.; СПб., 1882. — Т. 4. — С. 89.

² См. там же.

³ См.: Ожегов С.И. Словарь русского языка / Под ред. Н.Ю. Шведовой. — 12-е изд., стереотип. — М., 1978. — С. 620.

⁴ См.: Юридический энциклопедический словарь / Под общ. ред. В.Е. Крутских. — 3-е изд., перераб. и доп. — М., 2000.

⁵ См.: Тихомирова Л.В. Юридическая энциклопедия. — 5-е изд., доп. и перераб. / Л.В. Тихомиров, М.Ю. Тихомиров / Под ред. М.Ю. Тихомирова. — М., 2006. — С. 744.

⁶ См.: Словарь иностранных слов и выражений / Авт.-сост. Е.С. Зенович. — М., 2002. — С. 520.

⁷ О том, что регламенты главы государства, административных органов и агентов во французском праве следует относить не к административным актам, а к законам в материальном смысле, см.: Дюги Л. Конституционное право. Общая теория государства / Пер. А. Яценко, В. Краснокутского и Б. Сыромятникова; Предисл. к русскому переводу П. Новгородцева. — М., 1908. — С. 258—273.

правового регулирования тех или иных отношений наряду с законами упоминаются и регламенты. Например, в статье 544 Французского гражданского кодекса установлено, что собственность есть право пользования и распоряжения вещами наиболее абсолютным образом, лишь бы пользование не было запрещено законами или регламентами¹. По своей юридической природе такие регламенты являются актами делегированного законотворчества.

Регламент используется и в практике правотворческой деятельности Европейского Союза. Статья 189 Договора об учреждении Европейского экономического сообщества (Рим, 25 марта 1957 г.)² устанавливает, что для выполнения своих задач Европейский парламент, действуя совместно с Советом, Совет и Комиссия принимают регламенты, директивы и решения, дают рекомендации и заключения. Вместе с этим, статья содержит краткие характеристики перечисленных актов. Так, в ней указывается на то, что регламент предназначен для общего применения. Он является обязательным во всех своих частях и подлежит прямому применению во всех государствах-членах. Верховенство регламента над нормами национального права государств — членов ЕС позволяет А.Л. Шевцову рассматривать его как своеобразный инструмент унификации права Евросоюза³.

В современной российской юридической практике понятие «регламент» используется не с целью обозначения любого акта-документа, регламентирующего поведение субъектов и являющегося результатом регламентирующей деятельности, и не с целью обозначения актов делегированного законотворчества. Управляющий субъект прибегает к актам, именуемым регламентом, лишь в отдельных ситуациях, что свидетельствует о наличии собственного национального понятия правового регламента.

Регламент является продуктом социальным, самобытным феноменом культуры. Вне общества никаких регламентов не существует. Следовательно, выяснение сущности данного феномена вне рамок культурно-исторического развития немыслимо. Благодаря историко-правовому анализу можно установить закономерности его развития, что способствовало бы более глубокому и объективному его пониманию. Именно этим вызван наш интерес к заявленной теме.

Появление первых регламентов в России связано с процессами усиления царской власти. Причем данный процесс имеет глобальные масштабы и первоначально происходит в западноевропейских государствах. Усиление королевской власти порождает необходимость детальной регламентации деятельности государственных органов. Например, во французском Регламенте для Королевского совета говорится: «Король, видя в своем совете большой беспорядок и неудобство, проистекающие от того, что при таком большом составе нельзя обсуждать дела столь секретно и глубоко, как это требуется и необходимо для блага его службы, и желая установить в нем столь хороший порядок и регламент, чтобы впредь каждый знал, что он должен будет делать...»⁴.

Наиболее активное проникновение регламентов в отечественную правовую практику происходит в эпоху царствования Петра I. Будучи почитателем европейского порядка, Петр заимствовал многое из юридической практики европейских государств. Как подчеркивает П. Числов, «с царствования Петра Великого в него (имеется в виду законодательство. — **Е.В.**), как известно, проникают начала, заимствованные с Запада и совершенно чуждые русской жизни. И если это новое законодательство развивается тем же путем, каким шло развитие законодательства московского, то есть путем издания отдельных узаконений: то узаконения эти появляются теперь в совершенно новых, ранее неизвестных формах...»⁵.

Регламенты не многочисленны, но весьма своеобразны с правовой точки зрения. Значительная их часть (10 регламентов) относится к периоду правления Петра I и связана с проводимой им административной реформой. Как подмечает известный русский историк В.О. Ключевский, «в основе их лежит строгий взгляд на государство, широко понимающий задачи управления. Они подробно и пунктуально излагают состав, круг дел, обязанности, ответственность и делопроизводство учреждений. Несмотря на их иноземное происхождение, в них сказалось политическое настроение Петра в последние годы, и в этом их главный интерес...»⁶. Издавая регламенты, Петр преследовал цель устройства государственных учреждений таким образом, «чтобы они самой постройкой своей связывали произвол чиновников, а практикой внушали людям чувство законности и понятие государственного интереса»⁷.

В то же время можно наблюдать и то, что регламент используется не только как акт, учреждающий орган государственного управления, определяющий его компетенцию, структуру, порядок осуществ-

¹ См.: Французский гражданский кодекс / Науч. ред. и предисл. Д.Г. Лаврова; Пер. с фр. А.А. Жуковой, Г.А. Пашковской. — СПб., 2004. — С. 430—431.

² Цит. по: Хартли Т.К. Основы права Европейского сообщества: введение в конституционное и административное право Европейского сообщества / Пер. с англ. и науч. ред. В.Г. Бенды. — М.; Будапешт, 1998.

³ См.: Шевцов А.Л. Система источников в развитии права Европейского Союза: теоретико-правовое исследование: Автореф. дис... канд. юрид. наук. — Тамбов, 2007. — С. 19.

⁴ Документы по истории гражданских войн во Франции 1561—1563 гг. — М.; Л., 1962. — С. 154.

⁵ Числов П. Курс истории русского права. — М., 1914. — С. 131.

⁶ Ключевский В.О. Русская история: Полный курс лекций. — М., 1993. — Т. 3. — С. 62.

⁷ Ключевский В.О. Русская история: Полный курс лекций. — М., 1993. — Т. 3. — С. 62.

ления деятельности и закрепляющий должностные инструкции чиновников. Регламенты принимаются и для регулирования отношений в других сферах социальной жизни. Так, например, Петром был принят Морской торговый регламент и Устав от 31 января 1724 года, которым устанавливалось, как «все высшего и нижнего чина персоны, как подданные, так и иностранные, а наипаче купцы, и корабельщики, которые в сие Государство приезжают и отъезжают, послушливо поступать имеют»¹.

В постпетровское время законодательные акты, называемые Регламентами, принимались гораздо реже. В период правления Анны Иоановны был принят новый Регламент Камер-коллегии от 23 июня 1731 года. В отличие от петровского Регламента, Регламент Анны Иоановны практически не содержал положений об устройстве Коллегии. Исключение составляют, положения пунктов 31 и 32, направленные на усовершенствование управления деятельностью внутри коллегии, в связи с чем дела Коллегии расписывались на 4 экспедиции.

Следующий Регламент и работные регулы на суконные и каразейные фабрики, принятый в эпоху царствования Анны Леопольдовны, издается по докладу учрежденной для рассмотрения о суконных фабриках комиссии от 2 сентября 1741 года. Данным актом устанавливались правила обустройства фабрик и регулировались отношения между фабрикантами и наемными рабочими. По сути, данный юридический акт следует рассматривать в качестве одного из первых источников трудового права. Регламент содержал постановления относительно фабричного производства. Так, например, фабричные машины и все приспособления должны были находиться в исправности. Материал, потребный для производства, полагалось заготовлять заблаговременно. Сукна следовало выделять определенных размеров и качества. Фабриканты не имели права заставлять рабочих работать свыше указанной регламентом нормы (15 часов). Рабочим полагалось выдавать известное жалованье (например, от 18 до 50 рублей в год). В Регламенте содержались положения относительно наказания провинившихся работников. Фабрикантам предписывалось при фабриках держать госпитали.

Как видим, данный Регламент ни в коей мере не вписывался в систему петровских регламентов, так как не учреждал никакого органа государственного управления, не определял компетенции органа управления, не регламентировал его деятельность. По цели принятия и по своему содержанию он ближе к регламентам ремесленных и торговых корпораций, которые широко были распространены в Западной Европе в эпоху средневековья и самом начале Нового времени².

Последним Регламентом, принятым в исследуемый период, является Регламент Императорской Академии наук и художеств в Санкт-Петербурге от 24 июля 1747 года. Он относится к эпохе правления Елизаветы Петровны. Академия наук была учреждена еще по Указу Петра I от 28 января 1724 года³. Однако, как отмечается в преамбуле Регламента «...по сие время Академия Наук и Художеств плодов и пользы совершенной не произвела, по тому только одному, что не положен был Регламент и доброе всему определение, и штат, как должностей всех, так и их содержания...»⁴. Несмотря на то, что Регламент Академии наук и художеств, не выполняет функции учредительного акта, все же по своей природе он близок петровским регламентам, так как определяет структуру данного учреждения и регламентирует порядок его деятельности, взаимодействия с органами государственного управления.

Как видим, еще в период своего появления в России регламенты уже отличались разнообразием сфер общественной жизни, подпадающих под их правовое воздействие. Более того, если мы примем во внимание тот факт, что термин «регламент» часто использовался совместно с термином «устав», и постоянно происходило их смешение друг с другом, то это позволит и, думаем, вполне обосновано полагать, что регламент того времени — это нормативный акт, обладающий высшей юридической силой и регулирующий разнообразные сферы общественной жизни, которому можно противопоставить лишь кодифицированные уложения и сепаратные указы, выступающие индивидуальными актами.

Дальнейшее исследование регламентов, появляющихся в правовой жизни российского общества, показывает, что многие из них (внутренние регламенты юридических лиц, парламентские регламенты и др.) имеют одинаковую правовую природу (являются средствами саморегулирования) и общие генетические корни. Более того, эти корни еще более глубокие, нежели корни петровских регламентов. Их следует искать в средневековом праве европейских государств (в первую очередь Франции, так как сам термин «регламент», как было отмечено выше, происходит от французского *règlement*).

По мнению А.Я. Гуревича, «средневековый человек всегда член группы, с которой он теснейшим образом связан. Средневековое общество корпоративно сверху донизу. Союзы вассалов, рыцарские объединения и ордена; монастырские братии и католический клир; городские коммуны, гильдии куп-

¹ ПСЗ 1. — Т. VII. — № 4451. — С. 233.

² Более подробно о регламентах ремесленных и торговых корпораций см., например: Кириллова Е.Н. Практика создания регламентов ремесленных и торговых корпораций в Реймсе (XVI—XVII вв.) // Средние века. — Вып. 64. — М., 2003. — С. 165—189.

³ См.: ПСЗ 1. — Т. VII. — № 4443. — С. 220.

⁴ ПСЗ 1. — Т. XII. — № 9425. — С. 731.

цов и ремесленные цехи; защитные объединения, религиозные братства; сельские общины, кровно-родственные союзы, патриархальные и индивидуальные семейные группы — эти и подобные человеческие коллективы сплачивали индивидов в тесные микромиры, дававшие им защиту и помощь и строившиеся опять-таки на основе взаимности обмена услугами и поддержкой. Некоторые из этих групп имели органический характер — человек в них рождался, в их составе жил и проявлял активность, удовлетворяя в пределах очерченного ими круга общения свои социальные потребности. Иные группы были менее тесными и не поглощали целиком личности своих членов. Но человек Средневековья всегда, так или иначе, соотносился с корпорацией»¹.

В каждой из таких корпораций создается свой регламент как свод правил, детально регулирующих внутрикорпоративные отношения. Подчинение регламентам имело огромное социально-политическое значение. Принадлежность к корпорации и подчинение корпоративным регламентам гарантировало субъекту определенный правовой статус. «Регламенты, — пишет, например, Е.Н. Кириллова, — не только регулировали экономическую и другие сферы жизни и деятельности ремесленников, они заявляли о месте корпорации и каждого ее члена в социальной организации общества»².

Вместе с тем, российское общество данной эпохи отличается от западноевропейского. Г.Ф. Шершеневич констатировал, что в России не было сословного раздробления, борьбы между сословиями из-за свободы и привилегий. Не было ни могучих и неприступных замков, скрывавших произвол феодалов, ни крепких городских корпораций, охранявших горожан от этого своеволия. Напротив, русская история представляет единство всего гражданского общества³. Поэтому корпоративные регламенты в России появляются гораздо позже. Их появление связано с развитием частного права и такого его института, как юридические лица. Причем следует заметить, что регламенты бизнес-корпораций и некоммерческих юридических лиц — явление не сугубо национальное. Практика внутренней регламентации имеет глобальные масштабы. При этом в отдельных государствах внутренние регламенты наряду с уставами признаются учредительными документами, и их наличие обязательно в силу закона⁴.

Особенностью регламентов бизнес-корпораций является то, что они регулировали отношения не только в системе «человек — человек», но и в системе «человек — окружающая среда». Поэтому когда данные отношения попали в сферу правового регулирования, регламенты, регулирующие производственные процессы, процессы эксплуатации и обслуживания машин и оборудования, стали приниматься органами государственной власти⁵. В связи с введением в действие ГОСТ Р 1.0-92⁶, а затем закона о техническом регулировании юридически было закреплено понятие технического регламента. В сфере градостроительной деятельности Градостроительным кодексом Российской Федерации предусмотрено принятие градостроительных регламентов с целью установления правового режима земельных участков, равно как всего, что находится над и под поверхностью земельных участков и используется в процессе их застройки и последующей эксплуатации объектов капитального строительства.

Возникновением парламентаризма ознаменовано появление в отдельных государствах в качестве документов, закрепляющих порядок деятельности органов законодательной власти, такой категории актов, как парламентские регламенты.

Известный немецкий юрист конца XIX — начала XX века Юлиус Хачек, проанализировав различные модели регламентации внутренней организации и процедуры деятельности представительных учреждений в разных странах, выделил четыре их исторических вида: английский, французский, американский и шведский⁷. Английская модель характеризуется отсутствием единого писаного документа, в котором были бы сведены нормы парламентского процесса. Для американской модели характерно наличие множества разнообразных источников, как писаных, так и неписаных. Шведская модель отличается тем, что порядок деятельности легислатуры в основном урегулирован законом, имеющим статус конституционного, и лишь некоторые незначительные вопросы регламентируются отдельными решениями шведского Риксдага. Французская модель, опираясь на принцип парламентской автономии, предусматривает регламентацию парламентских внутриорганизационных отношений двумя правовыми актами: конституцией и регламентом парламента. При этом конституция содержит лишь незначительное количество норм и лишь основные положения, относящиеся к парламентскому про-

¹ Гуревич А.Я. Избранные труды. — М.: СПб., 1999. — Т. 2: Средневековый мир. — С. 176.

² Кириллова Е.Н. Ремесленные и торговые корпорации в раннее Новое время (по материалам Реймса): Автореф. дис... д-ра ист. наук. — М., 2009. — С. 30.

³ См.: Шершеневич Г.Ф. Курс торгового права. — М., 2003. — Т. I: Введение. Торговые деятели. — С. 71.

⁴ См.: Корпоративное право / Отв. ред. И.С. Шиткина. — М., 2008.

⁵ См., например: Регламент технического обслуживания светотехнического оборудования ОМИ типа М-2. Утвержден Министерством гражданской авиации 12 ноября 1979 года. Введен в действие с 1 января 1980 года. — М., 1981.

⁶ ГОСТ Р 1.0-92 / Государственная система стандартизации Российской Федерации. — М., 1997. — С. 10.

⁷ См.: Королева И.Н. Исторические корни парламентских регламентарных норм // Представительная власть: законодательство, комментарии проблемы. — 2007. — № 1 (74). — С. 12—15.

изводству, предоставляя возможность регулировать их самим законодательным органам в принимаемых ими регламентах.

Первым парламентским регламентом является Регламент французского Национального Собрания 1791 года. Французская модель была затем заимствована Бельгийской палатой депутатов, принявшей свой регламент в 1831 году, который в свою очередь оказал воздействие на создание и содержание регламента Прусской палаты депутатов 1849 года. К середине XIX века в подражание французской и немецкой моделям свои регламенты были приняты легислатурами большинства континентальных государств Европы.

Как пишет И.Н. Королева, возникновение регламента было вызвано, с одной стороны, потребностями внутренней организации деятельности зарождающихся парламентов, необходимостью упорядочения процесса обсуждения и принятия решений, а с другой стороны, борьбой буржуазии с феодальным абсолютизмом, завоевавшей политическую власть и нуждающейся в полной самостоятельности парламента¹.

С созданием в России первого парламента (Государственной думы) появляется и первый российский парламентский регламент (тогда он именовался «наказ»). В статье 62 Учреждения Государственной думы от 6 августа 1905 года² устанавливалось, что подробности внутреннего распорядка Государственной думы, предметы ведомства и порядок действия совещания, а также обязанности канцелярии Думы, ее пристава и подведомственных ему лиц определяются Наказом, издаваемым Думою в развитие правил этого Учреждения. За период существования Государственной думы Российской империи было принято несколько таких наказов. Последний от 15 апреля 1914 года содержал 236 статей.

В советский период российской истории вплоть до 1980 года регламенты в деятельности парламента не использовались. Лишь в соответствии со статьей 121 Конституции (Основного закона) РСФСР³ от 12 апреля 1978 года Верховным Советом РСФСР 26 марта 1980 года был принят Регламент Верховного Совета РСФСР⁴.

Ныне действующая Конституция Российской Федерации в части 4 статьи 101 устанавливает, что каждая из палат Федерального Собрания принимает свой регламент и решает вопросы внутреннего распорядка своей деятельности. Результатом реализации данного конституционного положения явилось принятие Регламента Совета Федерации и Регламента Государственной Думы.

Немаловажное значение для развития отечественного права имели наряду с национальными регламентами также международные. Например, Венский регламент 1815 года лег в основу образования в России (как и во многих европейских государствах) ныне существующего дипломатического права.

К настоящему времени использование регламентной формы правового регулирования приобрело массовый характер и охватило все сферы жизни современного российского общества.

Все вышеизложенное наглядно свидетельствует, что регламент представляет собой общеправовой феномен, имеющий глубокие исторические корни, являющийся закономерным результатом развития отечественного права и элементом богатейшего мирового политико-юридического наследия.

В заключение рассмотрения эволюции становления и развития правовых регламентов хотелось бы несколько слов сказать о дальнейших перспективах, которые уже вырисовываются на настоящем этапе.

Полагаем, что в ближайшее время должна последовать систематизация всего того массива регламентов, которые имеются в России. Причем систематизация затронет не все правовые регламенты, а такие их виды, как регламенты органов государственной власти и технические регламенты.

Систематизация первых и последних, безусловно, будет отличаться. И это отличие коснется форм, используемых при такой систематизации.

Отечественной юридической наукой традиционно в качестве форм систематизации рассматриваются: учет нормативных актов, их инкорпорация, консолидация и кодификация.

Применительно к регламентам, наиболее перспективными для рассмотрения представляются проблемы инкорпорации и консолидации. Причем для такого типа регламентов, как регламенты органов власти, процесс систематизации представляется более сложным, включающим последовательное использование обеих из указанных форм. На первом этапе целесообразно осуществить систематизацию регламентов федеральных органов исполнительной власти. Принятие административных регламентов каждым органом власти позволяет говорить о возможности использования такой формы их систематизации, как консолидация. Создание единого консолидированного регламента органа исполнительной власти позволит решить ряд проблем правоприменения и правового воспитания, которые неизбежно возникают в условиях множественности правовых актов. Так, любой гражданин,

¹ См.: Королева И.Н. Парламентский регламент как правовая форма регулирования порядка деятельности представительного органа государственной власти: российская и зарубежные модели: Автореф. дис... канд. юрид. наук. — М., 2007. — С. 19.

² ПСЗ 3. — Т. 25. — Ч. 2. — Ст. 26661.

³ Ведомости ВС РСФСР. — 1978. — № 15. — Ст. 407.

⁴ Ведомости ВС РСФСР. — 1980. — № 14. — Ст. 350.

обратившись к такому консолидированному акту, может получить необходимые сведения о структуре и деятельности данного органа исполнительной власти с целью ее дальнейшего использования для удовлетворения своих законных интересов.

Второй этап систематизации регламентов органов власти представляется как создание свода (собрания) регламентов органов государственной власти. Создание такого свода (собрания) позволит получать полную юридическую информацию не только о структуре и деятельности конкретного органа, а также о структуре и деятельности органов государственной власти в целом, что, безусловно, положительно скажется на юридической практике. Создание свода регламентов органов власти приобретает особую актуальность в связи с тем, что создание свода законов Российской Федерации, начало которому было положено Указом Президента РФ от 6 февраля 1995 года № 94 «О подготовке к изданию свода законов Российской Федерации»¹, данный вид нормативно-правовых актов не затронет.

Полагаем, что апробацию данного проекта можно было бы провести на региональном уровне. Такая возможность имеет место в связи с тем, что организация деятельности органов власти субъекта Российской Федерации также регулируется разнообразными регламентами. К примеру, таким регионом может стать Нижегородская область, в которой разработка и принятие процедурных регламентов осуществляется достаточно активно.

Применительно к техническим регламентам наиболее целесообразным представляется использование такой формы систематизации, как инкорпорация. Однако ее необходимость и способ инкорпорации во многом будут зависеть от того, как будет протекать процесс разработки и принятия официального свода законов Российской Федерации. Это вызвано тем, что технические регламенты, по общему правилу, принимаются федеральным законом или постановлением Правительства Российской Федерации (п. 1 ст. 9 Федерального закона о техническом регулировании) или нормативным правовым актом федерального органа исполнительной власти по техническому регулированию (п. 1 ст. 9.1 Федерального закона о техническом регулировании). Наряду с принятием официального свода законов Российской Федерации целесообразной представляется разработка и полуофициального свода (собрания) технических регламентов. И эту работу могло бы проделать Федеральное агентство по техническому регулированию. В случае же отказа от разработки и принятия официального свода законов Российской Федерации появится необходимость придания своду (собранию) технических регламентов официального характера.

Второе перспективное направление развития регламентного правового регулирования — международно-правовая унификация регламентов. Данный процесс осуществляется по двум направлениям: интеграция и гармонизация. Выбор в конкретной ситуации направления унификации во многом зависит от того, насколько близки друг другу правовые системы государств. В близких правовых системах регламенты стремятся к интеграции, в отдаленных — к гармонизации.

Интеграционные процессы явно наметились в такой области, как техническое регулирование в связи. Это обусловлено созданием Таможенного союза России, Белоруссии и Казахстана. Российские представители власти предлагают передать с 2011 года полномочия по принятию технических регламентов комиссии Таможенного союза. Такие регламенты будут иметь прямое действие во всех странах союза. По мнению заместителя министра промышленности и торговли В. Саламатова, к 2012 году все национальные технические регламенты заменят союзные, при этом унификация не будет абсолютной, так как странам будет предоставлено право вводить исключения из них². Первые шаги по пути интеграции уже сделаны. Приказом Министерства промышленности и торговли Российской Федерации (Минпромторг России) от 27 апреля 2010 года № 329³ утверждены перечни продукции, подлежащей обязательному подтверждению соответствия требованиям технических регламентов Республики Казахстан, являющейся государством — участником Таможенного союза.

В области регламентного регулирования возможно использование и такого средства, как гармонизация. Наиболее остро данная проблема стоит опять же в области технического регулирования. Так, на заседании Комиссии по модернизации и технологическому развитию экономики России 20 января 2010 года в Липецке Президент РФ Д.А. Медведев заявил, что мы не должны оставаться в стороне от тех принципов, которыми сегодня руководствуются другие государства. Нам нельзя отказываться от того опыта, который уже накопили за последние десятилетия развитые, как принято говорить, экономики. Данный положительный опыт может быть гармонизирован в наше законодательство.

Все вышеизложенное наглядно свидетельствует о том, что регламент представляет собой общеправовой феномен, имеющий глубокие исторические корни, являющийся закономерным результатом развития отечественного права, элементом богатейшего мирового политико-юридического наследия и имеет четкие перспективы дальнейшего развития.

¹ Собрание законодательства РФ. — 1995. — № 7. — Ст. 509.

² См.: Казьмин Д. Технический союз / Д. Казьмин, А. Чечель // Ведомости. — 2010. — 7 июля.

³ Российская газета. — 2010. — 2 июня.

А.В. Виссаров

Виссаров Анатолий Васильевич — кандидат юридических наук, доцент, доцент кафедры административного права и административно-служебной деятельности ОВД Чебоксарского филиала Нижегородской академии МВД России

Преемственность законодательства и категория «возможность в праве»

Возможность в праве как правовое явление не может обойтись без преемственности, которая выражается в последовательном переходе, преемстве права. Такое состояние имеет непрерывный характер и имеет место в правообразовании, реализации права, развитии права.

Последовательный переход от старых возможностей в праве к новым является обязательным элементом права. Такова преемственность права. Авторитет норм права основывается не на их целесообразности, а на уважении к утвердившим традициям.

Поэтому создавшееся право трудно поддается преобразованию. Причины такого положения следует искать, с одной стороны, в устойчивости внешних условий жизни, а с другой, — в психологической неспособности человека к восприятию нововведений. Право находится под действием различных социальных норм. Сколько-нибудь быстрое преобразование права встречает затруднение и в том, что право выражается в форме обычая, изменение которого связано с изменением общественного мнения. Поэтому при исследовании возможность в праве следует учитывать преемственность права.

Самое распространенное определение возможности, даваемое в многочисленных словарях и научной литературе, сводится к тому, что возможность есть то, что может произойти...; средство, условие, обстоятельство, необходимое для осуществления чего-нибудь...¹. Однако такой общей дефиниции явно недостаточно для раскрытия природы возможности в праве, имеющей немало смысловых оттенков. При формировании конкретных подходов и применение мер к эффективному использованию возможности в праве в современной социальной практике большое значение имеет как раз верное понимание данного феномена, точная «диагностика» его сущности, ибо от этого зависит многое другое: выясняется, в какой степени ее прошлое детерминирует будущее; отличие существования правовых принципов, норм и требований от их действия и др.

Возможность в праве первоначально исследовалась на отраслевом уровне, отражая потребности ее использования в конкретных сферах жизнедеятельности. Причем возможность в праве рассматривалась применительно к проблемам сугубо отраслевым. Анализ научной литературы позволяет сделать следующие краткие обобщения, касающиеся аспектов отраслевого изучения возможностей в праве.

В экологическом, земельном и аграрном праве возможности исследуются для обоснования нежелательных в праве деклараций, пропагандистских заявлений — если за ними не следуют правовые, экономические либо иные конкретные, имеющие общественное звучание последствия и не реализуются вышеназванные цели, стоящие перед правотворчеством².

В сфере гражданского и хозяйственного права возможности в основном исследуются в качестве методов воздействия на имущественные отношения, исполнение договоров, меры активизации действий личности и т. п.³

В отрасли трудового права возможности изучаются как средства эффективного воздействия на работодателя, в целях выполнения им своих обязанностей перед работником, а также как приемы повышения трудовой активности, производительности и качества труда, побуждения к добросовестному выполнению трудовых обязанностей работниками⁴.

¹ Ожегов С.И. Толковый словарь русского языка: 80 000 слов и фразеологических выражений / С.И. Ожегов, Н.Ю. Шведова. — 4-е изд., доп. — М., 2003. — С. 92.

² Боголюбов С.А. О возможностях экологического права // Журнал российского права. — 2000; Соболев И.А. Правовое воздействие на общественные отношения в сфере экологии и урбанизации. — СПб., 1999; и др.

³ Красавчиков О.А. Диспозитивность в гражданско-правовом регулировании // Советское государство и право. — 1970. — №1; Рябов Е.В. К вопросу о возможности принятия субъектами Российской Федерации нормативных правовых актов гражданско-правового характера / Е.В. Рябов, П.В. Сокол // Журнал российского права. — 2008. — № 3.

⁴ Комментарий к Трудовому кодексу Российской Федерации / Под ред. В.И. Шкатуллы. — 4-е изд., изм. и доп. — 2006; Букреева Е. Правовая природа и функции локальных источников трудового права в условиях рыночной экономики // Законодательство и экономика. — 2007. — № 1; и др.

В государственном, административном праве возможности исследуются чаще всего как метод государственного управления, средство государственного принуждения¹.

Учитывая вышеизложенные обобщения, необходимо, на наш взгляд, помнить, что возможность в праве — одно из общетеоретических понятий, являющееся относительно самостоятельной категорией, обладающее автономной функциональной нагрузкой и занимающее свою нишу в системе понятий общей теории государства и права.

Категория «возможность в праве» в правовой литературе пока не разработана. Нет ее развернутых определений, она не обрела еще четких контуров. Попытаемся дать ее анализ с учетом сказанного.

Возможность в праве может быть охарактеризована через систему следующих основных признаков.

1. Одним из важных признаков возможности в праве является преемственность права. Представляется ошибочным или, по крайней мере, упрощенным мнение, что преемственность в праве является внутренним механизмом развития самого права, механизмом возникновения новых отношений, включающим в себя соотношение будущего, настоящего и прошлого². Создается впечатление, что развитие преемственности права происходит почти автоматически, без усилий субъектов права.

Чем интенсивнее вытесняют новые нормы права устаревшие, тем более острый характер принимает борьба за право, как важный фактор в процессе правообразования. На основе права властвующие силы укрепляют свою позицию, хотя бы ценой частичных уступок, на базе права подвластные завоевывают новые позиции на пути улучшения личного и материального благосостояния. Эта борьба сводится к отстаиванию старого права со стороны заинтересованных в сохранении существующего правопорядка, и к проведению нового права со стороны заинтересованных в изменении этого правопорядка.

Осознание существующего положения приводит к убеждению, что для предотвращения конфликтов необходимо учитывать преемственность права, которая бы сводилась: во-первых, к убеждению общественной массы в необходимости изменений права в том или ином направлении; во-вторых, к обязательному учету сложившихся традиций и обычаев данного общества; в-третьих, мнение мировой прогрессивной правовой практики.

2. Возможность в праве — одно из объективных свойств права, выражающее его сущность и направление развития.

Возможность — фундаментальное исходное свойство права. Более того, это свойство является относительно автономной закономерностью становления и развития права. Возможность — общая структурно-функциональная, внешняя закономерность развития права, выражающая его непрерывную связь с основными контурами предмета отражения права и правового регулирования.

3. Возможность в праве — это свойство права, которое имеет форму, содержание и является отражением действительности. Но это отражение не всей действительности, а лишь части общественного бытия — правообразования, правореализации, правосознания, развития права.

Возможность в праве, скорее всего, относится к интеллектуальной, мыслительной стороне содержания права, юридической нормы.

Чтобы раскрыть различие юридического содержания в теоретической системе необходимо обратиться к содержанию исследуемого понятия.

Категория «возможность в праве» указывает на то явление, предмет, из которого развивается та или иная форма юридической действительности. Иначе говоря, в определенной части по содержанию это та же действительность, но в потенциальном состоянии.

Возможность в праве является предпосылкой юридического содержания правовых явлений в отличие от других условий, которые опосредованно через нее определяют их социальное, экономическое и иное неюридическое содержание.

4. В возможности права объективные границы свободы внешнего поведения субъектов в общественных отношениях постоянно опосредуются правовыми понятиями, чувствами, переживаниями и представлениями. Принятие формирующихся пределов свободы внешнего поведения субъектов в общественных отношениях в качестве правовых в современном обществе связано с правовым государством и потенциально либо актуально с государственной волей и с государственным механизмом их обеспечения.

5. Довольно распространено тавтологическое определение: возможность в праве — это то, что может произойти при соответствующих условиях.

¹ Добрынин Н.М. Конституционализм в новейшей истории России: потенциал и возможности // Государство и право. — 2009. — № 2; Чертков А.Н. Возможности совершенствования субъектного состава Российской Федерации: правовые аспекты // Журнал российского права. — 2005. — № 11; Чиркин В.Е. Возможности и пределы публично-правовых инструментов в условиях финансового кризиса // Государство и право. — 2009. — № 10; Тихомиров Ю.А. Публичное право. Учебник. — М., 1995. — С. 46—52; Габричидзе Б.Н. Административное право / Б.Н. Габричидзе, А.Г. Чернявский, А.Н. Ким-Кимен. — М., 2003. — С. 31—35 и др.

² См.: Рыбаков В.А. Преемственность в праве: временной аспект // Журнал российского права. — 2009. — № 8.

Такие определения не отражают особенностей возможности права, они очень широки. Возможность представляет собой то, что не существует непосредственно и самостоятельно, но что существует реально, опосредованно через сущность права, через условия. И только потому, что возможность в праве существует реально как вещь в себе, как предпосылка новой правовой действительности, как условие возникновения чего-то, она осуществляется. В сущности и условиях содержится, как их внутренняя черта, возможность новой правовой действительности. Достаточная совокупность условий права в их зрелой сущности и есть реальная возможность в праве. Поскольку в процессе изменения старой действительности формируется сущность права, складываются условия, содержащие в себе новую правовую действительность в возможности права, последняя выступает как зародыш, как тенденция прогресса.

Анализ имеющихся в литературе различных позиций по вопросам правовых условий (предпосылок) позволяет их сгруппировать.

Интересные взгляды на данную проблему сформулированы в работах, где процесс формирования права исследуют по предмету и методу правового регулирования¹.

В теории правотворчества раскрыты вопросы социальных факторов: основные (правообразующие) — экономический, экологический, демографический, национальный, политико-правовой, ценностно-психологический, социокультурный; внутренние — организационный, информационный, научный, программирующий².

Не менее значимыми являются труды, где проблемы правовых условий раскрываются в процессе реализации права³.

Следующий подход заключается в изучении проблемы на том, что условия (предпосылки) права порождаются и имеют свое бытие в экономической действительности, ибо считают, что они возникают в результате развития производительных сил. Предмет права имеет в качестве предпосылки возникновения определенную сторону, свойства производственных и иных общественных отношений⁴. Тогда получается, что условием развития права являются только экономические отношения. Экономика — первичная по отношению к праву, в том смысле, что его предпосылки рождаются в ней и представляют ее сторону. Подобное понимание условий перехода явления, предмета из возможности в действительность, на наш взгляд, является не бесспорным, поскольку принижает значение возможности в праве для понимания сущности права.

Собственно экономическая детерминация не только не является единственным условием, но и не всегда может иметь определяющий, решающий характер в процессе правообразования, уступая ведущую роль другим факторам. При этом сами экономические закономерности (допускаемые нами в качестве всеобщих, объективных) проявляют себя в социальной практике конкретной страны и в конкретно-исторических условиях существенно различно — в зависимости от особенностей других, многочисленных субъективных, а также случайных факторов. Скажем, всеобщий экономический закон стоимости или общие закономерности рыночной экономики имели, имеют и, видимо, будут иметь весьма различное общественное значение и серьезные особенности проявления в зависимости от других, неэкономических реалий и причин. Например, идеологическая, субъективно-ценностная по своей сути идея всеобщих, основных прав и свобод человека никак не может быть сведена лишь к одному из специфических проявлений экономической детерминации (в особенности в отношении как раз социально-экономических прав человека) и выступает как относительно самодостаточная ценность и ориентир социального развития, и главное (применительно к интересующей нас проблеме) — в качестве в значительной степени самостоятельного правообразующего и правообуславливающего фактора.

Соответственно этому существенным образом корректируется экономическая жизнь общества, и в частности, это проявляется в принудительном, субъективно-волевом, внеэкономическом перераспределении социальных благ в целях обеспечения каждому человеку определенного минимума этих благ, трактуемых как основные права человека. Например, признание многими развитыми государствами права на труд, права на защиту от безработицы в качестве основных прав человека, придание им конституционного статуса является постоянным и очень важным фактором, в значительной степени определяющим экономическую политику государства и экономическую жизнь общества в целом.

А современные исламские государства и общества имеют существенные особенности (в том числе экономические) в сравнении, скажем, с западноевропейскими странами. Содержание мусульман-

¹ См.: Вехорев Ю.А. Проблемы возможности и действительности в общей теории социалистического права: Автореф. дис... канд юрид. наук. — М., 1971.

² См.: Поленина С.В. Законотворчество в Российской Федерации. — М., 1996; и др.

³ Леушин В.И. Теория государства и права: Учебник для юридических вузов // Под ред. В.М. Корельского, В.Д. Первалова. — М., 1997. — С. 376—377.

⁴ См.: Вехорев Ю.А. Проблемы возможности и действительности в общей теории социалистического права: Автореф. дис... канд юрид. наук. — М., 1971; и др.

ского права таково, что, скорее, именно оно предопределяет некоторые особенности экономического развития, а не наоборот, и основным фактором, определившим перевод возможности в право в действительность (правообразование и правосознание), была все-таки религия, а не экономика.

На возникновение права оказывают влияние множество самых разнообразных факторов. Каждый из них обуславливает соответствующее содержание права: экономическое, политическое, нравственное и т. п. Однако право является относительно самостоятельным явлением, поэтому оно имеет свое собственное содержание и соответствующие ему специфические предпосылки, которые определяют его экономическое, политическое и нравственное содержание, порождаемое социальными и духовными факторами.

6. Возможность в праве приобретает качество фактической возможности в праве только в процессе превращения в правовую действительность. За рамками этого процесса она абстрактна. В данном случае она может выступать как переходная правовая действительность, так же как предпосылка других правовых явлений, хотя и связанных с правом, но не относящихся к нему. Например, представления о правах и обязанностях, закрепленные в Конституции Российской Федерации, будучи не включенными в процесс правотворческой деятельности, представляют собой особые правовые явления, не являющиеся возможностью в праве, хотя и содержащие ее в себе. Они должны быть объективированы в законодательных актах, но иногда в организационных и иных нормах. Данное положение истинно и относительно возможности реализации права. Субъект может быть наделен правовым статусом и правосубъектностью, но не может стать участником конкретных правоотношений.

7. Понимание того, что осуществленная в действии возможность представляет собой социальную практику¹, не совсем полностью раскрывает ее содержание. Тем более, когда мы говорим о категории «возможность в праве».

Показателем, позволяющим определить, что возможности в праве «не мертвы», а реализуются, применяются и превращаются в действительность, является юридическая практика. Лишь в практической деятельности человека выявляются границы возможного и действительного, возможного и невозможного, которые исторически постоянно меняются.

Юридическая практика есть процесс и результат всех видов правовой деятельности. Воплощением возможности в праве является не категория «юридическая практика», а развитие самой правовой практики. Не категория, а сама «живая» и динамичная юридическая практика выполняет свою функцию. «Преобразования, изменения природной и социальной реальности, — как подчеркивает И.Ф. Ведин, — осуществляет не практика как таковая, а практически действующий человек как носитель соответствующей идеи преобразования»².

Отсюда вполне закономерно вытекает еще одно уточнение: не сама по себе практика, а именно деятельный субъект в конечном счете переводит возможности в праве в практическую плоскость. Одним из существенных для субъекта моментов является отбор различных возможностей в праве для последующей интерпретации. И только при условии, что субъектом возможностей права будет отобран достаточно достоверный материал, может быть обеспечена эффективность превращения возможности в праве в правовую действительность.

Одним из ответственных моментов является роль субъекта в объективной интерпретации отобранного социально-правового материала. В юридической практике не может не присутствовать сопоставление ее средств и результатов с целями самого субъекта проверки. Поэтому взаимодействие юридической практики и познания в юридической деятельности всегда будет связано со значительной долей относительности и несовершенности. Только объективно-исторический взгляд на юридическую деятельность раскрывает ее природу, снимает проблематичность объективности познания возможностей в праве. Юридическая практика не может преобразовать внешний мир, поскольку сама она является процессом этого преобразования. Следовательно, прогрессивная юридическая практика, рассматриваемая в единстве субстанционального и деятельностного подходов, есть способ существования субъектов права, заключающийся в целенаправленном изменении ими правовыми средствами своих возможностей и его природных условий. Обосновывая данный тезис, мы исходим из философской позиции о том, что «человек обнаруживает себя как носитель сущности с потенциально бесконечными возможностями, благодаря которым у него нет и не может быть конкурентов в деле создания больших возможностей для продолжения прогрессивных изменений материала»³.

Связи возможностей в праве с юридической практикой многочисленны и разнообразны. Юридическая практика служит основой правообразования, придает ему смысл и направление. Она ориентирует и правореализацию.

Чисто теоретические изыскания не могут раскрыть все возможности в праве. Порой теория не в состоянии дать объективное объяснение противоречий юридической практики и часто объявляет его

¹ См.: Возможность и действительность / М.А Парнюк., А.С. Кирилук и др. — Киев, 1989. — С. 85—89.

² Ведин И.Ф. Бытие человека: деятельность и смысл. — Рига, 1987. — С. 61.

³ Ленин В.И. Полное собрание сочинений. — Т. 42. — С. 290.

неоправданной. И, наоборот известны периоды, когда искажалось представление о юридической практике как об одном из свойств возможности в праве.

По справедливому замечанию В.С. Нерсесянца, деформированное отношение к практике, сложившееся и окрепшее в предшествующее десятилетия, долгие годы имело дело с некоторой заранее заданной, идеально-нормативной, должной «практикой»¹.

Следствием этого явилось то, что, с одной стороны, реальная практика была лишена подлинного теоретического осмысления и ориентира, а с другой — произошло превращение возможностей права вместо позитивных возможностей права ее априорно «правильного», идеализированного двойника, лишившего теорию познавательной основы, а права — ее подлинного потенциала, смысла и содержания.

8. Представляется малоубедительным мнение некоторых теоретиков о том, что исследование возможности в праве предполагает необходимость базирования на понимании позитивного права, а не других теорий, в том числе естественно-правовой². Данная позиция не является бесспорной. При таком подходе непременно ограничиваются рамки суждения. Правильно отмечают, что «возможное» заключает в себе собственные положительные основания для мышления, которые не сужают, а расширяют его сферу. В этом случае «возможно» выступает не как оговорка, приходящая под конец, а как начальное условие философского мышления, выходящего за границу сущего³.

Исходя из предложенного различия можно сказать, что философия права превращает наше обыденное сознание о праве, каково оно есть, в предположения, каким оно может быть. Мыслимые правовые явления не содержат никаких указаний на их существование, но предполагают их возможность в праве.

Мы можем спросить, почему норма права, правовая система такие, а не другие, только потому, что они могли бы быть другими. Вопрос о причине предполагает выход из наличности нормы права, правовой системы в сферу тех возможностей, которые предшествовали им. Если бы норма права, правовая система могли бы быть такими, каковы они есть, мы бы не могли спрашивать, почему они такие: сам вопрос «Почему?» предполагает отличие действительного от возможного.

9. Возможность в праве представляет собой предпосылки в форме возможного и должного внешнего, а не только внутреннего поведения субъектов, которые поддаются внешнему контролю, регулированию и обеспечиваются государством.

Социальная и юридическая значимость государственного контроля и правового регулирования проявляется в достижении сбалансированного, устойчивого развития права. Их последовательная и правильная реализация благоприятным образом влияет на создание условий осуществления возможностей в праве. Таким путем поддерживается устойчивость во взаимоотношениях между различными субъектами права. Словом, от степени активности государственных органов зависит правообразование, реализация права, развитие права.

10. Принципиальное значение для выявления природы возможности в праве и определения ее понятия имеет установление гносеологической характеристики соотношения, соразмерности с сущностью права.

Как подчеркивал Д.А. Керимов, сущностное познание права предполагает обнаружение тех внутренних и необходимых, общих и основных, главных и устойчивых свойств, признаков, черт правовых явлений и процессов, единство и взаимообусловленность которых определяют их специфику и закономерности развития⁴.

В данном случае мы можем говорить о возможности в праве как правовом явлении и поэтому попытаемся раскрыть именно с этих позиций соотношение возможности в праве и сущности права:

— сущность права выражает общие закономерности развития правовой действительности, а возможность в праве — лишь специфическую закономерность развития. Каждая закономерность права есть лишь одна из форм движения его сущности. Более того, сущность права включает не только закономерность развития возможности в праве, но и связь этого явления с закономерностями других явлений социальной действительности. Например, обусловленность права условиями жизни общества, обеспеченность правовых норм принудительным механизмом государства и т. д.;

— в сущности права представлены все основные, существенные, главные характеристики правовых явлений в их единстве, тогда как возможность в праве не только не может обладать этими качест-

¹ См.: Нерсесянц В.С. Советское государственно-правовое строительство: проблемы взаимосвязи истории и теории // Советское государство и право. — 1988. — № 8. — С. 4; См. также Явич Л.С. Перестройка и право (актуальные общетеоретические вопросы) // Правоведение — 1987. — № 5. — С. 38—39.

² Ушанова Н.В. Возможность и действительность в российской правовой системе: Автореф. дис... канд. юрид. наук. — Саратов, 2009.

³ См.: Эпштейн М.Н. Философия возможного. — СПб., 2001. — С. 63.

⁴ Керимов Д.А. Методология права: предмет, функции, проблемы философии права. — 5-е изд. — М., 2009. — С. 154—155.

вами, но и нередко содержит их второстепенные, несущественные, незначительные их свойства, признаки или черты. Основание права составляют не все его особенности, а именно главные, решающие, то есть такие, которые одновременно представляют собой существенные и специфические, накладывающие отпечаток на возможность в праве;

— в понятии «сущность права» имеются лишь нечто внутреннее, глубинное, необходимое, а в понятии «возможность в праве» — зачастую поверхностное, внешнее. В данном случае следует иметь в виду те из них, которые имманентно присущи праву, неотделимы от него, необходимо находятся в нем, скрыты от внешнего созерцания;

— сущность права устойчива, относительно постоянна, в то время как возможность в праве отличается подвижностью, изменчивостью, текучестью. Сущность права изменяется несравненно медленнее, чем возможность в праве. Качественное изменение возможности в праве может привести к исчезновению старой и возникновению новой возможности в праве — хотя и другого, но все же явления той же сущности. Возникновение новой сущности права может быть следствием преобразования всей социально-экономической и политической системы общества в границах той же сущности;

— если сущность права — нечто общее для всех правовых явлений (в том числе и возможности в праве), может быть выражена только и исключительно посредством данных правовых явлений, то последние выступают сами по себе, прямо и непосредственно. Возможность в праве — это сущность в ее существовании. Но оно — не независимое от сущности права наличие, а именно существование сущности права. Как отметил Д.А. Керимов, всякое правовое явление так или иначе, но в конечном итоге всегда есть явление сущности права¹.

Возможность в праве выражает лишь отдельный момент сущности права; данное правовое явление может обнаруживать не всю сущность права, а его отдельные стороны, свойства. При этом степень соответствия возможности права своей сущности может быть различной: в одних случаях возможность в праве в сущности права может быть выражена полно, чем в других случаях. Это обусловлено не только тем, что в зависимости от конкретно-исторических условий одна и та же сущность права проявляется по-разному, но и тем, что эти условия неизбежно влияют на возможности в праве, вносят в их содержание какие-то моменты, которые непосредственно не вытекают из их сущности. В результате возможности в праве нередко объединяют в себе как то, что детерминировано их сущностью, так и то, что явилось причиной воздействия на них других явлений социальной действительности.

Рассмотренные гносеологические соображения необходимы как предпосылка максимально глубокого проникновения в онтологическое осмысление сущностной природы возможности в праве.

Завершая анализ, можно дать следующее определение категории «возможность в праве», которое не претендует на окончательную завершенность и соответствует достигнутому уровню разработки поставленной проблемы. Возможность в праве — это правовое явление, имеющее соответствующие форму и содержание, зависящее от совокупности социальных условий, предпосылок или закрепленности в субъективном праве и волевой деятельности субъекта, которое поддается внешнему контролю и регулированию, обуславливающее образование, реализацию и развитие права.

Предлагаемое определение категории «возможность в праве» может быть использовано для непосредственного анализа многих конкретных правовых актов государства. Вместе с тем, оно вполне может послужить теоретической базой для создания других групп определений, которые усилиями представителей отраслевых юридических наук станут формой, доступной для эмпирических наблюдений.

¹ Керимов Д.А. *Методология права: предмет, функции, проблемы философии права.* — 5-е изд. — М., 2009. — С. 157.

Р.Б. Головкин

Головкин Роман Борисович — доктор юридических наук, профессор, начальник кафедры государственно-правовых дисциплин Владимирского юридического института Федеральной службы исполнения наказаний России

Некоторые аспекты преемственности права по отношению к иным социальным нормам

Построение правового государства, формирование гражданского общества сопровождаются реформированием всех сфер общественной жизни. Реализация реформ осуществляется в контексте преобразований, направленных на стабильное функционирование и защиту как общественных, так и личных отношений, что является важнейшим условием развития всего общества и каждой личности в отдельности. Необходимое условие качественных преобразований — последовательность воздействия системы социального регулирования на общественные отношения, через преемственности между ее элементами.

Социальное регулирование, будучи обусловлено реальным содержанием и закономерностями общественной жизни, в концентрированном виде выражает объективную потребность любого общества в упорядочении действий и взаимоотношений его членов, в подчинении их социально необходимым правилам. Системность социального регулирования предполагает его согласованность, непротиворечивость, преемственность между социальными нормами.

Чтобы установить особенности преемственности между правом и иными социальными нормами в регулировании поведения сотрудников правоохранительных органов обратимся, прежде всего, к анализу понятия «преемственность».

В Большой советской энциклопедии преемственность — это связь между явлениями в процессе развития, когда новое, снимая старое, сохраняет в себе некоторые его элементы. Преемственность это одно из проявлений диалектики отрицания отрицания закона и перехода количественных изменений в качественные. Преемственность носит объективный и всеобщий характер, проявляясь в природе, обществе и познании. Применительно к обществу различают две стороны преемственности: передачу социальных и культурных ценностей от поколения к поколению, от формации к формации и усвоение этих ценностей каждым новым поколением, каждой новой социальной системой. Преемственность это — особый механизм «памяти общества», который осуществляет накопление и хранение культурной информации прошлого, на основе которой создаются новые ценности. Преемственность может быть непрерывной, когда культурные ценности прошлого постоянно функционируют в жизни общества, и прерывной, когда какие-либо ценности на время исчезают из культурного обихода. Преемственность обозначает также всю совокупность действия традиций, воспроизводящих нормы социального поведения, характерные для исторически прошедшей общественной реальности. При этом следует различать наследование подлинных ценностей культуры и сохранение пережитков прошлого¹.

В Большом энциклопедическом словаре преемственность рассматривается как связь между явлениями в процессе развития в природе, обществе и познании, когда новое, сменяя старое, сохраняет в себе некоторые его элементы. В обществе означает передачу и усвоение социальных и культурных ценностей от поколения к поколению, от формации к формации. Обозначает также всю совокупность действия традиций².

Другие справочные издания определяют преемственность близко по смыслу вышеизложенным примерам. Так, например, свободная энциклопедия «Викисловарь» рассматривает преемственность в двух значениях:

1. Право наследования чего-либо. Преемственность власти.
2. Последовательная передача чего-либо от одного к другому. Преемственность культурной традиции. В порядке преемственности³.

В юридической литературе преемственность рассматривается с точки зрения правового регулирования. Проблема преемственности в праве исследована в работах видных отечественных и зару-

¹ Кругликов В.А. Преемственность // Большая советская энциклопедия. — М., 2001.

² Большой энциклопедический словарь // <http://www.vseslova.ru/index.php?dictionary=bes&word=preemstvennost>

³ Свободная энциклопедия «Викисловарь» // <http://ru.wiktionary.org/wiki/%D0%BF%D1%80%D0%B5%D0%B5%D0%BC%D1%81%D1%82%D0%B2%D0%B5%D0%BD%D0%BE%D1%81%D1%82%D1%8C>

бежных ученых. Одним из примеров в исследовании преемственности в праве можно назвать работу М.А. Рейснера «Право. Наше право. Чужое право. Общее право». Л., 1925.

Наиболее активно рассматриваемая проблема стала изучаться в 70—80 годы XX века, среди них можно отметить работы таких ученых: З.М. Черниловский¹, Н. Неновски², В.К. Бабаев³, В.А. Рыбаков⁴, В.М. Горшенев⁵, Г.В. Швеков⁶, Т.В. Наконечная⁷, Н.П. Колдаева⁸.

В девяностые годы в исследовании преемственности в праве наблюдается некоторое затишье, а с начала XXI века рассматриваемая проблема вновь актуализировалась в связи с многочисленными реформами в государственно-правовой сфере жизнедеятельности общества. В данный период времени проявилось достаточно много работ, посвященных преемственности. Здесь можно отметить работы: Л.В. Авраменко⁹, Н.П. Колдаевой¹⁰, О.А. Пугиной¹¹, В.А. Рыбакова¹² и других авторов.

Если проанализировать содержание перечисленных работ, то можно выявить закономерность: понятие преемственности в праве с течением времени трансформировалось от предельно широкого и общего до дифференцированного. Чаще всего первоначально преемственность в праве трактовалась как заимствование правом того или иного государства положений прошлых либо современных ему правовых систем¹³.

В последние годы проводится разграничение и отделение от традиционной преемственности права правового опыта, рецепции права, возрождение права, и т. д. Преемственность в праве с точки зрения современных исследователей представляет собой объективно существующую связь между различными этапами (ступенями) его развития. Понимание преемственности как связи — основной теоретический инструмент диссертационного исследования. Преемственность в праве это связь: а) диалектическая, б) временная, в) объективная, г) генетическая¹⁴.

В целом, обобщая словарные значения термина «преемственность» и теорию использования данного термина применительно к праву, можно заключить, что следует различать *преемственность самого права*, *преемственность в праве*. В первом случае значение преемственности распространяется только на восприятие существующими правовыми предписаниями прошлых правовых предписаний в рамках одной правовой системы и касается только самих правовых предписаний.

Преемственность в праве шире и охватывает своим содержанием любые проявления преемственности не только между правовыми предписаниями, но и преемственность в правовых понятиях, юридической технике, правовой символикe, преемственность между различными социальными регуляторами и правовыми предписаниями.

В связи с изложенным умозаключением можно резюмировать, что право преемственно по отношению к иным социальным нормам. Думается, что наиболее ярко факты преемственности в рассматриваемом контексте проявляются между правом и моралью, в том числе и религиозной моралью.

В качестве иллюстрации проанализируем различные деонтологические своды правил, регламентирующих поведение различных лиц.

¹ См.: Черниловский З.М. Досоциалистическое право: прогресс и преемственность // Советское государство и право. — 1975. — № 11. — С. 107; Социалистическое право переходного периода и проблемы преемственности // Советское государство и право. — 1977. — № 10. — С. 27—36.

² См.: Неновски Н. Преемственность в праве. — М., 1977.

³ См.: Бабаев В.К. О преемственности между социалистическими и прошлыми типами права // Советское государство и право. — 1975. — № 12; Советское право как логическая система. — М., 1978; Методологические вопросы преемственности в праве. Вопросы теории государства и права. — Саратов, 1987. — С. 35—44.

⁴ См.: Рыбаков В.А. О понятии преемственности в социалистическом праве // Вестник МГУ. — Серия: «Право». — 1978. № 1 — С. 33—43; Становление советского социалистического права (вопросы преемственности). Вопросы теории права, социалистической государственности и социального управления. — 1983. — Вып. 2. — С. 61—70.

⁵ См.: Горшенев В.М. О преемственности в советском праве. Проблемы социалистической законности. — Харьков, 1980. — Вып. 6. — С. 20—28.

⁶ См.: Швеков Г.В. Преемственность в праве. — М., 1983.

⁷ См.: Наконечная Т.В. Преемственность в развитии советского права. — Киев, 1987.

⁸ См.: Колдаева Н.П. О преемственности в праве. Теория права. Новые идеи. — М., 1991. — С. 4.

⁹ См.: Авраменко Л. В. Преемственность и заимствование в праве (общетеоретические аспекты): Дис... канд. юрид. наук. — Х., 2000.

¹⁰ См.: Колдаева Н.П. Правовые реформы в России и вопросы преемственности права (историко-социологический аспект) // Правовая политика и правовая жизнь. — 2008. — № 4. — С. 39—40.

¹¹ См.: Пугина О.А. Преемственность элементов российской правовой системы и проблемы конституционно-правового регулирования // Конституционное и муниципальное право. — 2007. — № 11. — С. 2—8.

¹² См.: Рыбаков В.А. Преемственность — код правового развития // Современное право. — 2008. — № 10. — С. 9—13.

¹³ См.: Бабаев В.К. О преемственности между социалистическими и прошлыми типами права // Советское государство и право. — 1975. — № 12. — С. 42.

¹⁴ См.: Рыбаков В.А. Преемственность в отечественном праве в переходный период: вопросы теории: Авторф. дис... канд. юрид. наук. — Омск, 2009. — С. 19.

Одним из основополагающих деонтологических актов, имевших правовое значение в советский период развития отечественного государства и права, был Моральный кодекс строителей коммунизма¹.

Если проанализировать законодательство того периода, то можно обнаружить, что нормы морали, закрепленные в корпоративном партийном акте так или иначе отражались в праве и выступали своего рода правовыми нормами-принципами. Это происходило в силу того, что по Конституции СССР того периода КПСС составляла ядро политической системы общества, а постановления съездов партии, решения ЦК и политбюро становились общеобязательными.

Более того, можно отметить тот факт, что указанные выше нравственные заповеди были преемственны по отношению к христианским заповедям. (В числителе приводятся нормы морального кодекса строителей коммунизма, в знаменателе приводятся нормы христианских заповедей).

1. ПРЕДАННОСТЬ ДЕЛУ КОММУНИЗМА; ЛЮБОВЬ К СОЦИАЛИСТИЧЕСКОЙ РОДИНЕ, К СТРАНАМ СОЦИАЛИЗМА.

«Будь верен до смерти» (Отк. 2: 10). «Вера без дел мертва» (Иак. 2: 26). «Все верующие имели все общее... и разделяли всем, смотря по нужде каждого» (Деян. 2: 44). «Вы — тело Христово, а порознь — члены... Страдает ли один член, страдают с ним все члены; славится ли — с ним славятся все члены» (1 Кор. 12: 13—37).

2. ДОБРОСОВЕСТНЫЙ ТРУД НА БЛАГО ОБЩЕСТВА: КТО НЕ РАБОТАЕТ, ТОТ НЕ ЕСТ.

«Трудись, делая своими руками полезное, чтобы было из чего уделять нуждающемуся» (Еф. 4: 28). «Не о себе каждый заботься, но и о других» (Фил. 2:4). «Кто не хочет трудиться, тот и не ешь» (2 Фес. 3: 10).

3. ЗАБОТА КАЖДОГО О СОХРАНЕНИИ И УМНОЖЕНИИ ОБЩЕСТВЕННОГО ДОСТОЯНИЯ.

«Никто не ищи своего, но каждый — пользы другого» (1 Кор. 10: 24). «Делать свое дело и работать своими собственными руками, чтобы вы поступали благоприлично перед внешними и ни в чем не нуждались» (1 Фес. 4: 10).

4. ВЫСОКОЕ СОЗНАНИЕ ОБЩЕСТВЕННОГО ДОЛГА, НЕТЕРПИМОСТЬ К НАРУШЕНИЯМ ОБЩЕСТВЕННЫХ ИНТЕРЕСОВ.

«Бодрствуйте, стойте в вере, будьте мужественны, тверды» (1 Кор. 16: 13). «Кто любит отца или мать, сына или дочь более, нежели Меня, тот не достоин Меня» (Мф. 10: 37).

5. КОЛЛЕКТИВИЗМ И ТОВАРИЩЕСКАЯ ВЗАИМОПОМОЩЬ: КАЖДЫЙ ЗА ВСЕХ И ВСЕ ЗА ОДНОГО.

«Будьте друг ко другу добры» (Еф. 4: 32). «Будьте единомысленны и единокорны» (Фил. 2: 2). «Нет больше той любви, как если кто душу положит за друзей своих» (Иоан. 15: 13).

6. ГУМАННЫЕ ОТНОШЕНИЯ И ВЗАИМНОЕ УВАЖЕНИЕ МЕЖДУ ЛЮДЬМИ: ЧЕЛОВЕК ЧЕЛОВЕКУ ДРУГ, ТОВАРИЩ И БРАТ.

«Любите друг друга» (Иоан. 15: 12). «Все вы братья» (Мф. 23: 8).

7. ЧЕСТНОСТЬ, ПРАВДИВОСТЬ, НРАВСТВЕННАЯ ЧИСТОТА И СКРОМНОСТЬ В ОБЩЕСТВЕННОЙ И ЛИЧНОЙ ЖИЗНИ.

«Говорите истину» (Еф. 4: 45). «Очистим себя от всякой скверны плоти и духа» (2 Кор. 7: 1). «Кто хочет быть между вами большим, да будет вам слугою» (Мф. 20: 27).

8. ВЗАИМНОЕ УВАЖЕНИЕ В СЕМЬЕ, ЗАБОТА О ВОСПИТАНИИ ДЕТЕЙ.

«Почитай отца и мать» (Мф. 19: 19). «Муж жене, жена мужу оказывайте должное благорасположение... воспитывайте детей в учении и наставлении Господнем» (Еф. 6: 1).

9. НЕПРИМИРИМОСТЬ К НЕСПРАВЕДЛИВОСТИ, ТУНЕЯДСТВУ, НЕЧЕСТНОСТИ, КАРЬЕРИЗМУ, СТЯЖАТЕЛЬНОСТИ.

«Не участвуйте в делах тьмы, но и обличайте» (Еф. 5: 11).

10. ДРУЖБА И БРАТСТВО ВСЕХ НАРОДОВ СССР, НЕТЕРПИМОСТЬ К НАЦИОНАЛЬНОЙ И РАСОВОЙ НЕПРИЯЗНИ.

«Облекитесь в нового человека, который обновляется по образу Создавшего его, где нет ни иудея, ни эллина, ни обрезания, ни необрезания, варвара, скифа, раба, свободного... нет ни мужского пола, ни женского, ибо все вы одно во Христе Иисусе» (Кол. 3: 9; Гал. 3: 26).

11. НЕПРИМИРИМОСТЬ К ВРАГАМ КОММУНИЗМА, ДЕЛА МИРА И СВОБОДЫ НАРОДОВ.

«Извергните развращенных из среды вас» (1 Кор. 5: 11). «Не преклоняйтесь под чужое ярмо с неверными, ибо какое общение у праведности с беззаконием? Что общего у света с тьмою?» (2 Кор. 6: 14). «К свободе призваны вы, братия, только бы свобода ваша не была поводом к угождению плоти» (Гал. 5: 13). «Свобода там, где дух Господень» (2 Кор. 3: 17).

12. БРАТСКАЯ СОЛИДАРНОСТЬ С ТРУДЯЩИМИСЯ ВСЕХ СТРАН, СО ВСЕМИ НАРОДАМИ.

«Придите ко Мне, все труждающиеся и обремененные» (Мф. 11: 28). «Если возможно с вашей стороны, будьте в мире со всеми людьми» (Рим. 12: 18)².

¹ Моральный кодекс строителя коммунизма. Утвержден XXII съездом КПСС // http://www.gumer.info/bibliotek_Buks/History/Article/mor_kod.php

² См. подробнее о единстве христианской морали и Морального кодекса строителей коммунизма: *Бусел А.И.* Моральный кодекс строителей коммунизма и евангельские заповеди // <http://www.anti-glob.ru/mnen/zapov.htm>

Преемственны от христианских заповедей и от Морального кодекса строителей коммунизма и некоторые деонтологические акты современности, например, регламентирующие поведение сотрудников правоохранительных органов. Единственно, на что хотелось бы обратить внимание, с учетом настоящего времени следует несколько обособиться от идеологического «налета» коммунистических моральных постулатов. Применительно к анализу преемственности правовых норм по отношению к морали в вопросах регулирования поведения сотрудников правоохранительных органов оставим десять основных заповедей.

1. Преданность делу и любовь к родине.
2. Добросовестный труд.
3. Забота о сохранении и упрочении социально-полезных традиций.
4. Осознание общественного долга, нетерпимость к нарушениям общественных интересов.
5. Коллективизм и товарищеская взаимопомощь.
6. Гуманные отношения и взаимное уважение между людьми.
7. Честность, правдивость, нравственная чистота и скромность в общественной и личной жизни.
8. Взаимное уважение в семье, забота о воспитании подрастающего поколения.
9. Непримируемость к правонарушениям.
10. Нетерпимость к национальной и расовой неприязни.

Так, Кодекс профессиональной этики сотрудника органов внутренних дел Российской Федерации как свод профессионально-этических норм определяет для сотрудника органов внутренних дел Российской Федерации:

- нравственные ценности, обязательства и принципы службы в органах внутренних дел;
- профессионально-этические требования к служебному и внеслужебному поведению, взаимоотношениям в служебном коллективе;
- профессионально-этический стандарт антикоррупционного поведения.

Этот акт закрепляется приказом МВД России¹ и служит целям:

- установления нравственно-этических основ служебной деятельности и профессионального поведения сотрудника;
- формирования единства убеждений и взглядов в сфере профессиональной этики и служебного этикета, ориентированных на профессионально-этический эталон поведения;
- регулирования профессионально-этических проблем взаимоотношений сотрудников, возникающих в процессе их совместной деятельности;
- воспитания высоконравственной личности сотрудника, соответствующей нормам и принципам общечеловеческой и профессиональной морали.

Помимо деонтологической составляющей, Кодекс разработан на основе положений Конституции Российской Федерации, требований законодательства Российской Федерации, нормативных правовых актов Министерства внутренних дел Российской Федерации с учетом общих принципов служебного поведения государственных служащих². Нормы и требования Кодекса соответствуют положениям Кодекса должностных лиц по поддержанию правопорядка³, а также Европейского кодекса полицейской этики⁴.

Сравним положения Кодекса профессиональной этики сотрудника органов внутренних дел Российской Федерации (далее — Кодекса).

1. ПРЕДАННОСТЬ ДЕЛУ И ЛЮБОВЬ К РОДИНЕ.

Каждый гражданин Российской Федерации, вступающий в ряды сотрудников органов внутренних дел, посвящает свою жизнь исполнению долга беззаветного служения Отечеству и защиты благородных общественных идеалов: свободы, демократии, торжества законности и правопорядка (п. 1 ст. 4 Кодекса). Патриотизм сотрудников ОВД — глубокое и возвышенное чувство любви к Родине, верность Присяге сотрудника органов внутренних дел Российской Федерации (п. 3 ст. 4 Кодекса)

2. ДОБРОСОВЕСТНЫЙ ТРУД.

Сотрудник ОВД должен работать с полной отдачей в течение всего служебного времени, использовать находящиеся в его распоряжении материальные и нематериальные ресурсы исключительно в служебных целях (п. 1 ст. 9).

3. ЗАБОТА О СОХРАНЕНИИ И УПРОЧЕНИИ СОЦИАЛЬНО ПОЛЕЗНЫХ ТРАДИЦИЙ.

¹ Приказ МВД России «Об утверждении Кодекса профессиональной этики сотрудника органов внутренних дел Российской Федерации» от 24 декабря 2008 года № 1138.

² Утверждены Указом Президента Российской Федерации от 12 августа 2002 года № 885 в редакции Указа Президента Российской Федерации от 20 марта 2007 года № 372 (Собрание законодательства РФ. — 2002. — № 33. — Ст. 3196; 2007. — № 13. — Ст. 1531).

³ Принят Резолюцией 34/169 на 106-м пленарном заседании Генеральной Ассамблеи Организации Объединенных Наций 17 декабря 1979 года.

⁴ Принят Комитетом министров Совета Европы 19 сентября 2001 года.

Сотрудник ОВД должен хранить и приумножать служебные традиции органов внутренних дел, в их числе: мужество и готовность к самопожертвованию, корпоративную солидарность, товарищество и взаимопомощь, уважение и помощь ветеранам, семьям погибших и раненых сотрудников (п. 1 ст. 7 Кодекса).

4. ОСОЗНАНИЕ ОБЩЕСТВЕННОГО ДОЛГА, НЕТЕРПИМОСТЬ К НАРУШЕНИЯМ ОБЩЕСТВЕННЫХ ИНТЕРЕСОВ.

Высшим нравственным смыслом служебной деятельности сотрудника является защита человека, его жизни и здоровья, чести и личного достоинства, неотъемлемых прав и свобод (п. 2 ст. 4 Кодекса).

5. КОЛЛЕКТИВИЗМ И ТОВАРИЩЕСКАЯ ВЗАИМОПОМОЩЬ.

Служебная деятельность сотрудника органов внутренних дел осуществляется в соответствии с нравственными принципами коллективизма и товарищества, проявляющимися в отношениях, основанных на дружбе, взаимной помощи и поддержке (п. 2 ст. 6 Кодекса).

6. ГУМАННЫЕ ОТНОШЕНИЯ И ВЗАИМНОЕ УВАЖЕНИЕ МЕЖДУ ЛЮДЬМИ.

Служебная деятельность сотрудника органов внутренних дел осуществляется в соответствии с нравственными принципами гуманизма, провозглашающего человека, его жизнь и здоровье высшими ценностями, защита которых составляет смысл и нравственное содержание правоохранительной деятельности (п. 2 ст. 6 Кодекса).

7. ЧЕСТНОСТЬ, ПРАВДИВОСТЬ, НРАВСТВЕННАЯ ЧИСТОТА И СКРОМНОСТЬ В ОБЩЕСТВЕННОЙ И ЧАСТНОЙ ЖИЗНИ.

Профессиональные долг, честь и достоинство являются главными моральными ориентирами на служебном пути защитника правопорядка и наряду с совестью составляют нравственный стержень личности сотрудника органов внутренних дел (п. 1 ст. 5 Кодекса).

Сотрудник ОВД должен служить примером строгого и точного соблюдения требований законов и служебной дисциплины в профессиональной деятельности и частной жизни, оставаться при любых обстоятельствах честным и неподкупным, преданным интересам службы (п. 1 ст. 7 Кодекса).

8. ВЗАИМНОЕ УВАЖЕНИЕ В СЕМЬЕ, ЗАБОТА О ВОСПИТАНИИ ПОДРАСТАЮЩЕГО ПОКОЛЕНИЯ.

Сотруднику приличествует быть примерным семьянином, утверждать в семье атмосферу дружеской любви, доброты, искренности, доверия, проявлять заботу о воспитании детей, формировании у них высоких нравственных качеств (п. 4 ст. 8).

9. НЕПРИМИРИМОСТЬ К ПРАВОНАРУШЕНИЯМ.

Сотрудник ОВД должен проявлять твердость и непримиримость в борьбе с преступниками, применяя для достижения поставленных целей только законные и высоконравственные средства; в ситуациях морального выбора следовать этическому принципу: человек всегда является нравственной целью, но никогда — средством (п. 1 ст. 7 Кодекса).

10. НЕТЕРПИМОСТЬ К НАЦИОНАЛЬНОЙ И РАСОВОЙ НЕПРИЯЗНИ.

Служебная деятельность сотрудника органов внутренних дел осуществляется в соответствии с нравственными принципами: Служебная деятельность сотрудника органов внутренних дел осуществляется в соответствии с нравственными принципами: толерантности, заключающейся в уважительном, терпимом отношении к людям с учетом социально-исторических, религиозных, этнических традиций и обычаев.

Сопоставим с общесоциальными моральными максимумами еще один профессиональный деонтологический акт — Свод профессионально-этических норм служебного поведения сотрудника уголовно-исполнительной системы.

В Своде профессионально-этических норм служебного поведения сотрудника уголовно-исполнительной системы (далее — Свод) прямо указывается на преемственность по отношению общесоциальным моральным заповедям. Уже в первых строках свода фиксируется, что он основывается на фундаментальных общечеловеческих и профессионально-нравственных ценностях¹.

1. ПРЕДАННОСТЬ ДЕЛУ И ЛЮБОВЬ К РОДИНЕ.

Сотрудник должен быть верным присяге, гражданскому и служебному долгу, глубоко осознавать свою личную ответственность за поддержание правопорядка и законности в учреждениях и органах УИС, а также обеспечивать безопасность объектов УИС и лиц, находящихся на их территориях, точное и безусловное исполнение приговоров, постановлений и определений судов в отношении осужденных. Сотрудник, ФСИН должен придерживаться основополагающих нравственных ценностей патриотизма — глубокого и возвышенного чувства любви к Родине (ст. 5 Свода).

2. ДОБРОСОВЕСТНЫЙ ТРУД.

Сотрудник ФСИН должен работать с полной отдачей в течение всего служебного времени, использовать находящиеся в его распоряжении материальные и нематериальные ресурсы исключительно в служебных целях (ст. 7 Свода).

¹ Свод профессионально-этических норм служебного поведения сотрудника уголовно-исполнительной системы. Утвержден приказом ФСИН России от 24 мая 2010 года № 240.

3. ЗАБОТА О СОХРАНЕНИИ И УПРОЧЕНИИ СОЦИАЛЬНО-ПОЛЕЗНЫХ ТРАДИЦИЙ.

Служебная деятельность сотрудника ФСИН направлена на сохранение и преумножение служебных традиций (мужества и готовности к самопожертвованию, уважения и оказания помощи ветеранам, семьям погибших и ставших инвалидами сотрудников) (ст. 6 Свода).

4. ОСОЗНАНИЕ ОБЩЕСТВЕННОГО ДОЛГА, НЕТЕРПИМОСТЬ К НАРУШЕНИЯМ ОБЩЕСТВЕННЫХ ИНТЕРЕСОВ.

Сотрудник, сознавая свою личную ответственность за выполнение задач, стоящих перед УИС, считает своим долгом придерживаться основополагающих нравственных ценностей: профессионального долга, чести и достоинства, как главных моральных ориентиров в служебной и повседневной деятельности (ст. 5 Свода).

5. КОЛЛЕКТИВИЗМ И ТОВАРИЩЕСКАЯ ВЗАИМОПОМОЩЬ.

Служебная деятельность осуществляется в соответствии с нравственными принципами: коллективизма и товарищества, проявляющихся в отношениях, основанных на уважении, взаимной помощи и поддержке (ст. 6)

6. ГУМАННЫЕ ОТНОШЕНИЯ И ВЗАИМНОЕ УВАЖЕНИЕ МЕЖДУ ЛЮДЬМИ.

Служебная деятельность осуществляется в соответствии с нравственными принципами гуманизма, провозглашающего человека, его жизнь и здоровье высшими ценностями (ст. 6).

7. ЧЕСТНОСТЬ, ПРАВДИВОСТЬ, НРАВСТВЕННАЯ ЧИСТОТА И СКРОМНОСТЬ В ОБЩЕСТВЕННОЙ И ЧАСТНОЙ ЖИЗНИ.

Сотрудник придерживается профессионально-этических норм: честно и добросовестно выполнять должностные обязанности на любом порученном участке, проявлять твердость и принципиальность. Делом отстаивать честь и авторитет своего подразделения, а также находить взаимопонимание с сотрудниками других служб, уважая их профессиональное достоинство (ст. 7). Нравственная чистоплотность, неподкупность сотрудника, его преданность интересам службы, верность служебному долгу составляют основу профессионально-этического стандарта (ст. 8). В поведении с коллегами проявлять простоту и скромность, содействовать успешному выполнению ими своих служебных обязанностей (ст. 6).

8. ВЗАИМНОЕ УВАЖЕНИЕ В СЕМЬЕ, ЗАБОТА О ВОСПИТАНИИ ПОДРАСТАЮЩЕГО ПОКОЛЕНИЯ.

Сотрудник должен принимать участие в воспитательном процессе подрастающего поколения с целью формирования законопослушного поведения (ст. 7).

9. НЕПРИМИРИМОСТЬ К ПРАВОНАРУШЕНИЯМ.

Сотрудник ФСИН должен проявлять мужество и смелость, не останавливаться перед лицом опасности в обстановке, требующей спасения жизни людей, пресечения угрожающего людям преступления, ликвидации последствий аварии, стихийного бедствия (ст. 7 Свода).

10. НЕТЕРПИМОСТЬ К НАЦИОНАЛЬНОЙ И РАСОВОЙ НЕПРИЯЗНИ.

Долг чести сотрудника — быть примером в исполнении законов Российской Федерации, уважении и защите личности, человеческого достоинства гражданина независимо от его происхождения, национальности, социального статуса, политических, религиозных или мировоззренческих убеждений в соответствии с законом, международными правовыми нормами и общечеловеческими принципами морали (ст. 4 Свода).

Таким образом, анализ некоторых деонтологических актов, регламентирующих поведение сотрудников правоохранительных органов позволяет обратить внимание на следующие моменты.

Во-первых, современные моральные предписания, регламентирующие поведение сотрудников различных правоохранительных органов, удостоверяются соответствующими государственно-властными предписаниями. Следовательно, налицо преемственность права по отношению к моральным нормам.

Во-вторых, морально-правовые требования, предъявляемые к поведению сотрудников правоохранительных органов преемственны по отношению к общественной морали. Эти нормы представляют собой определенные нормы-принципы, содержащие основополагающие идеи и руководящие начала поведения сотрудников.

В-третьих, преемственность между общественной моралью и правилами поведения сотрудников правоохранительных органов выражается в обяываниях позитивного характера. Иными словами, нормы-принципы поведения сотрудников с точки зрения содержащихся предписаний являются обяывающими нормами.

Е.С. Гордеева

Гордеева Елена Сергеевна — адъюнкт кафедры уголовного и уголовно-исполнительного права Нижегородской академии МВД России

Историческая правопреемственность и эволюция уголовно-правового законодательства об ответственности за порнографию в Российской империи

Принято считать, что уголовное законодательство в части регулирования деяний с порнографической продукцией в России начало развиваться с момента ратификации Женевской конвенции 1923 года. Однако исторический анализ отечественного права показывает, что начиная с XVIII—XIX веков в России появляются нормы, предусматривающие ответственность за нарушение так называемых правил приличия.

В XIX веке государство, взяв курс на установление жесткого контроля общественной жизни, подвергает строгой цензуре все проявления сексуальности, в том числе и в искусстве. В этот же период общественная нравственность официально становится объектом уголовно-правовой охраны.

Система норм об ответственности за изготовление и распространение порнографии впервые была представлена в отделении втором «О противных нравственности и благопристойности сочинениях, изображениях, представлениях и речах» главы четвертой «О преступлениях против общественной нравственности» раздела восьмого «О преступлениях против общественного благоустройства и благочиния» Уложения о наказаниях уголовных и исправительных 1845 года¹ (Далее по тексту — Уложение). Рассмотрим каждую из них.

Статья 1001 Уложения гласит: «Если кто-либо будет тайно от цензуры печатать или иным образом издавать в каком бы то ни было виде, или же распространять подлежащие цензурному рассмотрению сочинения, имеющие целью развращение нравов или явно противные нравственности и благопристойности или клонящиеся к сему соблазнительные изображения, тот подвергается за сие:

Денежному взысканию не свыше пятисот рублей;
или аресту на время от семи дней до трех месяцев.

Все сочинения или изображения сего рода уничтожаются без всякого за оныя вознаграждения»².

Родовым объектом вышеизложенной статьи будут общественные отношения в сфере общественного благоустройства и благочиния, а видовым — в сфере общественной нравственности. В ныне действующем Уголовном кодексе РФ 1996 года объектная принадлежность норм, регулирующих оборот порнографических материалов и предметов, несколько изменена. Данные нормы находятся в разделе, содержащем преступления против общественной нравственности и общественного порядка³. Видовым объектом, кроме отношений в сфере общественной нравственности, является еще и здоровье населения. Таким образом, с течением времени сфера общественных отношений, нарушаемых распространением порнографической продукции, увеличена. Это обусловлено тем, что распространения порнографических материалов и предметов причиняет вред не только общественной нравственности, но и оказывает пагубное воздействие на здоровье человека, его нормальное развитие и функционирование.

Предметом в статье 1001 Уложения являются сочинения или изображения:

- а) развращающие нравы;
- б) противные нравственности и благопристойности;
- в) склоняющие к разврату.

Для признания сочинения или изображения неблагопристойным достаточно было соответствия содержания одному из трех вышеперечисленных признаков.

Соответствие определенного произведения или изображения указанным признакам устанавливалось судом. В процессе контроля исполнения законов Сенат Российской империи корректировал судебную практику по данным делам.

¹ Уложение о наказаниях уголовных и исправительных: (Дополнено по Продолжению 1868 г. и позднейшим узаконениям): с разъяснениями по решениям кассационных департаментов Правительствующего Сената. — СПб., 1869.

² Таганцев Н.С. Уложение о наказаниях уголовных и исправительных 1885 года. — 11-е изд., пересм. и доп. — СПб., 1901. — С. 391.

³ Уголовный кодекс РФ от 13 июня 1996 года № 63-ФЗ (текст с изм. и доп. на 15 марта 2010 года). — М., 2010.

Под безнравственными сочинениями в рамках статьи 1001 Уложения следует понимать только те, которые противоречат «чувствам целомудрия, непорочности и стыдливости, и которые имеют целью развращение нравов»¹.

Не могут попадать под действие статьи произведения, содержащие в себе насмешки или кощунство над предметами народного почитания.

Так же при отнесении сочинения к безнравственным, следовало учитывать характер произведения. Если изображение содержалось в специальном или же научном издании, учебном пособии, то нарушения чувств благопристойности и приличия не фиксировалось. Если то же самое изображение помещалось в произведение литературного характера, то издателя следовало привлечь к ответственности².

Говоря современным языком, из перечисленных признаков следует, что фактически законодатель установил запрет на издание и (или) распространение эротической и порнографической продукции.

Объективной сторона преступления представлена следующими действиями: «тайное от цензуры печатание или иным образом издание, распространение подлежащих цензурному рассмотрению сочинений»³.

Дискуссионным считался вопрос о наказуемости виновного в напечатании сочинения, по содержанию своему подходящего под статью 1001 Уложения, но по объему не подлежащего предварительной цензуре.

По этому поводу Н.С. Таганцев в комментариях к Уложению⁴ писал следующее: «Очевидно, что вина в таком случае менее предусмотренной в статье 1001, а потому отсутствие специального закона о первом проступке было бы неосновательно объяснять тем, что законодатель приравнивал эти проступки друг к другу и подводил под один закон; скорее можно допустить, что законодатель не считал необходимым подвергать ответственность лиц, виновных только в напечатании без распространения сочинений этого рода, так как одно уничтожение таких сочинений может служить достаточной узою для лиц, предпринимающих такие издания. Если не по буквальному своему смыслу, то, во всяком случае, на основании статьи 151 Уложения, должна быть применима и к сочинениям, не подлежащим предварительной цензуре».

Свою точку зрения Н.С. Таганцев подкреплял также суждениями об актуальности данной статьи и при возможной отмене предварительной цензуры.

Говоря о степени общественной опасности, обратимся к санкции анализируемой статьи. Виновный подлежит денежному взысканию не свыше 500 рублей, либо аресту на время от семи до трех месяцев. Согласно статье 39 Уложения арест подразделяется на три степени. Величина заключения по данной статье подходит под первую степень⁵. Но, тем не менее, такие виды наказания как арест и денежное взыскание являются самыми мягкими в градации наказаний, изложенных в Уложении. Поэтому можно сделать вывод, что, по мнению законодателя, преступление против общественной нравственности и общественного порядка представляет собой невысокую общественную опасность.

Аналогичную позицию законодатель занимает и в настоящее время. Санкция статьи 242 Уголовного кодекса РФ «Незаконное распространение порнографических материалов или предметов» предусматривает наказание в виде штрафа от ста до трехсот тысяч рублей, либо лишение свободы на срок до двух лет⁶. Согласно части 2 статьи 15 Уголовного кодекса РФ, преступление, предусмотренное статьей 242 Уголовного кодекса РФ, относится к категории преступлений небольшой тяжести⁷.

Статья 1002 Уложения предусматривала квалифицированный состав распространения порнографических материалов, согласно которой «учителя или наставники, а равно и опекуны, которые будут изболжены в распространении сочинений или изображений, явно противных добрым нравам и благопристойности, в учебных заведениях или между малолетними или несовершеннолетними, вверенными их надзору»⁸.

¹ Таганцев Н.С. Уложение о наказаниях уголовных и исправительных 1885 года. — 11-е изд., пересм. и доп. — СПб., 1901. — С. 391.

² См. там же. — С. 391.

³ Уложение о наказаниях уголовных и исправительных: (Дополнено по Продолжению 1868 г. и позднейшим узаконениям): с разъяснениями по решениям кассационных департаментов Правительствующего Сената. — СПб., 1869. — С. 272.

⁴ Таганцев Н.С. Уложение о наказаниях уголовных и исправительных 1885 года. — 11-е изд., пересм. и доп. — СПб., 1901. — С. 392.

⁵ Уложение о наказаниях уголовных и исправительных: (Дополнено по Продолжению 1868 г. и позднейшим узаконениям): с разъяснениями по решениям кассационных департаментов Правительствующего Сената. — СПб., 1869. — С. 12.

⁶ Уголовный кодекс РФ от 13 июня 1996 года № 63-ФЗ (текст с изм. и доп. на 15 марта 2010 года). — М., 2010. — С. 123.

⁷ Там же. — С. 7.

⁸ Уложение о наказаниях уголовных и исправительных: (Дополнено по Продолжению 1868 г. и позднейшим узаконениям): с разъяснениями по решениям кассационных департаментов Правительствующего Сената. — СПб., 1869. — С. 273.

Вышеуказанная норма содержала квалифицирующие признаки, существенно отличающиеся от предусмотренных законодательствами других стран. Так, в уголовном праве Великобритании, Германии и Франции в качестве квалифицирующего признака провозглашалась защита несовершеннолетних от порнографической продукции под угрозой наказания.

Идентичная по своему содержанию норма в настоящее время закреплена в качестве квалифицирующего признака в пункте «а» части 2 статьи 242¹ Уголовного кодекса РФ «Изготовление и оборот материалов или предметов с порнографическими изображениями несовершеннолетних». Санкция статьи говорит о принадлежности данного деяния к категории тяжких преступлений (наказывается лишением свободы на срок от трех до десяти лет).¹

Санкция нормы статьи 1002 Уложения состоит в удалении от занимаемых должностей или званий и заключении в тюрьму на срок от 2 до 4 месяцев². Согласно статье 38 Уложения, срок заключения в тюрьму подходит под третью степень налагаемого наказания, что стоит на ступень выше по строгости, чем арест первой степени.

Таким образом, законодатель в Уложении не сильно увеличивает степень общественной опасности квалифицированного состава — статья 1002 Уложения, относительно преступления, предусмотренного статьей 1001. На современном этапе развития уголовного закона степень общественной опасности преступления, предусмотренного пунктом «а» части 2 статьи 242¹ Уголовного кодекса РФ, значительно увеличена по сравнению с составом, заключенном в 242 статье.

В записке, составленной 28 октября 1859 года, о способах исполнения назначенного высочайшего повеления, было замечено, что исчислены 55 статей Уложения, содержащих маловажные проступки. Вследствие данного замечания, в комиссии возникла мысль, выделить из Уложения все статьи, относящиеся собственно к проступкам, подведомственным судебно-полицейскому разбирательству, и составить из них особый устав, который мог бы служить мировому судье руководством при разборе дел³.

Так, 20 ноября 1864 года был принят Устав о наказаниях, налагаемых мировыми судьями (Далее — Устав), ставший еще одним, совместно с Уложением, правовым актом, регулирующим действия порнографического характера и распространение порнографической продукции в царской России.

Глава третья «О проступках против благочиния, порядка и спокойствия» во втором отделении «О нарушении порядка и спокойствия» Устава содержит две нормы, регулирующие отношения в сфере нравственности. Это статьи 43 и 45⁴.

У деяний, изложенных в Уставе, объекты будут отличными от закрепленных в Уложении норм. Родовым и видовым объектами статей 43 и 45 являются общественные отношения, регулирующие порядок и спокойствие граждан. В анализируемом правовом акте законодатель использует более общее определение объекта.

Статья 43 Устава предусматривает ответственность за бесстыдные или соединенные с соблазном для других действия в публичном месте, виновные подвергаются аресту не свыше 1 месяца или денежному взысканию не свыше 100 рублей⁵.

Обязательным признаком объективной стороны является место совершения бесстыдного или соблазнительного действия. Статья предусматривает бесстыдные действия в публичном месте, а потому и не может применяться в случае, если бесстыдные действия совершены в частном доме.

Следующей вехой уголовного законодательства Российской империи стало принятие 22 марта 1903 года Уголовного уложения. В тринадцатой главе кодекса «О нарушении постановлений о надзоре за общественной нравственностью» содержатся две нормы об ответственности за порнографию⁶.

Родовым и видовым объектами данных норм, так же как и в Уложении 1945 года, являются отношения в сфере общественной нравственности. В настоящее время видовым объектом норм, регулирующих оборот порнографических материалов и предметов, является еще и здоровье населения.

Норма, содержащаяся в статье 280 Уголовного уложения, гласит: «Виновный в публичном нарушении благопристойности произнесением бесстыдных слов или бесстыдным поступком, наказывается арестом на срок не свыше одного месяца или штрафом не свыше ста рублей.

¹ Уголовный кодекс РФ от 13 июня 1996 года № 63-ФЗ (текст с изм. и доп. на 15 марта 2010 года). — М., 2010. — С. 124.

² Уложение о наказаниях уголовных и исправительных: (Дополнено по Продолжению 1868 г. и позднейшим узаконениям): с разъяснениями по решениям кассационных департаментов Правительствующего Сената. — СПб., 1869. — С. 12.

³ Таганцев Н.С. Устав о наказаниях, налагаемых мировыми судьями: с дополнениями по 1 января 1879 г.: с прил. мотивов и извлечений из решений Уголовного кассационного департамента Сената. — 2-е изд., перераб. и доп. — СПб., 1879. — С. 5.

⁴ Устав о наказаниях, налагаемых мировыми судьями: Извлечено из Судебного Устава 20-го ноября 1864 года. — СПб., 1867. — С. 13.

⁵ Там же.

⁶ Таганцев Н.С. Уголовное уложение 22 марта 1903 года. — СПб., 1904. — С. 425.

Если бесстыдный поступок состоял в любострастном или ином противонаравственном действии, соединенном с соблазном для других, то виновный, если не подлежит более строгому наказанию за непотребство, наказывается заключением в тюрьму на срок не свыше шести месяцев».¹

Прообразом данной нормы служила статья 43 Устава. Законодатель при создании новой статьи расширил и конкретизировал объективную сторону. Добавил квалифицирующий признак, не изменив при этом размер наказания по основному составу.

Объективная сторона статьи 280 охватывает все случаи, нарушающие благопристойность публичным совершением поступка, оскорбляющего общественную нравственность, включая сюда и любострастные действия и иные виды удовлетворения плотской похоти, как, например, скотоложство, онализм и тому подобное. Если данные действия спровоцированы одной из сторон, то соблазненные ответственности не подлежат.

В статье различается простой и квалифицированный состав нарушения благопристойности, выражающийся в публичном, соединенном с соблазном для других, удовлетворении плотской похоти.

По смыслу данной статьи, понятие бесстыдного поступка не подлежит расширительному толкованию. С этой целью законодателем была исправлена первоначальная редакция, звучавшая как «любо-страстное действие или иное удовлетворение плотской похоти», на «иное противоправное действие, соединенное с соблазном для других»².

Конструкция статьи 281 Уголовного уложения соединила в себе статью 1001 Уложения и статью 45 Устава и звучит как: «Виновный в хранении для продажи, продаже, в публичном выставлении или в ином распространении заведомо бесстыдных сочинений или изображений, наказывается: арестом на срок не свыше трех месяцев или штрафом не свыше трехсот рублей.

Сверх того, если виновный состоит торговцем или редактором повременного издания, то суд может лишить его права торговли или права быть редактором на срок от одного года до пяти лет»³.

Статья объединяет вышеуказанные нормы, поскольку при добавлении определенного текста к копии сделанной даже с произведения искусства, может сделать такое изображение явно соблазнительным, хотя без подписи оно таким не является. Так же присоединение, например, к историческим мемуарам, порочащих нравственность иллюстраций способно сделать из исторического памятника предмет соблазнительного чтения.

Для выполнения объективной стороны деяния достаточно продажи, демонстрации, распространения, либо хранения для продажи хотя бы одного экземпляра продукции. Затруднительным для правоприменителя является доказуемость цели хранения сочинений или изображений.

Определение «бесстыдности» сочинения или изображения не может быть установлено а priori; принадлежность должна быть установлена судом, в зависимости от обстоятельств каждого дела. Причем, достаточно если такой характер будет иметь лишь одна часть инкриминируемого сочинения или изображения.⁴

Отсутствие четкой регламентации понятия «порнография» (ранее по своей сути выражаемое словом «бесстыдность») присуще и современному законодательству. Если ранее принадлежность определялась судом, то сейчас должна проводиться специальная искусствоведческая экспертиза, и уже на основании экспертного заключения устанавливается факт нарушения норм приличия. Нельзя сказать, что это пример позитивной правопреемственности, поскольку законодательная неопределенность и субъективность взглядов на вопросы нравственности и приличия усложняют применение статей 242 и 242¹ Уголовного кодекса Российской Федерации.

Санкция части первой статьи 281 Уголовного уложения претерпела небольшие изменения в сторону уменьшения уголовного наказания. Если в статье 1001 Уложения альтернативой ареста служила денежная пеня не свыше пятиста рублей, то с 1903 года размер пени уменьшился до трехсот рублей. Срок ареста остался неизменным.

Статья 2 Уголовного уложения относит анализируемую уголовную норму по степени общественной опасности к категории проступков. Данная позиция сохранилась и в Уголовном кодексе Российской Федерации 1996 года. Законодатель по степени общественной опасности определил незаконное распространение порнографических материалов или предметов как преступление небольшой тяжести.

Ранее неизвестной нормой стала вторая часть статьи 281 Уголовного уложения. Предпосылки установления квалифицирующих признаков для торговцев и редакторов периодических изданий возникли после введения ответственности для цензоров, пропустивших в печать изделия «противные благопристойности», рассматриваемые со второй половины XIX века как нарушение цензурных правил и подлежащие дисциплинарной ответственности⁵.

¹ Таганцев Н.С. Уголовное уложение 22 марта 1903 года. — СПб., 1904. — С. 425.

² Там же.

³ Там же.

⁴ Там же. — С. 425—426.

⁵ Сборник распоряжений по делам печати (с 1863 г. по 1 сентября 1865 г.). Секретно. — СПб., 1865. — С. 50—51.

В Уложение 1903 года не вошла норма, предусматривающая особую ответственность учителей, наставников, опекунов за распространение сочинений или изображений, явно противных добрым нравам и благопристойности, в учебных заведениях или между малолетними или несовершеннолетними, вверенными их надзору (статья 1002 Уложения). Вместо вышеперечисленных лиц специальным субъектом становятся торговцы или редакторы повременного издания.

Декриминализованная норма восстановлена в пункте «а» части 2 статьи 242¹ Уголовного кодекса Российской Федерации.

Подводя итог анализа уголовно-правовых норм, предусматривающих наказание за порнографию в Российской империи, следует выделить следующие тенденции и закономерности становления.

Во-первых, отсутствие четкого определения понятия «безнравственность», в современности — «порнография». Данные дефиниции не регламентированы на законодательном уровне.

Во-вторых, составляющие объективной стороны состава статьи 281 Уголовного уложения 1903 года фактически полностью перешли в норму статьи 242 Уголовного кодекса Российской Федерации 1996 года.

В-третьих, в качестве наказания к нарушителям указанным норм законодательством назначалось и назначается наказание в виде штрафных санкций либо лишения свободы на определенный срок.

В-четвертых, общественная опасность деяний, предусмотренных статьями Уложения, Устава, Уголовного Уложения 1903 года и Уголовного Кодекса Российской Федерации, законодателем признается минимальной.

В-пятых, существенным отличием действующей нормы (ст. 242 УК РФ) от применяемых ранее является закрепление в диспозиции статьи обязательного признака «незаконности» предусмотренных действий. Казусом является отсутствие нормативно-правового акта, регламентирующего законную деятельность с порнографической продукцией. До принятия Уголовного кодекса 1996 года любые действия с порнографическими материалами и предметами являлись незаконными.

Ю.И. Гревцов

Гревцов Юрий Иванович — доктор юридических наук, профессор, профессор кафедры теории и истории государства и права Санкт-Петербургского государственного университета

Преемственность в правовом регулировании

1. Что такое преемственность? Каково (ы) значение (я) этого понятия? Как и большинство понятий в общественных науках, данное понятие не однозначно. В Большом энциклопедическом словаре находим: «Преемственность — связь между явлениями в процессе развития в природе, обществе и познании, когда новое, сменяя старое, сохраняет в себе некоторые его элементы. В обществе означает передачу и усвоение социальных и культурных ценностей от поколения к поколению. Обозначает также всю совокупность действующих традиций»¹.

Очевидно, что в такой интерпретации преемственности основное состоит в том, что преемственность — это *сохранение, удержание в новом элементов старого, прошлого*, причем преемственность ограничивается рамками общества; преемственность может иметь место применительно к поколениям и тем социальным и культурными ценностям, которые были произведены именно в границах исторического развития данного общества.

Однако в Большом толковом словаре читаем: «Преемственный — ая, -ое... Идущий в порядке последовательности от одного к другому, основанный на переходе чего-либо непосредственно от одного к другому»². При таком объяснении преемственности акценты расставлены, мягко выражаясь, несколько иначе. И прежде всего это касается, так сказать, пространства существования, осуществления преемственности. Здесь она как будто не ограничивается пространством данного общества, не рассматривается как «внутреннее дело» общества. Очевидно, что такое значение преемственности имеет более широкие рамки, в которых протекают процессы преемственности ценностей и норм, в том числе одними обществами ценностей и норм других обществ. *И процесс преемственности в этом случае есть именно переход чего-либо непосредственно от одного к другому.*

Следует обратить внимание и на второй, принципиальный момент рассматриваемой трактовки преемственности. В этом случае то, что *заимствуется, принимается, не есть элемент старого, скорее, это нечто, чего у субъекта преемственности не было ни в прошлом, ни на момент преемственности.*

Обратимся к примеру, описанному в литературе. Несколько лет тому назад, пишет автор, итальянский коллега к своему огромному удивлению, обнаружил, что в некоторых странах, например, в ЮАР, Свод Юстиниана до сих пор действует в буквальном смысле слова. Его клиентка, дама из Италии, имевшая собственность в ЮАР, поручила ему совершить сделку с этой собственностью. Некоторое время спустя юрист из Южной Африки попросил коллегу выслать ему подписанный клиенткой документ о том, что она отказывается от использования привилегии, предоставленной женщинам актом *Senatus Consultum Velleianum*, принятым Римским Сенатом девятнадцать веков назад, который разрешил женщинам отказываться от своего слова и вообще не соблюдать некоторых видов договоренностей³. К сказанному можно добавить принятие и введение в действие Турцией в 30-х годах прошлого столетия французского Гражданского кодекса, зарубежные исследователи отмечают элементы преемственности и в действующем российском Гражданском кодексе (в дальнейшем речь будет идти о преемственности в этом, широком смысле).

Развитие обществ обозначает множественные факты преемственности в праве, правовом регулировании, преемственности одним обществом от другого. Особенно это касается институтов частного права, но не только. Можно говорить о преемственности в сфере конституций, форм правления, идей прав человека и др.

Вторая половина XX века демонстрирует широкую поступь закона, усиление роли этого инструмента в правовом регулировании общественных отношений большинством стран, практикующих не только право романо-германского типа, но и общее право. Законодательство, то есть намеренное создание законов, справедливо было названо наиболее важным по своим далеко идущим последствиям изобретением человека, более значительным даже, чем огонь и порох⁴, элементы которого постепенно распространилось, были приняты многими странами. Вряд ли такой вывод мог бы быть сделан, если бы все общества и каждое отдельно взятое общество развивали свое законодательство и

¹ Большой энциклопедический словарь. — СПб., 1997. — С. 954.

² Большой толковый словарь. — СПб., 1998. — С. 963.

³ См.: Леони Бруно. Свобода и закон. — М., 2008. — С. 162.

⁴ См.: Хайек Ф. Право, законодательство и свобода. — М., 2006. — С. 91.

правовое регулирование только за счет преемственности каких-то элементов собственного, внутреннего, прошлого правового развития.

Каждое общество, конечно, с разным успехом формировало правила поведения общего характера. Эти общие правила поведения (нормы права) некоторые исследователи называют правилами справедливого поведения, то есть нормами, которые распространяются на всех (единые правила игры) и *которые открывают (закрепляют) равные возможности для всех*. Такие правила поведения выработывались действующими в обществе индивидами, то есть формировались индивидами в рамках различных объединений в процессе преследования тех или иных целей. Причем спонтанно, не сразу, не вдруг, а в течение того или иного исторического отрезка времени, нередко весьма длительного. Основные особенности таких общих правил поведения, (в общем-то, законов), состоят в том, что они не конструируются с заранее обдуманном намерением, не «придумываются», а отработываются в практике общественной жизнедеятельности ее основными субъектами.

Три основные силы завершали процесс формирования общих правил поведения и «превращения» их в нормы права: *суды; юриспруденция* (то есть юристы, которые обобщали практику и выводили (формулировали) общие принципы и нормы права), а также *государство, его органы*. Такие общие нормы (законы) имеют своей основной и единственной целью — закрепление (улучшение) равных возможностей для всех (например, основные законы собственности: собственность нерушима, изъятие собственности только с согласия собственника, исполнение обязательств; свобода совести; свобода слова и др.).

Наряду с такими правилами справедливого поведения (общими нормами, законами «для всех»), государством создавались, конструировались (с заранее обдуманном намерением) правила поведения, которые некоторыми авторами определяются как правила функционирования организаций. В далеком прошлом государство, его органы устанавливали незначительное количество таких норм, однако постепенно правотворческая деятельность, в особенности законотворческая, расширяется. Государство уже давно устанавливает законы не только «для себя» в интересах регулирования процессов образования государственных органов, их полномочий, характера взаимоотношений но и самым активным образом регулирует экономику, социальную жизнь и другие сферы общественной жизнедеятельности.

2. Какова природа, причины процессов преемственности в праве — процессов, по-видимому, неизбежных и в этом смысле объективных? Если говорить в самом общем плане, то преемственность в праве, в правовом регулировании находится в русле преемственности полезного опыта вообще, то есть подчиняется общим закономерностям заимствования ценного в искусстве, политике, экономике, технике. Универсальные идеи права, считал Е. Эрлих, потому и являются универсальными, что куда бы мы не попали, мы обнаруживаем, в общем-то, одни и те же социальные институты и юридические факты: брак, семью, владение, договор, собственность, наследование, отношения власти и подчинения. И если это так у всех цивилизованных народов, то это значит, что в их правовых системах есть нечто *общее* и над чем (или к чему) могут надстраиваться специфические элементы. Очевидно, что это самое *общее* не изобреталось каждым обществом самостоятельно, но утверждалось за счет заимствования форм, способов, инструментов правового регулирования.

Очевидно, что заимствование — это едва ли не основная форма преемственности, но, конечно, не единственная. Но если говорить о преемственности в праве, в правовом регулировании, то здесь, разумеется, не может не быть специфики (это — специальный предмет исследований, который, по вполне понятным соображениям, в данной статье не рассматривается). В данном случае основное внимание обращается все-таки к общим, можно сказать, универсальным причинам преемственности в праве.

Почему происходит сближение, а оно, при сохранении значительных особенностей, ведь происходит? Скажем, по линии укрепления (расширения) роли закона, законодательства? Или, к примеру, *презумпции законности принятого и введенного в действие закона, которая, похоже, «пересаживается» на ниву российского правового пространства?* Совершенно очевидно, что основной причиной здесь являются соображения здравого смысла, плюс факт проявления этого здравого смысла ранее в какой-то стране, скажем, Германии. Другими словами, в Германии поняли опасность прямолинейного правового регулирования посредством однозначного и жесткого признания тех или иных законов не соответствующих конституции. О чем, собственно, идет речь? Прежде всего о том, что использование приема однозначного признания того или иного закона неконституционным, неминуемо приводит к серьезным деформациям в законодательстве, неконструктивному противостоянию законодательного органа и Конституционного суда. Ведь признание того или иного закона не соответствующим действующей Конституции ведет к его отмене и необходимости разработки нового. Если не углубляться в недра конфликта, который неизбежен в таких случаях (между парламентом и Конституционным судом), очевидны негативные последствия такого правового регулирования, в том числе — материальные издержки за счет кармана налогоплательщика. Ориентация же на презумпцию конституционности принятого и введенного в действие закона, открывает возможность для гибкого правового регу-

лировании и устранения «столкновения» закона и конституции посредством интерпретаций и толкования вплоть до мягкой замены той или иной части закона (правила поведения).

Преемственность обозначается в статье 15 действующей Конституции РФ. В последнем случае мы имеем не только преемственность норм международного права (правил поведения), но и принятие интерпретаций понятий «общепризнанный международный принцип» и «общепризнанные нормы международного права». Конечно, в данной преемственности есть особенности, в любом случае это — не автоматическое заимствование. Статья 15, часть 4 Конституции РФ устанавливает, что общепризнанные принципы и нормы международного права и международные договоры являются составной частью ее правовой системы. Если международным договором установлены иные правила, чем предусмотренные российским законодательством, то применяются правила международного договора.

Конституция, не устанавливая безусловного примата общепризнанных принципов и норм международного права, закрепляет приоритет международного договора, если и поскольку между ним и нормой национального законодательства возникла коллизия. Это означает, что нормы закона, предусматривающие иные правила, чем установленные международным договором, сохраняют свою юридическую силу, но не применяются при разрешении дел, касающихся государства, участвующего в соответствующем международном договоре. При этом к правовой системе России отнесены те договоры, в отношении которых она выразила согласие на их обязательность и которые вступили для нее в силу, договоры, к которым она присоединилась, а также договоры, в отношении которых она стала продолжателем или правопреемником СССР. Этим и предопределяется пределы судебного применения (действия) международного договора Российской Федерации: если он был ратифицирован, вступил в силу, официально опубликован и не требует издания дополнительных внутригосударственных нормативных актов, то положения такого договора действуют непосредственно и имеют приоритет в применении в отношении к противоречащим им правилам, содержащимся в законе. Данный вывод Пленума Верховного Суда РФ, сделанный ранее в своем постановлении от 31 октября 1995 года № 8, получил подтверждение в постановлении от 10 октября 2003 года № 5.

В постановлении Пленума Верховного Суда РФ от 10 октября 2003 года № 5 «О применении судами общей юрисдикции общепризнанных принципов и норм международного права и международных договоров Российской Федерации»¹ впервые в отечественной юридической практике дано легальное определение понятия общепризнанных принципов международного права как основополагающих императивных норм международного права, принимаемых и признаваемых международным сообществом государств в целом, отклонение от которых недопустимо. Очевидна природа этого определения — заимствование.

¹ Бюллетень Верховного Суда РФ. — 2003. — № 12.

В.В. Груздев

Груздев Владислав Владимирович — кандидат юридических наук, доцент, заместитель декана юридического факультета, заведующий кафедрой теории права и гражданско-правовых дисциплин Костромского государственного университета имени Н.А. Некрасова, член избирательной комиссии Костромской области

**Преемственность в научном знании:
опыт разработки категории
«правовое состояние»**

Понятие «преемственность в праве» многогранно, неоднозначно. Оно способно придать правовым явлениям различные оттенки, характеризовать определенные аспекты их проявления с новой, нередко скрытой стороны.

Если верно, что термин «преемственность» обозначает не просто сохранение содержания отрицаемого, но и передачу положительного состояния объекта последующему, новому, которое, отрицая старое, никогда не является абсолютно новым, неся в себе многие черты предшествующего состояния, то есть прежней стадии развития¹, то вполне допустима посылка, что данный термин имеет значимый потенциал для характеристики развития научного знания, в том числе знания в области права.

Рассмотрим генезис научного знания о такой относительно малоизученной категории как «правовое состояние».

В науке продолжительное время используется категория «состояние». В отличие от других наук, предметом исследования которых категория «состояние» выступает относительно постоянно, степень разработанности проблем правовых состояний до последнего времени оставалась незначительной. Сколько-нибудь регулярное упоминание данной категории в советской юридической литературе началось лишь в 50-х годах XX века².

Причин этого, по меньшей мере, выделяется две. С одной стороны, в советской философской литературе не было даже иллюстративных ссылок на правовую материю, не был проведен (даже на уровне подготовки научной статьи) общетеоретический анализ правовых состояний. С другой стороны, в юридической науке правовому (юридическому) состоянию также не уделялось должного внимания, что, по-видимому, в немалой степени было обусловлено отрицательным отношением к легальному значению данного термина, которое имелось в российском дореволюционном праве. Как справедливо отмечает М.И. Байтиным и В.М. Барановым, категория «состояние» в юридическом значении употреблялась «либо в обыденном смысле соответствующего термина, либо в смысле обозначаемой им известной философской категории, либо как некое само собой разумеющееся понятие, используемое для характеристики или определения какого-то другого политико-правового понятия»³. Поэтому рассматриваемые вопросы все еще являются *terra incognita* юридической науки.

В последнее время научный интерес к проблематике правовых состояний значительно вырос. Было опубликовано несколько общетеоретических исследований, проведена международная научно-практическая конференция, что позволило привлечь внимание к феномену правовое состояние, в том числе к вопросам понятия, признаков и видов правовых состояний, их сущности⁴. Ученые, разрабаты-

¹ См.: Рыбаков В.А. Преемственность в отечественном праве в переходный период: общетеоретические вопросы: Автореф. дис... д-ра юрид. наук. — Омск, 2009. — С. 22.

² См. например: Стальгевич А.К. Некоторые вопросы теории социалистических правовых отношений // Советское государство и право. — 1957. — № 2. — С. 31; Толстой Ю.К. К теории правоотношения. — Л., 1959. — С. 14.

³ Байтин М.И. О логико-гносеологической и юридической природе правового состояния / М.И. Байтин, В.М. Баранов // Вопросы теории государства и права: перестройка и актуальные проблемы теории социалистического государства и права: Сборник научных трудов. — Саратов, 1991. — Вып. 9. — С. 38.

⁴ См. например: Парфенов А.В. Правовое состояние: Дис... канд. юрид. наук. — Н. Новгород, 2002; Новикова Ю.С. Правовое состояние как категория права: Автореф. дис... канд. юрид. наук. — Екатеринбург, 2005; Парфенов А.В. Правовое состояние: Монография. — М., 2007; Правовые состояния и взаимодействия: историко-теоретический, отраслевой и межотраслевой анализ: Материалы VII Международной научно-теоретической конференции. Санкт-Петербург, 1—2 декабря 2006 г.: В 2 ч. / Под общ. ред. Р.А. Ромашова, Н.С. Нижник. — СПб., 2006.

вающие данные вопросы, пришли к выводу, что правовое состояние приобретает статус одной из важнейших и самостоятельных категорий общей теории права, которая имеет общетеоретическое значение и общенаучную природу¹.

Научную литературу, посвященную проблеме понимания правового состояния, за некоторыми исключениями, характеризует ряд следующих обстоятельств. Во-первых, значительная степень абстрактности построения конструкций, которая, впрочем, на современном этапе научных исследований данной проблематики, по-видимому, и не может быть иной. Во-вторых, фрагментарность и лаконичность приводимой тем или иным ученым аргументации, что не позволяет достаточно полно обосновать высказываемую точку зрения. В-третьих, трудность доступа к ряду работ, предметом исследования которых непосредственно является категория «правовое состояние», поскольку их немалая часть выходила ограниченными тиражами в региональных издательствах.

Ряд советских и современных российских теоретиков права рассматривают правовое состояние как элемент правовой системы общества.

Так, Н.И. Матузов, видя в правовом состоянии один из элементов правовой системы, указывает, что правовая система общества знает такие специфические юридические явления, как правовые состояния, режимы, статусы, процессы, гарантии, принципы, субъективные права и обязанности, ответственность и т. п. В частности, законность и правопорядок он характеризует как определенные состояния общественной жизни².

Авторы коллективной монографии «Правовая система социализма» характеризуют правопорядок с помощью категории «состояние», определяя его как «состояние правовой упорядоченности общественных отношений, выражающее реальное, практическое осуществление требований социалистической законности и функционирование правовой системы»³.

С.А. Авакьян также обращает внимание на то, что правовые состояния являются непреложными явлениями и фактами общественной жизни и государственной организации, которые характеризуют строй в целом, являются его неотъемлемыми чертами⁴. Как элемент правовой системы общества правовые состояния представляют собой одно из слагаемых системы правовых явлений, всей правовой действительности.

В.С. Афанасьев и Н.Л. Гранат понимают под состояниями длящиеся (непрерывные или периодически возникающие) обстоятельства, отражающие положение субъекта в обществе, его отношения с другими людьми и прочее (гражданство, болезнь, трудовой стаж и др.)⁵.

Детальный анализ категории «правовое состояние» в качестве подвижного, динамического и самостоятельного элемента правовой системы общества предпринят М.И. Байтиным и В.М. Барановым. Признавая за понятием «состояние» статус категории философии, ученые определяют правовое состояние как особую разновидность социального состояния, обусловленную экономическим строем общества, сложный, относительно самостоятельный элемент его правовой системы. Оно представляет собой закрепленное юридическими нормами структурно-упорядоченное образование и выражает меру процесса движения субъектов либо объектов юридического бытия в соответствующих временных и пространственных отношениях⁶. Заслуга указанных авторов, на наш взгляд, состоит в том, что они впервые определили и обосновали признаки правового состояния как политико-правовой категории.

Концепция М.И. Байтина и В.М. Баранова получила дальнейшее развитие в работах А.В. Парфенова. Он считает, что правовые состояния являются неотъемлемыми элементами правовой системы. При этом ученый полагает, что законность, правопорядок, правосознание, правовая культура, юридическая ответственность, правосубъектность и правовой статус не должны рассматриваться в качестве отдельных видов правовых состояний, как это предлагает Н.И. Матузов. Речь здесь должна идти о правовых состояниях как родовом явлении, что позволит рассматривать правовое состояние

¹ См.: Новикова Ю.С. Правовое состояние как категория права: Дис... канд. юрид. наук. — Екатеринбург, 2005. — С. 166; Парфенов А.В. Правовое состояние: Монография. — С. 34; Баранов В.М. «Текущее» правовое состояние как элемент динамической правовой системы государства (опыт осмысления научной гипотезы профессора В.П. Казимирчука) // Ценности и образы права. — М., 2007. — С. 142. Существует, впрочем, и противоположная точка зрения. См.: Орзих М.Ф. Личность и право. — М., 1975. — С. 72.

² См.: Матузов Н.И. Правовая система развитого социализма // Советское государство и право. — 1983. — № 1. — С. 19; Матузов Н.И. Правовая система и личность. — Саратов, 1987. — С. 16; Матузов Н.И. Актуальные проблемы теории права. — Саратов, 2004. — С. 95.

³ Правовая система социализма: понятие, структура, социальные связи / Под ред. А.М. Васильева. — М., 1986. — Кн. 1. — С. 44.

⁴ См.: Авакьян С.А. Реализация норм советского государственного права // Советское государство и право. — 1984. — № 1. — С. 15.

⁵ См.: Общая теория права и государства: Учебник / Под ред. В.В. Лазарева. — 3-е изд., перераб. и доп. — М., 2000. — С. 242.

⁶ См. там же. — С. 48.

в качестве отдельного, относительно самостоятельного подвижного и динамического элемента правовой системы общества¹.

По мнению А.В. Парфенова, правовое состояние: 1) разновидность состояния; 2) относительно самостоятельный элемент правовой системы российского общества; 3) фиксирует момент устойчивости в изменении, развитии, движении юридических субъектов и объектов в некоторый момент времени; 4) отражается или объективно существует в праве; 5) определяется уровнем экономического, политического, культурного развития общества; 6) существует в течение определенного отрезка времени².

Понятие правового состояния в такой интерпретации во многом схожи с авторской позицией М.И. Байтина и В.М. Баранова. Ценность работ А.В. Парфенова видится, прежде всего, в том, что автор привлекает внимание к изучению феномена правового состояния, обозначает круг вопросов и направлений, требующих дальнейшего изучения. В их числе: виды, функции, ценность правовых состояний, основные пути повышения эффективности и особенности их реализаций.

В отношении понятия «правовое состояние» в юридической литературе существует плюрализм мнений. Например, в качестве правового состояния понимают: правовую культуру, которая как особое социальное явление может быть воспринято как качественное правовое состояние³; юридическую (в том числе гражданско-правовую) ответственность, характеризующуюся юридической возможностью обеспечить восстановление нарушенных прав с помощью специальных санкций — мер ответственности⁴; определенную совокупность субъективных прав и юридических обязанностей, которой обладает субъект в определенный период времени⁵; права субъекта, существовавшие до их нарушения⁶; право принадлежности как элемент содержания субъективного права собственности, поскольку оно обуславливает наличие других элементов — прав владения, пользования и распоряжения, а также их объем⁷; правовую доктрину⁸ и т. д. Однако, как представляется, во всех случаях общим признаком, который характерен для использования термина «правовое состояние» при характеристике рассматриваемых феноменов, является исследовательская потребность в их оценке.

В этой связи следует обратить особое внимание на точку зрения Ю.А. Тихомирова, который, в рамках предложенного им циклического подхода, определяет цикл развития права как относительно устойчивый временной и содержательный период развития правовой сферы, характеризующийся постепенными и последовательными действиями субъектов права по достижению стратегических целей. Каждый цикл характеризуется тем или иным правовым состоянием, где последнее выражает «момент покоя» в развитии и смене ситуации. Ученый приходит к выводу, что правовое состояние является скорее динамической мерой оценки всех явлений правовой сферы, а не отдельным элементом правовой системы⁹. В этом значении правовое состояние выступает иной стороной рассмотрения правовых явлений, новым срезом, а значит новым проявлением сущности правовых явлений.

Попытка исследования иных сторон феномена правовое состояние была предпринята Ю.С. Новиковой. Она определяет его как обусловленную социально-культурными устоями жизнедеятельности общества разновидность социального состояния, представляющую собой способ юридического бытия субъектов, объектов или общественных отношений в определенный момент времени и в определенном пространстве, закрепленную в законодательстве¹⁰.

Наряду с понятием, признаками и видами правовых состояний, ученый определяет специфику правового состояния применительно к стадиям механизма правового регулирования. Так, Ю.С. Новикова не соглашается с мнением, что состояние как юридический факт не имеет самостоятельного правового значения и поэтому таковым признаваться не может. Относительно природы юридического факта-состояния следует вывод, что первоначальный юридический факт по отношению к состоянию, им вызванному, является именно «юридическим фактом» и выполняет непосредственно функцию возникновения состояния (организующая роль). Как элементы фактических составов факты-состояния могут иметь в них сущностное значение, выражать главное содержание социальной ситуа-

¹ Парфенов А.В. Правовое состояние: Монография. — М., 2007. — С. 23.

² См. там же. — С. 22—30.

³ См.: Теория государства и права / Под ред. Н.И. Матузова, А.В. Малько. — М., 1997. — С. 575—576; Байнина Р.С. Правосознание и российский правовой менталитет // Правоведение. — 2000. — № 2. — С. 32.

⁴ См.: Хохлов В.А. Гражданско-правовая ответственность за нарушение договора: Дис... д-ра юрид. наук. — Самара, 1998. — С. 53; Абдулаев М.И. Теория государства и права: Учебник для вузов. — М., 2004. — С. 321.

⁵ См.: Лебедев В.М. Современное трудовое право (опыт трудового компаративизма) / В.М. Лебедев, Е.Р. Воронкова, В.Г. Мельникова. — М., 2007. — Кн. 1. — С. 196, 218.

⁶ См.: Витрук Н.В. Общая теория юридической ответственности. — М., 2009. — С. 57, 62, 104, 138 и др.

⁷ Кириллова М.Я. Право собственности граждан и его реализация // Теория и практика гражданско-правового регулирования: Межвузовский сборник научных трудов. — Екатеринбург, 1992. — С. 32.

⁸ См.: Исаев И.А. Солидарность как воображаемое политико-правовое состояние. — М., 2009.

⁹ См.: Тихомиров Ю.А. Правовое регулирование: теория и практика. — М., 2010. — С. 58—61; Тихомиров Ю.А. Циклы правового развития // Журнал российского права. — 2008. — № 10.

¹⁰ Новикова Ю.С. Правовое состояние как категория права: Дис... канд. юрид. наук. — Екатеринбург, 2005. — С. 29.

ции. Определяется юридический факт-состояние как конкретное жизненное обстоятельство, характеризующееся относительной стабильностью и длительным периодом существования, в течение которого самостоятельно или в совокупности с другими юридическими фактами вызывает правовые последствия и не погашается в единократном акте правового воздействия¹.

Не останавливаясь на детальной критике указанной позиции, следует отметить следующее. Если придерживаться точки зрения автора, то правовое состояние как юридический факт на протяжении всего времени своего существования может самостоятельно вызывать правовые последствия. Иными словами, это может происходить ежеминутно, ежечасно, ежедневно и так далее, то есть регулярно. Если допустить такую возможность, то придется констатировать, что следствием такого воздействия правовых состояний будут одинаковые правовые последствия (за исключением случаев изменения элементов нормы права, когда, например, соответствующая гипотеза той или иной нормы права изменяется). Но такого на самом деле нет. Юридический эффект зависит не только от правовых состояний, но и от иных феноменов, которые способны его создать лишь в совокупности.

В работе Ю.С. Новиковой обосновываются общие и специфические черты правовых состояний-отношений, проводится их разграничение с общерегулятивными правоотношениями, осуществляется их классификация. Определяя правовое состояние-отношение как специфическое правовое отношение, обладающее сложным внутренним строением, стабильным содержанием, а также длительным периодом существования, Ю.С. Новикова, на наш взгляд, не в полной мере обосновала различие между данным понятием и общерегулятивными правоотношениями.

Например, указывая, что «общерегулятивные правоотношения возникают прямо из закона, а большинство правовых состояний — на основе юридических фактов», она заявляет, что «в общерегулятивное правоотношение гражданин вступает с момента рождения (принятия гражданства) и выбывает из него со смертью (утратой гражданства), правовые состояния возникают и прекращаются по иным основаниям»². Но момент рождения и смерть гражданина — это и есть юридические факты!

Что же касается характеристики правового состояния-отношения как явления, обладающего стабильным содержанием и длительным периодом существования, то правоотношения со сложным внутренним строением, в состав которых входит ряд отдельных простых правовых связей, по-видимому, и не могут быть другими, то есть нестабильными и по времени непродолжительными. Получается, что правовое состояние-отношение это лишь сложное (комплексное) правоотношение, которому присущ ряд свойств, в том числе стабильность содержания и длительность существования. Но в этом случае термины «правовое состояние-отношение» и «сложное (комплексное) правоотношение» будут обозначать одно понятие.

Значение работы Ю.С. Новиковой, на наш взгляд, заключается в комплексном исследовании новых сторон феномена правового состояния — его видов и роли в механизме правового регулирования. Несмотря на дискуссионность ряда положений, они заставляют рассматривать проблему в ином ракурсе, обладают несомненной новизной.

Следует также выделить точку зрения Р.А. Ромашова, который предлагает определять правовое состояние в связи с возможной ревизией понятия правоотношение. По его мнению, поскольку категория «правоотношение» в настоящее время вряд ли может претендовать на положение универсальной, общеправовой догмы, то более наполненным в смысловом отношении являются понятия «правовые состояния» и «правовые взаимодействия», которые обозначают различные качественные характеристики феномена «отношение»³.

Ученый указывает, что состояние — это отношение субъекта к чему-либо (кому-либо). Соответственно, правовое состояние — это урегулированное (предусмотренное) действующим законодательством положение субъекта правового регулирования, характеризующееся комплексом внешних и внутренних параметров. В качестве внешних параметров выступают: 1) факторы, определяющие объем общей и специальной дееспособности лица; 2) правомочия и обязанности, определяемые правовым статусом лица. Внутренними параметрами являются особенности психофизиологического состояния, оказывающие влияние на объем дееспособности и, соответственно, объем правового статуса личности⁴.

По мнению Р.А. Ромашова, правовое состояние — это отношение с участием единственного персонифицированного субъекта, которое в качестве универсальной юридической категории способно

¹ См.: Новикова Ю.С. Правовое состояние как категория права: Дис... канд. юрид. наук. — Екатеринбург, 2005. — С. 9, 115.

² Там же. — С. 118—119.

³ См.: Ромашов Р.А. Правовые состояния и взаимодействия: к вопросу о месте в категориальном аппарате юридической науки // Правовые состояния и взаимодействия: историко-теоретический, отраслевой и межотраслевой анализ: Материалы VII Международной научно-теоретической конференции. Санкт-Петербург, 1—2 декабря 2006 г.: В 2 ч. / Под общ. ред. Р.А. Ромашова, Н.С. Нижник. — СПб., 2006. — Ч. 1. — С. 3—5.

⁴ См. там же. — С. 5—6.

охарактеризовать (совместно с категорией «юридическое взаимодействие») любое юридически значимое отношение¹.

Предлагаемая трактовка понятия «правовое состояние», на наш взгляд, порождает некоторые вопросы. Так, вызывает сомнение обоснованность ревизии категориального аппарата юридической науки (например, существование самого понятия «правоотношение»), соотношение вводимого понятия с другими (правовое положение, правовой статус). Кроме того, если состояние — это отношение субъекта к чему-либо (кому-либо), то в силу этого оно может быть отношением с участием единственного персонифицированного субъекта.

Большое внимание ученые уделяют исследованию правовых состояний, носителем которых является человек. В литературе имеются указания на правовое состояние как обстоятельство, связанное с личностью гражданина.

Так, ввести категорию «политико-правовое состояние личности» как наиболее широкую, обобщающую сентенцию, первым предложил С.А. Комаров. Он считает, что общественное положение личности находит конкретное выражение в совокупности экономических, политических, социальных, культурных и иных отношений, закрепляющихся в политико-правовом состоянии личности, выступающем юридической формой выражения ее взаимоотношений с государством, отражающихся в зависимости от особенностей политико-правовой связи с государством в ее правовом статусе².

По мнению ученого, в содержание политико-правового состояния личности входят следующие основные компоненты: 1) принципы функционирования личности в политической системе; 2) гражданское состояние личности; 3) правовое положение личности, которое включает в себя правосубъектность, правовой статус (права, свободы и обязанности) и юридические гарантии; 4) общие гарантии как система экономических, политических, идеологических, социальных и культурных гарантий³.

Напротив, более широкой, обобщающей категорией Н.В. Витрук предлагает рассматривать правовое положение личности, которое раскрывает все элементы закрепленного в праве состояния личности, находящиеся между собой в определенных связях, в социальном плане обусловленные тем местом, какое личность занимает в системе общественных отношений. С помощью элементов правового положения личности законодатель фиксирует правовое состояние личности в системе общественных отношений⁴. Значимость указанного подхода к правовому состоянию личности заключается, на наш взгляд, в том, что он рассматривает его отдельные виды (гражданство, правоспособность, правосубъектность) как условия, предпосылки прав и обязанностей.

А.А. Ерошенко утверждает, что содержание правового состояния образует система обусловливаемых законом свойств индивида или коллектива, способных регулировать человеческое поведение. Юридические свойства проявляются вовне в виде комплекса специфических длящихся отношений. Поэтому правовое состояние — это система принадлежащих лицу прав, свобод и обязанностей, которые, проявляясь в длящихся правоотношениях, образуют юридическую характеристику субъекта и служат ему средством к достижению дозволенных законом целей⁵.

Как представляется, ученый крайне широко трактует понятие «правовое состояние». Если в содержание правового состояния включаются права, свободы и обязанности, то для этого необходимы веские аргументы, в том числе и для того, чтобы ограничить данную категорию от других юридических явлений. Однако они в работе не приведены.

На примере состояния необходимой обороны А.А. Ерошенко проводит различие между правовым положением и правовым состоянием. Так, вред, причиненный в состоянии необходимой обороны, не подлежит возмещению. Однако это правило не применяется в случаях, когда были превышены пределы такой обороны (ст. 448 ГК РСФСР, ст. 1066 ГК РФ). В подобной ситуации субъект продолжает оставаться в положении обороняющегося. Но он превышает те возможности, которыми закон наделяет человека, подвергшегося неправомерному нападению, так как тот выходит за рамки прав и обязанностей, образующих состояние необходимой обороны. На основании этого ученый приходит к выводу, что состояние необходимой обороны — это правовое состояние, а превышение пределов необходи-

¹ См.: Ромашов Р.А. Правовые состояния и взаимодействия: к вопросу о месте в категориальном аппарате юридической науки // Правовые состояния и взаимодействия: историко-теоретический, отраслевой и межотраслевой анализ: Материалы VII Международной научно-теоретической конференции. Санкт-Петербург, 1—2 декабря 2006 г.: В 2 ч. / Под общ. ред. Р.А. Ромашова, Н.С. Нижник. — СПб., 2006. — Ч. 1. — С. 7.

² См.: Комаров С.А. Советское общенародное государство и личность: политико-правовые аспекты. — Красноярск, 1986. — С. 64.

³ См.: Комаров С.А. Общая теория государства и права: Учебник. — 3-е изд., перераб. и доп. — М., 1997. — С. 139; Комаров С.А. Личность. Права и свободы. Политическая система / С.А. Комаров, И.В. Ростовщиков. — СПб., 2002. — С. 10—11.

⁴ См.: Витрук Н.В. Общая теория правового положения личности. — М., 2008. — С. 117—118.

⁵ Ерошенко А.А. Правовое состояние как необходимый элемент в механизме осуществления юридических возможностей лица // Осуществление и защита гражданских и трудовых прав: Сборник научных трудов. — Краснодар, 1989. — С. 10—12.

мой обороны — правовое положение, поскольку лицо «оставаясь защитником охраняемых законом благ, тем не менее, использует средства, находящиеся за пределами того правового состояния, которым обладает такой субъект в данный момент»¹.

Трудно согласиться с мыслью о том, что правовое состояние следует связывать лишь с правами и обязанностями, которые находятся (или не находятся) в рамках правового состояния, и только по этому критерию разделять правовое состояние и правовое положение. Кроме того, факты отсутствия возмещения вреда или привлечения лица к ответственности не обуславливают правовое состояние, скорее наоборот: юридические эффекты создает факт превышения или не превышения пределов необходимой обороны. При превышении пределов необходимой обороны возникает не правовое положение, а другое правовое состояние — состояние превышения пределов необходимой обороны, с которыми нормы права связывают иные юридические последствия.

Анализ основных подходов к определению правового состояния как политико-правовой категории будет не полным без обзора мнений ученых-конституционалистов. Наиболее полно гражданство как правовое состояние рассмотрено О.Е. Кутафиным². Ученый считает, что гражданство как правоотношение характеризуется тем, что оно является правовым состоянием. Лицо, произвольно или непроизвольно вступающее в отношения гражданства, характеризуется определенным состоянием, которое по существу своему безусловно, то есть имеет силу и требует признания не только лицом и государством, состоящими в этом отношении, но и всеми другими лицами и организациями. При этом такое состояние, однажды установившись, не может прекратиться только по воле пребывающих в нем лиц.

С точки зрения состояния гражданства как юридического факта оно существует, как правило, длительное время, непрерывно или периодически порождая юридические последствия. Однако, это не разновидность юридических фактов, имеющих место наряду с событиями и действиями. Состояние гражданства в одних случаях может быть отнесено к событиям, в других — к действиям. В отличие от других состояний, которые могут существовать вне правоотношений (например, нетрудоспособность), состояние гражданства всегда связано с правоотношением, которым оно и является.

Состояние гражданства возникает, изменяется и прекращается в результате юридических фактов. Возникновению этого правоотношения предшествуют как бы две группы юридических фактов: сначала одна из них порождает состояние гражданства (например, рождение), затем это состояние уже самостоятельно или в совокупности с другими юридическими фактами приводит к возникновению других правоотношений, конкретизирующих состояние гражданства. При этом, если само отношение гражданства является конституционно-правовым, то конкретизирующие его правоотношения могут регулироваться и другими отраслями права: административным, финансовым, трудовым, гражданским и т. д.

Анализ выдвинутых О.Е. Кутафиным положений показывает, что, по мнению ученого: 1) правовое состояние может существовать вне правоотношения, а может выступать в качестве правоотношения; 2) правовое состояние имеет безусловный характер, то есть имеет юридическое значение не только для лица и государства, которые состоят в правоотношении по поводу гражданства, но и для всех третьих лиц; 3) правовое состояние лица есть его свойство, которое имеет юридическое значение; 4) правовое состояние, являясь юридическим фактом, существует, как правило, длительное время, самостоятельно или в совокупности с другими юридическими фактами непрерывно или периодически порождает юридические последствия; 5) правовое состояние возникает, изменяется и прекращается в результате юридических фактов.

Как представляется, следует учитывать, что если под правовым состоянием человека понимать правоотношение гражданства, то в этом случае термином «правовое состояние» будут подменяться констатация факта наличия правоотношения гражданства и входящих в его содержание субъективных прав и обязанностей его участников. Действительно, достаточно трудно ответить на вопрос, каково будет содержание правового состояния гражданства, если исключить из него субъективные права и обязанности участников правоотношения (по крайней мере граждан). В данном случае объем понятий «правовое состояние гражданства» и «правоотношение гражданства» будут полностью совпадать.

Применительно к характеристике гражданства как правового состояния, более обоснованной представляется точка зрения Н.В. Витрука. Как устойчивая правовая постоянно длящаяся связь по принадлежности лица к государству, гражданство является предпосылкой обладания правовым статусом гражданина, предпосылкой обладания правами и обязанностями³.

¹ Ерошенко А.А. Правовое состояние как необходимый элемент в механизме осуществления юридических возможностей лица // Осуществление и защита гражданских и трудовых прав: Сборник научных трудов. — Краснодар, 1989. — С. 12—13.

² См.: Кутафин О.Е. Российское гражданство. — М., 2004.

³ См.: Витрук Н.В. Общая теория правового положения личности. — М., 2008. — С. 136, 185 и др. Данная точка зрения разделяется рядом ученых. См. например: Седышев А.Г. Проблемы понимания механизма юридической защиты прав и свобод человека: Автореф. дис... канд. юрид. наук. — Ставрополь, 2003. — С. 30.

Другое дело, если под термином «правовое состояние» рассматривать факт существования правоотношения в контексте его места в механизме правового регулирования. Выполняемая этой категорией функция будет другой. Когда нормы права распространяются на определенный круг лиц, в противоположность тем случаям, когда участниками правоотношений являются все субъекты права, основанием этого выступают дополнительные обстоятельства. Что же это за обстоятельства? С.С. Алексеев относит их к юридическим фактам, в качестве таковых рассматривает и правоотношения. По его мнению, связанность лиц определенным правоотношением говорит о том, что именно они охватываются действием соответствующих юридических норм¹. В данном случае, не обсуждая вопрос о соотношении правовых состояний и юридических фактов по существу, следует подчеркнуть важную деталь, которая, по-видимому, может относиться и к сущности правовых состояний: они (правовые состояния) суть юридически значимые состояния и поэтому должны изучаться в рамках теории механизма правового регулирования.

В то же время нельзя игнорировать значения правовых состояний в более широком плане — в аспекте правового воздействия. В литературе правильно отмечается, что не каждая правовая категория непосредственно регулирует общественные отношения, но любая из них не может не оказывать общего воздействия². Правовые состояния как компоненты такого механизма оказывают влияние на общественные отношения не только напрямую, но могут делать это и опосредованно, через иные правовые явления (например, через правосознание).

В отраслевых исследованиях ряд работ затрагивает проблематику правовых состояний. В частности, в литературе по гражданскому праву о правовых состояниях писали относительно часто, но, как отмечает В.А. Хохлов, «бегло, при изложении трудных, многоаспектных вопросов и тем»³. При этом внимание ученых, как правило, было направлено на исследование правовых состояний граждан (физических лиц).

Наряду с термином «правовое состояние» нередко употребляется термин «гражданское состояние». Так, Л.Я. Гинцбург видит в гражданском состоянии обстоятельства фактического порядка, связанные с личностью гражданина. К ним он относит: гражданство, пол, возраст, состояние здоровья, семейное положение, образование, место жительства, трудовой стаж, занятость, судимость, ссылка и высылка⁴. По сути, правовое и гражданское состояние рассматриваются как понятия достаточно близкие, если не идентичные.

В отношении гражданского состояния в литературе было высказано суждение об отсутствии у него самостоятельного значения. Так, С.Н. Братусь приходит к выводу, что поскольку понятие гражданского состояния сохранило свое практическое значение главным образом в области семейных отношений, то оно не имеет самостоятельного значения и по существу является излишним, так как охватывает разнородные явления: то, что законодательство именует гражданским состоянием, — это правоспособность лица, состояние его принадлежности к брачному союзу и к семье (или отсутствие такой принадлежности) и имя лица⁵.

Выводы ученого в известной мере основаны на определенной абсолютизации социальных свойств личности, которые в законодательстве дореволюционной России оказывали негативное воздействие на правоспособность, а также на отождествлении понятий «правовой статус» и «правовое состояние», которые, как представляется, необходимо различать.

В конце XX — начале XXI века правовое состояние все чаще стало использоваться учеными для характеристики тех сторон правоспособности и дееспособности, которые ранее особого внимания не привлекали. Так, Я.Р. Веберс отмечает, что по смыслу закона дееспособность или недееспособность — это не естественное, психическое состояние человека, а именно юридическое состояние гражданина⁶. С.И. Архипов полагает, что дееспособность — «это непрерывно меняющееся, модифицирующееся сложное, многоэлементное и многослойное правовое состояние лица, выражающееся в его готовности к осуществлению различных функций субъекта права, отдельных видов правовой деятельности»⁷. А.Е. Тарасова считает, что если правосубъектность — правовое состояние лица, в котором индивид находится на протяжении всего своего существования в силу объективного правопорядка, определяющее возможность правообладания и реализацию этой возможности в существующем правопорядке, то правоспособность, определяемая не как субъективное право, а как правовое со-

¹ См.: Алексеев С.С. Механизм правового регулирования в социалистическом государстве. — М., 1961. — С. 131.

² См.: Общая теория государства и права. Академический курс: В 3 т. / Отв. ред. М.Н. Марченко. — 2-е изд., перераб. и доп. — М., 2002. — Т. 3. — С. 91.

³ Хохлов В.А. Ответственность и позитивное регулирование // Гражданское право. — 2008. — № 3. — С. 11.

⁴ См.: Гинцбург Л.Я. Социалистическое трудовое правоотношение. — М., 1977. — С. 210.

⁵ См.: Братусь С.Н. Субъекты гражданского права. — М., 1950. — С. 84.

⁶ См.: Веберс Я.Р. Правосубъектность граждан в советском гражданском и семейном праве. — Рига, 1976. — С. 128.

⁷ Архипов С.И. Субъект права: теоретическое исследование. — СПб., 2004. — С. 188.

стояние лица, имеет длящийся характер и представляет собой связь лица с государством, обществом в целом и всеми субъектами права¹.

Следует отдельно остановиться на монографических работах цивилистов, предметом исследования которых является категория «правовое состояние».

В 1980 году А.А. Ерошенко выступил автором монографической работы², посвященной проблемам гражданского состояния. Автор рассматривает правовое состояние в наиболее общем виде как комплекс обуславливаемых законом свойств социального феномена, имеющих юридическую природу и определяемую государством форму выражения. Оно подразделяется на правовое состояние социальной общности и правовое состояние личности.

Отмечая, что правовое состояние личности — это совокупность юридических свойств человека, имеющих системный, структурный либо локальный характер, которые воплощаются в формах правовых возможностей и обязанностей лица, А.А. Ерошенко приходит к определению правового состояния личности как совокупности прав, свобод и обязанностей человека, зависящих от положения индивида в регламентируемой законом сфере и проявляющихся в длящихся правоотношениях различного рода. При этом правовое состояние человека является компонентом юридического статуса лица³.

Ученый выделяет широкое и узкое значение понятия «гражданское состояние» как модификацию правового состояния личности. В первом аспекте оно рассматривается как общеправовая категория, включающая все политико-правовые и системно-юридические качества лица, являющегося гражданином, независимо от их отраслевой регламентации. Во втором — как комплекс правовых возможностей и долженствований, системно-юридических свойств и качеств, принадлежащих гражданину, обуславливаемых нормами гражданского законодательства. Последнее значение именуется гражданско-правовым состоянием лица. Оно определяет деятельность человека в сфере имущественных и личных неимущественных отношений, а его структуру образуют два элемента: 1) юридические способности по приобретению и осуществлению прав и обязанностей (правосубъектность); 2) системные права и обязанности⁴. Как представляется, не с каждым тезисом данной концепции можно согласиться.

Например, предложенный ученым термин «гражданское состояние» в его широком значении не находит лакуны в терминологическом аппарате юридической науки. Стоит вспомнить, что еще в 1961 году А.Г. Певзнер предлагал определять гражданское состояние лица как совокупность правовых отношений, в которых состоит данное лицо и которые могут иметь гражданско-правовые последствия⁵. Однако, наукой это предложение не было воспринято.

Научной терминологии присуща такая черта, как однозначность. Для явлений, обозначаемых А.А. Ерошенко термином «гражданское состояние» в широком его понимании, в юридической литературе используется термин «правовой статус гражданина». отождествление понятий «гражданское состояние лица» и «правовой статус гражданина» приводит к ситуации, когда разными терминами раскрывается одна и та же дефиниция как определенная совокупность признаков, составляющих содержание одинаковых понятий, что с точки зрения логики недопустимо.

В качестве элементов гражданско-правового состояния личности А.А. Ерошенко рассматривает, с одной стороны, правосубъектность, с другой — такие системно-юридические свойства и возможности гражданина, как личная собственность, право на бесплатное пользование отдельными благами (право граждан на пользование общественными фондами потребления) и личные неимущественные права⁶.

Компоненты (или элементы) правосубъектности (ученый выделяет правоспособность, дееспособность и опекаемость) могут рассматриваться с точки зрения гражданско-правового состояния личности, однако личная собственность, бесплатное пользование отдельными благами и, возможно, личные неимущественные права имеют отношение, скорее, к состоянию в правоотношении. В правоотношении лицо может обладать субъективными правами и обязанностями. И в этом, возможно, проявляется комплексная характеристика состояния лица в правоотношении. Состояние лица в правоотношении, в свою очередь, будет выступать элементом состояния правоотношения. Правда, возникает

¹ См.: Тарасова А.Е. Правосубъектность граждан. Особенности правосубъектности несовершеннолетних, их проявления в гражданских правоотношениях. — М., 2008. — С. 13, 20, 33; Тарасова А.Е. Особенности участия несовершеннолетних в гражданских правоотношениях: Автореф. дис... канд. юрид. наук. — Ростов-на-Дону, 2006. — С. 7, 17—18.

² Ерошенко А.А. Проблемы гражданского состояния в развитом социалистическом обществе. — Краснодар, 1980.

³ См.: Ерошенко А.А. Правовая регламентация гражданского состояния в СССР: Автореф. дис... д-ра юрид. наук. — Л., 1980. — С. 9—12.

⁴ См.: Ерошенко А.А. Проблемы гражданского состояния в развитом социалистическом обществе. — Краснодар, 1980. — С. 19—20; Ерошенко А.А. Правовая регламентация гражданского состояния в СССР: Автореф. дис... д-ра юрид. наук. — Л., 1980. — С. 13—15.

⁵ См.: Певзнер А.Г. Понятие и виды субъективных гражданских прав: Дис... канд. юрид. наук. — М., 1961. — С. 90.

⁶ См.: Ерошенко А.А. Правовая регламентация гражданского состояния в СССР: Автореф. дис... д-ра юрид. наук. — Л., 1980. — С. 16—33.

вопрос о целесообразности выделения такого состояния применительно к правоотношению. Если содержание правоотношения составляют субъективные права и обязанности, закономерен вопрос: сможет ли добавить какие-либо новые знания о правовых явлениях характеристика принадлежности лицу субъективных прав и обязанностей в качестве его правового состояния?

И здесь опять приходится указать на необходимость взглянуть на правовое состояние гражданина в ином контексте — не столько в качестве субъекта правоотношения, состояние в котором выступает как результат какого-либо юридического факта, повлекшего его возникновение, изменение, прекращение, а также характеризующего набор принадлежащих ему субъективных прав и обязанностей, а как субъекта правоотношения, состояние в котором признается нормами права в качестве юридически значимого, способного влечь правовые последствия.

Правовому состоянию значительную часть своей монографии посвятила Л.А. Чеговадзе. Она применяет правовое состояние для характеристики гражданского правоотношения и элементов его системы¹.

Состояние индивидуума в качестве стороны отношения ученый обозначает как «правовое состояние» и включает его в состав структуры гражданского правоотношения, поскольку именно оно позволяет дать характеристику строения взаимосвязанных субъективных прав и юридических обязанностей на протяжении всего периода развития правоотношения².

Поскольку состояние — это некоторым образом отождествление чего-то с чем-то посредством сопоставления меры определенных признаков и свойств, то установление (уточнение, уяснение) правового состояния — это способ определения в каждый конкретный момент движения правоотношения возможностей его участников рамками той меры, которую представляют собой его субъективное право или правовая обязанность³.

Ценность авторского подхода к категории правового состояния заключается в том, что с ее помощью развитие гражданского правоотношения может быть охарактеризовано в определенный момент не только как состояние всей его системы, но и отдельных его элементов и подсистем.

Для автора правовое состояние — это скорее оценочная категория, которая позволяет дать характеристику элементов гражданского правоотношения при различных вариантах его развития.

В уголовном праве также нередко затрагиваются вопросы правовых состояний.

Так, в постановлении Конституционного Суда РФ судимость определяется как «...правовое состояние лица, обусловленное фактом осуждения и назначения ему по приговору суда наказания за совершенное преступление и влекущее при повторном совершении этим лицом преступления установленных уголовным законодательством правовые последствия; имеющаяся у лица непогашенная или неснятая судимость порождает особые, складывающиеся на основе уголовно-правового регулирования публично-правовые отношения его с государством, которые при совершении этим лицом новых преступлений служат основанием для оценки его личности и совершенных им преступлений как обладающих повышенной общественной опасностью и потому предполагают применение к нему более строгих мер уголовной ответственности»⁴. В качестве правового состояния судимость рассматривается и в научной литературе по уголовному праву⁵.

Другое направление исследований в уголовном праве касается изучения уголовно-релевантных психических состояний лиц, где рассматриваются болезненные (патологические) и неболезненные (без патологических расстройств) состояния психики, которые влияют на уголовную ответственность, назначение наказания и применение других мер уголовно-правового воздействия⁶.

¹ Чеговадзе Л.А. Структура и состояние гражданского правоотношения. — М., 2004. См. также: Чеговадзе Л.А. Система и состояние гражданского правоотношения: Дис... д-ра юрид. наук. — М., 2005.

² См.: Чеговадзе Л.А. Структура и состояние гражданского правоотношения. — М., 2004. — С. 441.

³ См.: Чеговадзе Л.А. Система и состояние гражданского правоотношения: Дис... д-ра юрид. наук. — М., 2005. — С. 38.

⁴ Постановление Конституционного Суда РФ от 19 марта 2003 года № 3-П // Вестник Конституционного Суда РФ. — 2003. — № 3.

⁵ См. например: Комментарий к Уголовному кодексу Российской Федерации (постатейный) / Под ред. А.И. Чучаева. — М., 2009; Уголовное право Российской Федерации. Общая часть: Учебник / Под ред. Л.В. Иногамовой-Хегай, А.И. Рарога, А.И. Чучаева. — 2-е изд. перераб. и доп. — М., 2008; Курганов С.И. Наказание: уголовно-правовой, уголовно-исполнительный и криминологический аспекты. — М., 2008; Комментарий к Уголовному кодексу Российской Федерации (постатейный) / Отв. ред. В.М. Лебедев.. — 5-е изд. перераб. и доп. — М., 2005; Уголовное право России. Часть общая: Учебник для вузов / Под ред. Л.Л. Кругликова.. — 2-е изд. перераб. и доп. — М., 2005.

⁶ См.: Назаренко Г.В. Уголовно-релевантные психические состояния лиц, совершивших преступления и общественно опасные деяния. — М., 2009. — С. 9. См. также: Михеев Р.И. Уголовная ответственность лиц с психофизическими особенностями и психическими аномалиями: Учебное пособие. — Хабаровск, 1989. — С. 8—9; Назаренко Г.В. Невменяемость в уголовном праве. — Орел, 1993. — С. 46; Ситковская О.Д. Психологические основания уголовной ответственности. — Баку, 1992. — С. 40; Ситковская О.Д. Психология уголовной ответственности. — М., 1998. — С. 156; Кудрявцев И.А. Комплексная судебная психолого-психиатрическая экспертиза. — М., 1999. — С. 305.

В ряде работ ученых-процессуалистов, посвященных исследованию правовой природы особого производства, правовые состояния выделяются отдельно, наряду с юридическими фактами. Так, Д.М. Чечот полагает, что в особом производстве, кроме юридических фактов, устанавливаются события или действия, а также юридическое состояние лица или имущества. Четкое разграничение между указанными явлениями необходимо как для правильного применения соответствующего процессуального порядка, так и для определения предмета доказывания и круга относящихся к делу доказательств¹.

Таким образом, анализ литературы, прямо или косвенно затрагивающей проблему правовых состояний, позволяет сделать определенные выводы.

В настоящее время правовое состояние рассматривается в двух значениях: 1) в качестве отдельного элемента правовой системы общества и 2) как мера оценки того или иного явления правовой сферы.

Наибольшее распространение получил первый подход. В рамках этого подхода правовое состояние определяется как особая разновидность состояния, фиксирующая момент стабильности, устойчивости, покоя в изменении, движении, развитии юридических объектов и субъектов в некоторый момент времени при определенных условиях, отраженная либо объективно существующая в праве. Одни правовые состояния складываются и существуют только в правовой сфере, другие — могут выступать в качестве формы социального состояния. При этом правовое регулирование не изменяет, а лишь трансформирует характер социального состояния в форму правового. В качестве правового состояния рассматривают также правоотношение, где носителю состояния обладает набором определенных прав и обязанностей.

Ряд ученых развивают этот подход, конкретизируя правовое состояние в качестве юридического факта или определенного обстоятельства, примыкающего к юридическим фактам. Анализ случаев употребления термина «правовое состояние» позволил отметить, что он нередко используется для обозначения существования того или иного явления в данный момент времени. Если такое присутствие (бытие) явления в соответствии с нормами права юридически значимо, если этим оно упорядочивает общественные отношения, то место данного явления — в механизме правового регулирования. Определение и последующее использование правового состояния как необходимого и обязательного элемента системы юридических средств, позволяющих выразить деятельную сторону процесса перевода нормативности права в упорядоченность общественных отношений, способно обеспечить не только результативное правовое воздействие на общественные отношения, но и сделать его максимально эффективным.

В то же время нельзя игнорировать значения правовых состояний в более широком явлении — правовом воздействии. Правовые состояния как компоненты правового регулирования оказывают влияние на общественные отношения не только напрямую, но и опосредованно, через иные правовые явления. Это предопределяет необходимость определения их места и роли в таком воздействии для обеспечения эффективного функционирования права по его назначению.

Можно ли игнорировать предшествующий опыт разработки категориального аппарата юридической науки? Гипотетически, наверно можно. Однако мы не можем назвать ни одного исследования, которое бы не основывалось на ранее проведенных разработках. Даже те работы, в которых отрицаются положительные итоги исследования тех или иных проблем (например, книга И.В. Табарина) не могут не иметь в своей основе идеи, заложенные ранее другими авторами.

Критика необходима и даже полезна. Но она основывается на логике научного поиска, который включает в себя в качестве необходимого компонента анализ концепций, идей, взглядов и мнений по искомому вопросу. Поэтому преемственность в научных исследованиях отрицать бессмысленно, а те авторы, которые объявляют различные «новые курсы» вводят себя и читателей в заблуждение. Если, строго говоря, исследование полностью новое, то оно никак не может быть научным. Таковым может быть только исследование, основанное на существующих разработках, выводах и итогах.

¹ См.: Чечот Д.М. Избранные труды по гражданскому процессу. — СПб., 2005. — С. 549. См. также: Гукасян Р.Е. Проблема интереса в советском гражданском процессуальном праве // Избранные труды по гражданскому процессу. — М., 2009. — С. 38; Чудиновская Н.А. Установление юридических фактов в гражданском и арбитражном процессе. — М., 2008. — С. 25.

А.В. Демин

Демин Александр Васильевич — кандидат юридических наук, доцент кафедры коммерческого, предпринимательского и финансового права Юридического института Сибирского федерального университета

Бланкетное правотворчество в сфере налогов и сборов: общая характеристика, проблемы, тенденции

Рассматривая внутреннюю структуру налоговых норм, нужно отметить значительное количество норм отсылочного и бланкетного характера в актах законодательства о налогах и сборах. Такая ситуация обусловлена активными *межотраслевыми взаимодействиями* налогового права, а также стремлением законодателя к оптимизации *юридической техники* налогово-правового регулирования в части повышения компактности текста нормативных актов, их стабилизации, устранения повторов и дублирования, точной фиксации логических связей налоговых норм, поиска эффективного баланса между абстрактностью и казуистичностью нормативного материала.

Как известно, *отсылочный способ* предполагает конкретизацию содержания соответствующего элемента правовой нормы путем отсылки к конкретным статьям (пунктам, абзацам и т. п.) того же самого или иного источника права, в то время как *бланкетный* — к нормативному акту в целом, группе актов или отрасли законодательства без указания конкретных подразделений текста источника права. Такое понимание в целом традиционно для правовой науки. В частности, Д.А. Керимов видит различие бланкетных и отсылочных норм в том, что первые указывают на определенную категорию норм права, в том числе на такие, которые могут быть изданы по данному вопросу в будущем, а отсылочные нормы — на конкретные статьи нормативных актов¹.

Итак, при отсылочном способе законодатель указывает на статью, часть, пункт, параграф нормативного акта, где находится первоначальная норма. Последняя может располагаться либо в том же самом акте, где находится норма с отсылкой, либо в другом акте. По этому критерию можно выделить налоговые нормы с *внутренней* и *внешней отсылкой*. Например, в абзаце 2 пункта 12 статьи 89 НК РФ закреплено право налоговых органов при проведении выездной налоговой проверки истребовать у налогоплательщика необходимые для проверки документы, и здесь же дается «внутренняя» отсылка к статье 93 НК РФ, устанавливающей порядок такого истребования. Внешняя отсылка может иметь как отраслевой, так и межотраслевой характер, то есть отсылать к нормам той же самой или иной отрасли права.

Бланкетный способ не предполагает указания на структурную единицу нормативного акта, к которому делается отсылка. «Такая норма называется бланкетной, потому что выступает как бы чистым бланком, который заполняется в конкретной ситуации конкретными правилами специального характера»². Бланкетные нормы, по верному замечанию М.В. Лукьяненко, устанавливают правила поведения лишь в самой общей форме, никак не конкретизируя их; конкретизации этих правил содержится в специальных нормативных правовых актах, существующих отдельно от бланкетных норм³. По уровню обобщения можно выделить бланкетные отсылки, «привязывающие» норму права: 1) к конкретному источнику права; 2) к отдельной группе источников права; 3) к отрасли (подотрасли) законодательства; 4) к законодательству в целом.

Типичным примером отсылки первого вида выступает статья 142 НК РФ: «Под имуществом в настоящем Кодексе понимаются виды объектов гражданских прав (за исключением имущественных прав), относящихся к имуществу в соответствии с *Гражданским кодексом Российской Федерации*». В нормах НК РФ находим отсылки к Конституции РФ, кодифицированным законодательным актам, отдельным федеральным законам. В числе последних можно назвать Федеральные законы «О порядке формирования и использования целевого капитала некоммерческих организаций», «Об организации и о проведении XXII Олимпийских зимних игр и XI Паралимпийских зимних игр 2014 года в городе Сочи, развитии города Сочи как горноклиматического курорта и внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации», «Об инновационном центре «Сколково», «О газоснабжении в Российской Федерации», «О Фонде содействия реформированию жилищно-коммуналь-

¹ См.: Керимов Д.А. Законодательная техника. — М., 1998. — С. 48.

² Черданцев А.Ф. Теория государства и права: Учебник. — М., 1999. — С. 217.

³ См.: Лукьяненко М.Ф. Оценочные понятия гражданского права: разумность, добросовестность, существенность. — М., 2010. — С. 36.

ного хозяйства» и др. Нередко в НК РФ используются бланкетные формулировки «в соответствии с настоящим Кодексом», «настоящим Кодексом» и им подобные. В случаях делегирования органам исполнительной власти полномочий по изданию нормативных актов в сфере налогов и сборов бланкетность как способ взаимосвязи между налоговыми нормами принимает *иерархический характер*. К примеру, в силу пункта 7 статьи 45 НК РФ поручение на перечисление налога в бюджетную систему Российской Федерации заполняется налогоплательщиком в соответствии с *правилами заполнения поручений*, устанавливаемых Минфином РФ по согласованию с Центробанком России.

Бланкетную отсылку второго вида, отсылающую к «иным федеральным законам», можно обнаружить практически во всех главах НК РФ. Заметим, что отсылка может быть адресована не только к нормативным актам, но и к иным источникам права. В частности, содержание ряда налоговых норм требует обращения к положениям международных договоров Российской Федерации.

Если говорить об отраслях законодательства, то в НК РФ чаще всего используется отсылка к законодательству о налогах и сборах, что выглядит вполне естественным. Кроме того, в НК РФ присутствуют отсылки к семейному (подп. 3 п. 1 ст. 20), таможенному (п. 1 ст. 34, п. 4 ст. 64), уголовному (п. 3 ст. 108), гражданскому процессуальному (п. 4 ст. 48, п. 3 ст. 104), арбитражному процессуальному (п. 3 ст. 104, п. 1 ст. 105), бюджетному (абз. 2 п. 8 ст. 78, абз. 2 п. 2 ст. 79), гражданскому законодательству (п. 2 ст. 27, п. 3 ст. 29 и т. д.), к законодательству об административных правонарушениях (п. 15 ст. 101, п. 13 ст. 101.4), законодательству о выборах (подп. 5 п. 1 ст. 102), законодательству об обжаловании в суд неправомерных действий государственных органов и должностных лиц (абз. 2 п. 2 ст. 138), законодательству об исполнительном производстве (абз. 2 п. 3 ст. 105 НК РФ) и т. п. Интересная отсылка — к «процессуальному законодательству Российской Федерации» — сделана в п. 3 ст. 138 НК РФ. Пример отсылки *подотраслевого уровня* находим в нормах НК РФ, отсылающих к законодательству РФ об обязательном страховании гражданской ответственности владельцев транспортных средств (п. 48.10 ст. 270 НК РФ).

Наиболее широкие обобщения содержат нормы, отсылающие к «законодательству Российской Федерации» (п. 5 ст. 23, пп. 1 и 3 ст. 30) либо к «законодательству иностранных государств» (абз. 2 п. 1 ст. 43, п. 12 ст. 50 НК РФ), где термин «законодательство» может пониматься широко, то есть как совокупность всех действующих нормативных актов.

Как видим, отсылочные и бланкетные нормы имеют одну природу, они «близнецы-братья», между которыми больше сходства, чем различий. В обоих случаях недостающие элементы налоговой нормы восполняются с помощью иной нормы, но месторасположение последней в системе источников права устанавливается с *разной степенью определенности*: при отсылочном способе законодатель предельно точно указывает на восполняющую норму, при бланкетном — задает лишь более или менее подробный ориентир для ее поиска. При этом бланкетная и восполняющая нормы всегда соотносятся как общая и специальная, то есть речь идет о *конкретизации* более общего предписания бланкетной нормы с помощью нормы, имеющей большую степень детализации.

В некоторых случаях при изложении нормы права законодатель сочетает оба способа изложения нормативного материала. В качестве иллюстрации одновременного использования и отсылочного, и бланкетного способов приведем норму, которая содержится в пункте 3 статьи 35 НК РФ: «За неправомерные действия или бездействие должностные лица и другие работники органов, указанных в пункте 1 настоящей статьи, несут ответственность в соответствии с законодательством Российской Федерации».

Нужно заметить, что бланкетный и отсылочный способы могут применяться при формировании любого структурного элемента налогово-правовой нормы. К примеру, в пункте 2 статьи 52 НК РФ бланкетной является гипотеза: «*В случаях, предусмотренных законодательством Российской Федерации о налогах и сборах, обязанность по исчислению суммы налога может быть возложена на налоговый орган или налогового агента*». В пункте 2 статьи 111 НК РФ гипотеза является отсылочной: «*При наличии обстоятельств, указанных в пункте 1 настоящей статьи, лицо не подлежит ответственности за совершение налогового правонарушения*». Вместе с тем, отсылочный и бланкетный способ чаще всего используется для изложения диспозиции налоговой нормы.

При создании отсылочных и бланкетных налоговых норм должны соблюдаться определенные правила. В частности, серьезным недостатком юридической техники признаются так называемые *многоступенчатые ссылки* (ссылки на ссылки), когда первичная норма отсылает к другой норме, которая в свою очередь требует обращения к иным нормам права. Так, например, согласно подпункту 2 пункта 7 статьи 254 НК РФ к материальным расходам в целях налогообложения прибыли приравниваются «потери от недостачи и (или) порчи при хранении и транспортировке материально-производственных запасов в пределах норм естественной убыли, утвержденных в порядке, установленном Правительством Российской Федерации». Законодатель, используя бланкетную отсылку, наделил полномочием по нормативному регулированию данного вопроса Правительство РФ, которое, однако, переложило разработку и утверждение норм естественной убыли при хранении и транспортировке материально-производственных запасов на целый ряд отраслевых министерств (Министерство здравоохранения и

социального развития РФ, Министерство промышленности и энергетики РФ, Министерство регионального развития РФ, Министерство сельского хозяйства РФ, Министерство экономического развития и торговли)¹. Помимо нарушения правил бланкетности (т.н. отсылка на отсылку) такое *субделегирование* прямо противоречит пункту 1 статьи 4 НК РФ, поскольку «перекладывает» принятие налоговых норм на органы исполнительной власти, которые не отнесены Законом к субъектам налогового нормотворчества.

Полагаем, следует выделять *бланкетность в собственном смысле слова*, когда законодатель при формулировании нормы непосредственно использует ссылку, указывающую на источник права, содержащий восполняющую норму, и *бланкетность в широком смысле слова*², когда прямые текстуальные ссылки законодателем не используются, а необходимость обращаться к другим нормам вытекает из анализа содержания и логической структуры налоговой нормы. «В бланкетных нормах указанной разновидности нельзя говорить о наличии ссылки на нормативные правовые акты иных отраслей права, ссылка тоже отсутствует. Но для уяснения содержания необходимо обращаться к соответствующим нормативным правовым актам»³.

В данном случае речь идет о том, что в условиях *масштабного усложнения* системы нормативного регулирования, включая экстенсивный рост общего объема правовых норм, их специализацию и дифференциацию, формирование межотраслевых юридических конструкций и прочее, выяснение действительного смысла и содержания многих налоговых норм требует *системного толкования* всего действующего нормативного массива. «Поскольку каждая юридическая норма связана со многими другими, действует не изолированно, а в единстве с ними, причем в составе целостных институтов, отраслей права, всей отраслевой системы, — подчеркивает С.С. Алексеев, — то достаточно полно раскрыть содержание данной нормы, правильно понять ее в принципе невозможно без учета многообразных связей с другими нормами, иными нормативными положениями и принципами»⁴.

Наиболее актуально для налогового права применение в источниках налогового права терминологии и правовых конструкций иных отраслей права. Для таких случаев законодателем предусмотрен *принцип субсидиарности*: «Институты, понятия и термины гражданского, семейного и других отраслей законодательства Российской Федерации, используемые в настоящем Кодексе, применяются в том значении, в каком они используются в этих отраслях законодательства, если иное не предусмотрено настоящим Кодексом» (п. 1 ст. 11 НК РФ). Основная проблема возникает в том случае, когда один и тот же термин используется разными отраслями права в различных значениях. В этой связи актуальна правовая позиция Конституционного суда о том, что приоритет при уяснении значения налогового института, понятия или термина отдается налоговому законодательству, и только при отсутствии возможности определить содержание налогового института, понятия или термина путем истолкований положений налогового законодательства в их системной связи допускается использование норм иных отраслей законодательства⁵.

Первоочередная задача состоит в том, чтобы избежать так называемой *мнимой бланкетности*, когда термины межотраслевого характера имеют *самостоятельное отраслевое (налогово-правовое) значение* и поэтому именно в этом значении должны применяться в налоговых правоотношениях. Обращаться к нормам иных отраслей в данном случае не нужно. Не случайно в пункте 8 совместного Постановления Пленума ВАС РФ и Пленума Верховного Суда РФ от 11 июня 1999 года № 41/9⁶ разъясняется, что «при уяснении для целей налогообложения значения института, понятия или термина гражданского, семейного или другой отрасли законодательства суд при рассмотрении спора не применяет положения соответствующей отрасли законодательства только в том случае, если в законодательстве о налогах и сборах содержится специальное определение данного института, понятия или термина для целей налогообложения». Заметим, что неверно принцип субсидиарности применительно к толкованию юридических понятий не является исключительной прерогативой налогового права, но должен рассматриваться как *общеправовой*. Именно в таком контексте А.Ф. Черданцев отмечает, что «прежде чем использовать легальные определения одной отрасли (института) для интерпретации норм другой отрасли (или инсти-

¹ Постановление Правительства РФ от 12 декабря 2002 года № 814 «О порядке утверждения норм естественной убыли при хранении и транспортировке товарно-материальных ценностей» (ред. от 10 марта 2009 г.) // Собрание законодательства РФ. — 2002. — № 46. — Ст. 4596.

² Иногда в данном случае говорят о «скрытой», «неявной», «подразумеваемой», «неочевидной» бланкетности.

³ Михайлова И.А. Бланкетные нормы в уголовном законе: Дис... канд. юрид. наук. — М., 2009. — С. 71.

⁴ Алексеев С.С. Право: азбука — теория — философия: опыт комплексного исследования. — М., 1999. — С. 135.

⁵ Определение Конституционного Суда РФ «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы ЗАО «Печоранефтегаз» от 18 января 2005 года № 24-О на нарушение конституционных прав и свобод пунктом 1 статьи 11 НК РФ и частью второй статьи 32.1 Федерального закона «О введении в действие части второй НК РФ и внесении изменений в некоторые законодательные акты Российской Федерации о налогах» // Вестник Конституционного Суда РФ. — 2005. — № 3.

⁶ Пункт 8 Постановления Пленума Верховного Суда РФ и Пленума ВАС РФ от 11 июня 1999 года № 41/9 «О некоторых вопросах, связанных с введением в действие части первой Налогового кодекса Российской Федерации» // Вестник ВАС РФ. — 1999. — № 8.

тута), следует установить, нет ли в этой отрасли иного легального определения, или с помощью других приемов толкования выяснить, не употреблялся ли этот термин в другом смысле»¹.

К сожалению, на практике нередко встречаются ситуации, когда при разрешении налоговых споров суды необоснованно отдают приоритет не налоговым нормам, а нормам иной отраслевой природы. Так, ФАС Восточно-Сибирского округа обосновал получение требований об уплате налогов в качестве надлежащего лица главным бухгалтером, сославшись на пункт 1 статьи 182 ГК РФ, согласно которому полномочие на представительство может также вытекать из обстановки, в которой действует представитель². При этом суд не принял во внимание, что законными представителями налогоплательщика-организации признаются лица, уполномоченные представлять ее на основании закона или учредительных документов (ст. 27 НК РФ); уполномоченными представителями — лица, действующие по доверенности (ст. 29 НК РФ). В данном случае, согласно нормам налогового права, главный бухгалтер не может быть отнесен ни к одному виду представителей налогоплательщика, а применять нормы гражданского права к налоговым правоотношениям без прямого указания Закона недопустимо.

Много проблемных аспектов связано с *межотраслевым бланкетным регулированием* налогообложения. Дело в том, что в силу бланкетных взаимосвязей, законодательные решения в неналоговых отраслях права или изменения правоприменительной практики (в части толкования, оценки, применения исполняющих норм) способны значительно трансформировать налоговые обязательства. Перефразируя выводы специалистов в области общей теории права, можно утверждать, что в силу внесения изменений и дополнений в неналоговые источники права смысловое значение бланкетной налоговой нормы может изменяться вследствие увеличения или уменьшения числа ее объема (нормы-принципы, нормы-дефиниции) или вследствие изменения содержательной составляющей ее структурных элементов (нормы-правила)³.

Речь идет, прежде всего, об *элементах налогообложения*, по отношению к которым требование определенности должно соблюдаться наиболее последовательно. В силу прямого указания Закона, при установлении налогов должны быть определены все элементы налогообложения, причем акты законодательства о налогах и сборах должны быть сформулированы таким образом, чтобы каждый точно знал, какие налоги (сборы), когда и в каком порядке он должен платить (п. 6 ст. 3 НК РФ). Российские суды всех уровней неоднократно указывали, что налог и сбор можно считать законно установленным только в том случае, если законом прямо и четко зафиксированы все существенные элементы налогового обязательства. Означает ли это, что элементы налогообложения должны быть определены именно в налоговых законах? Нарушает ли бланкетное изложение элементов налогообложения принцип определенности налогообложения? Допустимо ли комплексное законодательное регулирование основных аспектов налогообложения и если да, то до каких пределов?

Рассмотрим известный пример. Согласно пунктам 1—2 статьи 389 НК РФ налоговая база по земельному налогу определяется как кадастровая стоимость земельных участков, признаваемых объектом налогообложения; при этом кадастровая стоимость земельного участка определяется в соответствии с земельным законодательством РФ. Как видим, важнейший элемент земельного налога установлен бланкетно. Конституционность данного положения оспаривалась в Конституционном Суде РФ⁴. По мнению заявителей, налоговая база как существенный элемент налогообложения должна устанавливаться непосредственно в НК РФ, который не может ограничиваться отсылочной нормой к законодательству иной отраслевой принадлежности, нарушая тем самым конституционный принцип законного установления налогов и сборов. Однако Суд эту логику не поддержал, указав, что «федеральный законодатель, действующий при определении налоговых обязанностей в рамках своих дискреционных полномочий и обладающий фискальным суверенитетом, вправе устанавливать показатели оценки финансово-хозяйственной деятельности налогоплательщика, необходимые для целей налогообложения, исходя из стоимостных, экономических или физических данных, характеризующих объект налогообложения, основываясь на правилах бухгалтерского учета, а также определениях и понятиях, используемых не только в налоговом, но и в иных отраслях законодательства». По мнению Суда, то обстоятельство, что установление налоговой базы по земельному налогу и проведение государственной кадастровой оценки земель для установления кадастровой стоимости земельного участка для целей налогообложения регламентируются нормами налогового и земельного законодательства, не может рассматриваться как свидетельство отсутствия обоснованности и произвольности ис-

¹ Черданцев А.Ф. Толкование права и договора. — М., 2003. — С. 168.

² Постановление ФАС Восточно-Сибирского округа от 4 июля 2002 года по делу № А10-745/02-11-Ф02-1752/02-1С // СПС «КонсультантПлюс».

³ См.: Толстик В.А. Системное толкование норм права / В.А. Толстик, Н.Л. Дворников, К.В. Каргин. — М., 2010.

⁴ Здесь и далее см.: Определение Конституционного Суда РФ от 19 мая 2009 года № 1047-О-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалоб закрытого акционерного общества «Арсенал», общества с ограниченной ответственностью «Горторгкомплекс» и гражданина Захарова Александра Николаевича на нарушение конституционных прав и свобод положениями статей 390 и 391 Налогового кодекса Российской Федерации, статей 65 и 66 Земельного кодекса Российской Федерации» // Вестник Конституционного Суда РФ. — 2010. — № 1.

числения земельного налога. Тем самым Суд подтвердил конституционность бланкетного изложения налоговых норм и фактически узаконил возможность *комплексного правового регулирования* отношений в сфере налогов и сборов.

Очевидно, нормы земельного права (как и нормы иных отраслей права), которые с учетом бланкетных отсылок подключаются к регулированию налоговых отношений, не трансформируются в нормы налогового права, то есть *не меняют свою отраслевую природу*. Иной вывод радикально перевернул бы современную концепцию права, основанную на отраслевой систематизации правовых норм¹. Вместе с тем, сохраняется проблема правового режима исполняющих норм и, прежде всего, их *темпорального действия*.

Как известно, действие налоговых норм во времени регламентируется нормами статьи 5 НК РФ и отличается значительной спецификой. Особый порядок вступления в силу и действия во времени актов налогового законодательства детерминирован конституционно-правовым режимом *стабильных условий хозяйствования*, представляющих собой важную конституционную гарантию. Задача государства — обеспечить оптимальный режим функционирования национальной экономики, составной частью которого выступает стабильная и предсказуемая налоговая система. Налогоплательщик вправе заблаговременно ознакомиться с изменениями налогового законодательства, распланировать свою деятельность до возникновения налоговой обязанности по конкретному налогу, получить разъяснения в налоговых органах, скорректировать свою экономическую стратегию. Это актуально для каждой организации и гражданина, поскольку налоговые реформы прямо и непосредственно влияют на результаты предпринимательской деятельности, на осуществление права собственности, то есть речь идет об основных правах человека и гражданина. Кроме того, более длительный срок вступления в силу актов налогового законодательства по сравнению с источниками иных отраслей права обусловлен тем, что налоговое законодательство — одно из самых сложных для толкования и правоприменения. Поэтому участникам налоговых правоотношений требуется время, чтобы осмыслить и подготовиться к реализации новых налоговых норм.

Должны ли неналоговые нормы, участвующие в регламентации налоговых отношений, подчиняться отраслевому режиму налогового права, в частности, закрепленному в статье 5 НК РФ режиму действия актов законодательства о налогах и сборах во времени?

Эта проблема была рассмотрена Конституционным Судом РФ² применительно к налоговой базе земельного налога, регламентация которой, как уже отмечалось выше, осуществляется комплексно — бланкетными нормами налогового и земельного права с использованием взаимных *перекрестных отсылок* (п. 1 — 2 ст. 389 НК РФ, п. 5 ст. 65 ЗК РФ). Распространяется ли на подзаконные акты неналоговой природы, определяющие кадастровую стоимость земельных участков, особый порядок вступления в силу актов законодательства о налогах и сборах с учетом того, что в данном случае акты земельного законодательства имеют прямое отношение к содержанию налоговой обязанности по уплате земельного налога, определяя его налоговую базу?

Конституционный Суд РФ ответил на этот вопрос утвердительно: «Конституционные гарантии прав граждан и их объединений как налогоплательщиков предполагают особый порядок вступления в силу всех нормативных правовых актов, которыми на них возлагается обязанность платить соответствующие налоги и сборы, что имеет значение как для актов, непосредственно относящихся к законодательству о налогах и сборах, так и для актов иной отраслевой принадлежности, если законодатель допускает их использование для целей налогообложения, — в той их части, в какой они влияют на содержание налоговой обязанности». Отметив, что правовое регулирование земельного налога носит *комплексный характер* и состоит из актов налогового и земельного законодательства, используемых для целей налогообложения, Суд указал, что такое правовое регулирование должно производиться с соблюдением вытекающих из Конституции РФ и получающих конкретизацию в действующем налоговом законодательстве гарантий прав налогоплательщиков, включая те, которые определяют особый порядок вступления в силу актов о налогах и сборах. Иное, по мнению Суда, означало бы возможность снижения конституционных гарантий прав налогоплательщиков исключительно по формальным основаниям, связанным с самой по себе отраслевой принадлежностью нормативных правовых актов, которые используются для целей налогообложения, что недопустимо.

Из правовых позиций Конституционного Суда следует общий вывод: ненормативные правовые акты иной отраслевой природы, которые во взаимосвязи с налоговыми актами порождают правовые

¹ В частности, тогда получилось бы, что подавляющее большинство регулятивных норм должны рассматриваться как нормы *уголовно-правовые*, поскольку последние в силу своего универсального правоохранительного назначения устанавливают ответственность за общественно опасные нарушения норм иной отраслевой природы, и в большинстве своем носят бланкетный характер.

² См. здесь и далее: Определение Конституционного Суда РФ от 3 февраля 2010 года № 165-О-О «Об отказе в принятии к рассмотрению запроса Арбитражного суда Омской области о проверке конституционности пункта 1 статьи 4 Налогового кодекса Российской Федерации и абзаца второго пункта 2 статьи 66 Земельного кодекса Российской Федерации» // Вестник Конституционного Суда РФ. — 2010. — № 4.

последствия для граждан и их объединений как налогоплательщиков, действуют во времени в том порядке, какой определен федеральным законодателем для вступления в силу актов законодательства о налогах и сборах¹.

Подобная позиция получила поддержку в доктринальных источниках² и в целом возражений не вызывает. Проблема связана с актами, которые по своему назначению несут *полифункциональный характер*. В частности, кадастровая стоимость земли согласно пункту 5 статьи 65 ЗК РФ устанавливается не только для целей налогообложения и в иных случаях, в частности, «в целях совершенствования территориально-экономического зонирования, обеспечения всех видов рыночных операций с землей, создания и развития земельного фондового рынка»³, а также может применяться для определения арендной платы за земельный участок, находящийся в государственной или муниципальной собственности. С учетом правовых позиций Конституционного Суда следует считать, что порядок вступления в силу акта, связанного с установлением кадастровой стоимости земли, не имеет «общего знаменателя», и зависит от того, к каким правоотношениям применяются его нормы. Чем-то это напоминает общую теорию относительности Альберта Эйнштейна, где скорость, время и пространственные координаты объекта нельзя установить в *абсолютных значениях*, поскольку для различных «наблюдателей» они будут различаться. Подобный *релятивизм* применительно к нашему случаю означает следующее: действие нормативных правовых актов во времени не является величиной *постоянной* и может определяться различно в зависимости от того, в какой сфере правового регулирования тот или иной акт применяется. В частности, исполняющие нормы неналоговой природы должны подчиняться специальному налоговому правовому режиму действия во времени в случаях, когда вследствие бланкетной отсылки они подключаются к регулированию налоговых отношений. В иных же случаях (напр., при использовании в целях регулирования административных, гражданско-правовых, градостроительных, природоохранных и других отношений) действие этих норм во времени, включая их вступление в силу, обратное действие и пр., подчиняется правовому режиму соответствующих отраслей. Тем самым временные параметры правовой нормы приобретают непостоянный, *переменный характер*.

Заметим, что подобный вывод Конституционного Суда противоречит традиционному подходу отечественного правоведения, суть которого емко выразила Е.А. Киримова: «Одна и та же норма не может одновременно регулировать два разных вида общественных отношений и заключать в себе два разных метода правового регулирования. Именно поэтому одно и то же предписание не может быть одновременно включено в две разные отрасли права»⁴.

На наш взгляд, норма права действительно не может включаться одновременно в две отрасли права, но может выступать составной частью *межотраслевых юридических конструкций*, образующих альтернативную (по отношению к отраслевому делению) структуру права. В этом смысле одна и та же норма в зависимости от ситуации и, не утрачивая своей «первичной» отраслевой природы, действительно может входить в различные межотраслевые юридические конструкции, тем самым «подключаясь» к регулированию самых разнообразных общественных отношений. При этом правовая природа таких конструкций с точки зрения их внутренней структуры и назначения может не совпадать. В частности, налоговая база земельного налога как юридическая конструкция по своей природе носит комплексный, *межотраслевой характер*, поскольку состоит из норм налогового и земельного права, но по своему назначению она является *налогово-правовой*, поскольку предназначена для регламентации налоговых отношений.

Подводя итоги отметим, что бланкетный и отсылочный способы применяются в целях реализации принципа *нормативной экономии*, чтобы добиться большей краткости и компактности нормативного материала, исключить повторы и дублирования, облегчить установление логических связей между правовыми нормами, повысить стабильность налогово-правового регулирования. Бланкетность представляет собой наглядное проявление единства и *системности* правового регулирования на уровне *структурных элементов* правовых норм, которые конкретизируют и дополняют друг друга, совместно «встраиваются» в юридические конструкции, образуя устойчивые комплексы, ассоциации, институты отраслевого и межотраслевого характера. Вместе с тем злоупотребление бланкетностью приводит к текстуальному и содержательному усложнению нормативного акта, вследствие чего затрудняется его толкование и применение участниками правоотношений.

¹ Темпоральные нормы, изложенные в статье 5 НК РФ, регулируют два аспекта: во-первых, вступление в силу актов законодательства о налогах и сборах и, во-вторых, их действие во времени (если точнее — вопросы *ретроактивности*). Рассмотренное выше Определение Конституционного Суда затрагивает, строго говоря, первый аспект темпоральной регламентации налоговых норм. Однако, полагаем, что правовые позиции Суда могут быть рассмотрены и более широко, то есть применительно к пределам действия во времени актов законодательства о налогах и сборах (с учетом допустимости либо недопустимости обратного действия последних).

² См., например: *Андреева М.В.* Действие налогового законодательства во времени. — М., 2006. — С. 50.

³ Кадастровая оценка земли // ЭЖ-Юрист. — 2011. — № 8. — С. 10.

⁴ *Киримова Е.А.* Система права и система законодательства // Правовая политика и правовая жизнь. — 2002. — № 2. — С. 54.

А.А. Демичев

Демичев Алексей Андреевич — доктор юридических наук, кандидат исторических наук, профессор, профессор кафедры гражданского права и процесса Нижегородской академии МВД России

Проблемы изучения правовой преемственности в хронодискретных моногеографических исследованиях

Нет необходимости обосновывать тезис, что изучение проблем правовой преемственности представляет не только теоретический, но и практический интерес. В корне неверным представляется нам утверждение отдельных «отраслевиков» и лиц, имеющих слабое представление о многоликости истории государства и права, о том, что данная наука является сугубо теоретической и не представляет интереса для совершенствования действующего законодательства и правоприменительной практики.

Как известно, историю, в том числе, и историю государства и права, следует изучать не только с целью удовлетворения любопытства, но и для того, чтобы избежать ошибок, допущенных в прошлом, а также заимствовать положительный опыт минувшего.

Действительно, среди историко-правовых работ немало исследований, которые не несут ничего для совершенствования действующего законодательства. В этом нет ничего плохого. История государства и права не должна быть конъюнктурной. По нашему глубокому убеждению, от историков некорректно требовать четких рецептов по совершенствованию современных правовых и государственных институтов. Тем не менее, историк собирает определенные материалы, проводит теоретические обобщения и делает выводы по изучаемому предмету. А вот уже специалисты-отраслевники на базе этих материалов должны вырабатывать конкретные предложения по совершенствованию действующего механизма правового регулирования. Однако определенная доля справедливости в упреке к историкам в их «непрактичности» имеется.

Один из наиболее ярких представителей цивилизационного подхода А.Д. Тойнби указывал, что в основе развития человеческой цивилизации лежит закон «вызова — ответа»: природа или другие силы бросают конкретному обществу вызов, если на него не будет найдено адекватного ответа, то конкретная цивилизация погибнет; если ответ будет найден, то развитие продолжится.

Развитие науки в чем-то похоже на развитие общества. Во всяком случае, напрямую зависит от него. Конечно, говорить о том, что та или иная наука может «погибнуть» будет неправильно, но вот снижение социального статуса определенной науки вполне возможно. История государства и права оказалась перед «вызовом», грозящим снижением ее социального статуса. В.М. Баранов и Н.С. Нижник верно отмечают, что «в последнее время все чаще звучат высказывания представителей отраслевых юридических наук, что история государства и права изжила себя как правовая дисциплина и место ей в «общей» истории, а не в юриспруденции, что она не имеет практической направленности и не может быть полезной для совершенствования действующего законодательства»¹.

Ответом на такой вызов стало создание научного направления (и соответствующей ему научной школы) хронодискретного моногеографического сравнительного правоведения (ХМСП). Его основы были заложены еще в 2003 году², а в 2009 году произошло конституирование научной школы, когда вышел в свет первый выпуск сборника «Хронодискретное моногеографическое сравнительное правоведение»³. В последующие годы вышло еще два выпуска⁴. Авторами трех выпусков, в которые вошло около сорока статей, стали четыре доктора наук, полтора десятка кандидатов наук, а также аспиранты, адъюнкты и соискатели. В состав научной школы, включающей три оstepененных поколения ис-

¹ Баранов В.М. [Рецензия]: В.М. Баранов, Н.С. Нижник // Хронодискретное моногеографическое сравнительное правоведение: Сборник научных трудов / Под ред. А.А. Демичева. — Н. Новгород, 2010. — Вып. 2. — С. 160. — Рец. на кн.: Хронодискретное моногеографическое сравнительное правоведение: Сборник научных трудов / Под ред. А.А. Демичева. — Н. Новгород, 2009. — Вып. 1. — 209 с.

² См.: Демичев А.А. Сравнительно-правовое исследование суда присяжных в России (история и современность): Дис... д-ра юрид. наук. — Н.Новгород, 2003. Также см.: Демичев А.А. Институт присяжных заседателей в России: проблемы становления и развития: Монография. — Н. Новгород, 2003.

³ См.: Хронодискретное моногеографическое сравнительное правоведение: Сборник научных трудов / Под ред. А.А. Демичева. — Н. Новгород, 2009. — Вып. 1.

⁴ См.: Хронодискретное моногеографическое сравнительное правоведение: Сборник научных трудов / Под ред. А.А. Демичева. — Н. Новгород, 2010. — Вып. 2; Хронодискретное моногеографическое сравнительное правоведение: Сборник научных трудов / Под ред. А.А. Демичева. — Н. Новгород, 2011. — Вып. 3.

следователей, входят как представители вузовской науки, так и практики: работники прокуратуры, налоговых органов, органов внутренних дел, судьи, судебные приставы-исполнители и так далее из разных городов Российской Федерации (Владимира, Воронежа, Кирова, Курска, Москвы, Нефтекамска, Нижнего Новгорода, Рязани, Саратова и др.).

Представителями ХМСП выпущен ряд книг, опубликовано более сотни статей, сделаны доклады на десятках международных, всероссийских и региональных конференций. Готовятся к защите докторские и кандидатские диссертации, в которых проводится сравнительно-правовое исследование таких дореволюционных и современных государственных и правовых институтов, как адвокатура, нотариат, судебные приставы, судебные следователи, Государственная Дума, местное самоуправление, губернаторская власть, налоговая система и др. Также идет работа по сравнительно-правовому изучению концептуальных основ судебных преобразований в России в середине XIX и конце XX веков.

В историко-правовых исследованиях, особенно диссертационных, нередко встречается подзаголовок: «история и современность». Последнее, как правило, означает, что автор последовательно рассматривает генезис и эволюцию какого-либо правового явления, института на всем протяжении его существования с момента возникновения до сегодняшнего дня. В данном случае, если исследование выполнено качественно, то в его основе лежит принцип историзма, классическая формулировка которого была дана В.И. Лениным в работе «О государстве»: «не забывать основной исторической связи, смотреть на каждый вопрос с точки зрения того, как известное явление в истории возникло, какие основные этапы в своем развитии это явление проходило, и с точки зрения этого его развития смотреть, чем данная вещь стала теперь»¹.

В рамках хронодискретного моногеографического сравнительного правоведения принцип историзма также является одним из основных, однако, во-первых, он становится лишь частью исторического подхода, о котором речь пойдет позже; во-вторых, он носит не сквозной характер в изложении всего материала, а проявляется в каждом отдельно взятом компоненте работы. Это, в свою очередь, отражается на структурировании текста.

Приведем несколько примеров. Изобразим в виде таблицы схематичную структуру исследования некоторых институтов в рамках традиционного подхода типа «история и современность» и в рамках подхода школы хронодискретного моногеографического сравнительного правоведения. Сравним традиционную структуру историко-правового исследования института прокуратуры и сравнительно-правового исследования прокуратуры, проведенного в рамках нашего научного направления В.А. Никоновым².

Традиционный вариант («история и современность»)	Вариант школы моногеографического сравнительного правоведения
Глава 1. Институт прокуратуры в России в 1864—1917 годах	Глава 1. Организация деятельности прокуратуры в России во второй половине XIX — начале XX века и конце XX — начале XXI века: сравнительно-правовой анализ
1.1. Нормативно-правовая база, регламентирующая организацию и деятельность прокуратуры в 1864—1917 годах	1.1. Нормативно-правовая база, регламентирующая деятельность прокуратуры: история и современность
1.2. Роль органов прокуратуры в уголовном и гражданском судопроизводстве во второй половине XIX — начале XX века	1.2. Структура и функции прокуратуры: история и современность
Глава 2. Прокуратура в Российской Федерации	Глава 2. Роль органов прокуратуры в уголовном и гражданском судопроизводстве во второй половине XIX — начале XX века и конце XX — начале XXI века
2.1. Нормативно-правовая база, регламентирующая организацию и деятельность прокуратуры в Российской Федерации	2.1. Роль органов прокуратуры в уголовном судопроизводстве во второй половине XIX — начале XX века и конце XX — начале XXI века
2.2. Роль органов прокуратуры в уголовном и гражданском судопроизводстве современной России	2.2. Роль органов прокуратуры в гражданском судопроизводстве во второй половине XIX — начале XX века и конце XX — начале XXI века

Приведем другой пример — сравним традиционную структуру историко-правового исследования мирового суда и сравнительно-правового исследования этого же института, проведенного в рамках нашего научного направления В.В. Гущевым³.

¹ Ленин В.И. Полное собрание сочинений. — Т. 39. — С. 67.

² См.: Никонов В.А. Сравнительно-правовое исследование института прокуратуры в России во второй половине XIX — начале XX века и конце XX — начале XXI века: Дис... канд. юрид. наук. — Владимир, 2005.

³ См. Гущев В.В. Сравнительно-правовое исследование мирового суда в России (история и современность): Дис... канд. юрид. наук. — Н. Новгород, 2005.

Традиционный вариант («история и современность»)	Вариант школы моногеографического сравнительного правоведения
Глава 1. Мировой суд в дореволюционной России (1864—1917 гг.)	Глава 1. Организационные и структурно-функциональные особенности мирового суда в России: история и современность
1.1. Правовая регламентация организации и деятельности мирового суда по Судебным уставам 20 ноября 1864 года	1.1. Структура и организация мирового суда в России: история и современность
1.2. Практическая деятельность мирового суда в дореволюционной России	1.2. Компетенция мирового суда в России: история и современность
Глава 2. Мировой суд в Российской Федерации	Глава 2. Гражданское и уголовное судопроизводство у мирового судьи: история и современность
2.1. Правовая регламентация организации и деятельности мирового суда в Российской Федерации	2.1. Гражданское судопроизводство у мирового судьи: история и современность
2.2. Практическая деятельность мирового суда в Российской Федерации	2.2. Уголовное судопроизводство у мирового судьи: история и современность

Обратим внимание, что изложение материала в рамках структурных компонентов сравнительного анализа возможно в двух направлениях: от истории к современности и от современности к истории.

Несомненным достоинством ряда историко-правовых исследований является то, что на основе исторического опыта авторы предлагают рекомендации по совершенствованию действующего законодательства в той или иной сфере, рекомендации по совершенствованию правоприменительной практики. Однако при написании историко-правовых работ это, несомненно, положительный, но все же побочный эффект.

В отличие от обычных историко-правовых исследований перед представителями школы хронодискретного моногеографического сравнительного правоведения в качестве одной из обязательных стоит следующая задача: на основе сравнения исторического опыта правовой регламентации и функционирования какого-либо института с его современным аналогом выработать рекомендации по совершенствованию соответствующего современного института.

В отличие от традиционного сравнительного правоведения объектом сравнения выступают не аналогичные правовые институты, имеющие место в разных странах в одно время, а правовые институты, имевшие место в дореволюционной России и возрожденные в Российской Федерации (отсюда и введение в название научного направления термина «моногеографическое») в условиях отсутствия между ними прямой преемственности. Классическим примером в данном случае является суд присяжных и мировой суд. Оба названных института были впервые введены в России в результате судебной реформы 1864 года, оба они были упразднены 22 ноября (5 декабря) 1917 года Декретом Совнаркома «О суде» № 1. Наконец, и суд присяжных, и мировой суд были вновь введены уже в Российской Федерации в ходе судебной реформы конца XX века.

Очевидно, что история суда присяжных, мирового суда и многих других институтов (если вести речь не о правовых, а о государственных институтах, ярким примером будет дореволюционная и современная Государственная Дума) носит дискретный (хронодискретный) характер, она была прервана советским периодом отечественной истории. При этом следует помнить, что история не терпит сослагательного наклонения, поэтому непродуктивны предположения, что было бы, если бы не произошла Октябрьская революция 1917 года. Следовательно, мы констатируем, но не оцениваем факт дискретности истории ряда институтов, так как конкретно-историческая обстановка диктует специфические требования к государственному, общественному строю и развитию права.

Как показывает история, схожесть некоторых внешних условий приводит и к схожести тенденций внутреннего развития. Так, одним из проявлений демократизации общественной жизни в 60—70-е годы XIX века стало проведение судебной реформы, результатом которой стало построение сбалансированной судебной системы, введение устного, гласного состязательного судебного процесса, суда присяжных, мирового суда, адвокатуры, прокуратуры и т. д.

Демократизация общественной жизни в конце XX века также привела к судебным преобразованиям. В результате судебной реформы конца XX — начала XXI века в Российской Федерации был введен состязательный судебный процесс, созданы суд присяжных и мировой суд, реорганизованы прокуратура и адвокатура и т. д.

Обратим внимание, что не все дореволюционные институты были упразднены на весь период советской истории, как уже упоминавшиеся мировой суд и суд присяжных. Например, прокуратура и адвокатура были восстановлены в Советской России в результате судебной реформы 1922 года. Однако советская прокуратура и адвокатура в значительной степени отличаются от дореволюционной и современной прокуратуры и адвокатуры. Таким образом, хотя история этих институтов формально

была прервана только на пять лет (срок по меркам истории совсем незначительный), но реально она дискретна.

Акцентируем внимание на том, что между большинством дореволюционных и современных институтов отсутствует прямая преемственность, историческая традиция была прервана. Тем не менее, о преемственности современного и дореволюционного законодательства в ряде случаев говорить вполне корректно. Однако следует учитывать, что эта преемственность не была прямой, она была реализована путем целенаправленного изучения и заимствования исторического опыта.

Полагаем, что выведение советского периода «за скобки» научного исследования в интересующем нас направлении вполне оправдано. При этом ценность советского периода отечественной истории для науки и практики ни в коем случае не отрицается.

Объектом хронодискретного моногеографического сравнительного правоведения не являются исключительно российские правовые и государственные институты. В истории многих стран имели место определенные события (революции, реформы, войны, установление определенного политического режима и т. д.), сделавшие их историю дискретной, тем самым создавая почву для научного поиска школы хронодискретного моногеографического сравнительного правоведения.

По нашему мнению, научное направление ХМСП имеет большие перспективы в Украине, Беларуси и других странах СНГ. Советская эпоха в этих государствах, также как и в России, произвела разрыв в традициях, прервала эволюционный путь развития ряда институтов. Кроме того, в названных странах в настоящее время идет возрождение ряда национальных институтов, уничтоженных или просто не приветствовавшихся в СССР.

В странах бывшего социалистического лагеря также имеются серьезные предпосылки для развития хронодискретного моногеографического сравнительного правоведения. Очевидно, что социалистический строй кардинальным образом повлиял на послевоенное развитие Польши, Чехии, Венгрии, Румынии и всех остальных теперь уже бывших социалистических стран. Сегодня происходит возвращение к институтам, имевшим место в этих государствах до Второй мировой войны. Естественно, их возрождение идет с учетом современных реалий. Следовательно, хронодискретные мононациональные сравнительные исследования приобретают особую актуальность.

Во многих историко-правовых исследованиях авторы проводят некоторое сравнение истории и современного состояния того или иного института, однако такое сравнение носит спонтанный характер, не опирается на теоретико-методологическую базу и не имеет признаков комплексности.

Под комплексностью в данном случае мы понимаем совокупность, как минимум, следующих моментов:

— анализа нормативно-правовой базы (к сожалению, многие авторы ограничивают свои работы только этим направлением, наивно полагая, что то, что зафиксировано в нормативных актах, и имело место в реальности);

— анализа проблем создания, становления того или иного института, реализации изучаемых нормативно-правовых актов;

— анализа практической деятельности изучаемого института (с использованием данных официальной статистики и архивных материалов).

Естественно, эти элементы могут напрямую не проследиваться в структуре работы, однако их наличие в самом тексте обязательно.

Кроме этого, дополнительными направлениями исследования могут стать проекты реформирования института, изучение его эволюции после завершения становления, создание периодизации. Обратим внимание, что в рамках ХМСП любая периодизация включает в себя не менее двух этапов (если говорить о истории стран, ранее входивших в состав Российской империи, то это — дореволюционный и современный), каждый из которых, в свою очередь, в зависимости от критериев¹, избранных конкретным автором, подразделяется на периоды.

Для диссертационных исследований и книг представителей школы ХМСП характерно наличие особого внимания к теоретико-методологическим проблемам исследования. Иногда это внимание реализуется в виде особого раздела «Теоретико-методологические основы исследования»², включающего в себя три структурных элемента: историографию исследования, источниковедение исследования и методологию исследования.

При этом в основе методологии лежат два основных подхода: сравнительно-правовой и исторический. Под последним нами понимается совокупность трех моментов:

1. Исследуя какой-либо институт прошлого, следует помнить, что изучается явление именно историческое. Другими словами, анализируемый институт с течением времени изменялся, эволюцио-

¹ Как правило, таким критерием выступают качественные изменения в законодательстве, оказывающие принципиальное влияние на изучаемый институт.

² В некоторых работах названный структурный компонент не выделяется, тем не менее, изучение историографии и источниковедения, проблемы, а также методологии научного поиска, является неотъемлемым компонентом исследования.

нировал и прошел в своем развитии ряд качественно отличающихся друг от друга этапов. При рассмотрении каждого этапа должны учитываться присущие ему особенности. Подходить к правовому, государственному институту как к чему-то статичному и неизменному на всем протяжении его существования недопустимо.

Описанный принцип в науке получил название принципа историзма. Первоначальное обоснование он получил в начале XIX века в трудах представителей Исторической школы права Ф.К. фон Савиньи, К.Ф. Эйхгорна, Г.Ф. Пухты¹. А в классическом виде, как мы уже отмечали ранее, он был сформулирован В.И. Лениным.

2. К исследованию любого исторического явления нужно подходить не только с позиций современности, но и с мерками той эпохи, в которой это явление имело место. Возьмем, например, наличие имущественного ценза, необходимого для занятия различных должностей вплоть до первой половины XX века.

Для человека начала XXI века существование имущественного ценза не вписывается в современное правосознание, не соответствует господствующим сегодня общественно-правовым принципам, антидемократично и т. д. Тогда же имущественный ценз — нормальное явление в Европе и Америке, не говоря уже о других частях света. Причем слои, не отвечавшие требованиям этого ценза, не очень-то и ощущали себя ущемленными в правах.

Аналогичным образом можно рассуждать о недопущении женщин к участию в выборах на государственные и общественные должности, отправлению правосудия в качестве присяжных заседателей, шеффенов и т. д.

С позиции современности, времени равноправия полов, нам кажется, что это дискриминация по отношению к женщинам. Но так ли это с позиции позапрошлого столетия? Осознавали ли сами женщины, чего были лишены и хотели ли получить такие права? Думаем, что в большинстве случаев — нет. Пассивное отношение женщины к общественной жизни, обусловленное во многом условиями жизни, было характерной чертой европейского, и особенно российского, менталитета XIX века.

3. История — рефлексивна. Каждый ученый (особенно представитель социально-гуманитарных наук), независимо от предмета исследования, отражает в своих работах дух времени, в котором живет. Никто не в состоянии выйти за рамки своей эпохи. Любой ученый, осознанно или неосознанно, придерживается некоего идеологического направления, отражает интересы определенной группы, организации, партии и т. п.

Рефлексивный характер истории необходимо учитывать при анализе не только литературы изучаемого периода, но и современной. При этом следует обратить внимание на то, что нередко интерес к институтам прошлого носит не столько научно-теоретический, сколько прагматический (а, иногда, к сожалению, и откровенно конъюнктурный) характер.

В целом исторический подход позволяет достаточно объективно оценить предшествующие исследования по той или иной проблеме, избежать некоторых присущих им недостатков, а также более точно (насколько это возможно) определить свое собственное место в системе исторических координат. А ведь только определив свое место в изучении той или иной проблемы (с учетом имеющейся источниковой базы и историографии) можно корректно определить цель собственного исследования, а также успешно ее достигнуть.

В завершение статьи еще раз четко перечислим методологические принципы научной школы хронодискретного моногеографического сравнительного правоведения.

1. В качестве объекта анализа рассматривается правовой или государственный институт, ранее уже имевший и имеющий в настоящее время место в одной стране.

2. В истории этого института имелся временной разрыв вследствие какого-либо внутривнутриполитического или внешнеполитического события (война, революция, установление нового государственного строя и т. д.), в течение которого он не существовал.

3. Проводится комплексное сравнение института, имевшего место до временного разрыва, и аналогичного ему института, существующего сегодня. При этом под комплексностью сравнения понимается совокупность минимум трех элементов: анализа источниковой базы, анализа проблем создания, становления института и реализации изучаемых нормативно-правовых актов, анализа практической деятельности изучаемого института.

4. Сравнение проводится в каждом структурном элементе работы по пути изложения материала либо от истории к современности либо от современности к истории.

¹ См.: *Savigny F.K. System des heutigen romischen Rechts.* — Berlin, 1840—1849. — Bd. 1—8; *Savigny F.K. Geschichte des romischen Rechts im Mittelalter.* 2-e Ausgabe. — Heidelberg, 1834—1850. — Bd. 1—6; *Puchta G.F. Coursus der Institutionen.* — Leipzig, 1851—1853. — Bd. 1—2; *Savigny F.K. Vorlesungen über das heutige romischen Recht.* — Leipzig, 1861; *Savigny F.K. Pandekten.* — Leipzig, 1872; *Eichhorn K.F. Deutsche Staats- und Rechtsgeschichte.* — Göttingen, 1843—1848. — Bd. 1—4.

5. Одной из обязательных задач исследования является выработка практических рекомендаций по совершенствованию действующего законодательства на основе сравнения современного института и аналогичного ему института, существовавшего до временного разрыва.

6. Особое внимание уделяется теоретико-методологическим основам исследования. При этом желательна выделение соответствующего самостоятельного структурного элемента работы, включающего в себя историографию, источниковедение и методологию исследования.

7. В основе методологии ХМСП лежат два основных подхода: сравнительно-правовой и исторический. Под последним понимается совокупность трех моментов: принципа историзма; анализа изучаемого явления с двух позиций: сегодняшнего дня и современника изучаемой эпохи; учета рефлексивного характера истории.

В целом научное направление хронодискретного моногеографического сравнительного правоведения позволяет не только провести теоретическое изучение между историческими и современными государственно-правовыми институтами, но и выработать на его основе практические рекомендации по совершенствованию действующего законодательства.

С.А. Денисов

*Денисов Сергей Алексеевич — кандидат юридических наук,
доцент кафедры публичного права Гуманитарного университета
г. Екатеринбург*

Сохранение и развитие традиций государственного права Российской империи и Советского государства на современном этапе

Как видно из названия, целью данной статьи является выявление тех черт государственного права современной России, которые имели место в царской России и были развиты, в том или ином виде, в советской России.

Для того, чтобы справиться с поставленной задачей, необходимо использовать социологическое понимание, то есть исследовать не те нормы, что государство выставляет напоказ, а те, что действительно работают в обществе и определяют его сущностные черты. Официальное позитивное право, которое рассматривается в рамках идеалистического направления юридического позитивизма, часто используется административным классом для обмана общества, для придания государству несвойственного ему вида. Правящая группа принимает конституцию, законы не для того, чтобы их нормы регулировали общественные отношения, а для создания своего позитивного имиджа. Официально заявляется, что основным законом страны является ее конституция, а фактически поведение административного класса регулируется нормами правовых обычаев (в том числе корпоративно-бюрократических), политических доктрин, исходящих от правящей группы, административных прецедентов, создаваемых высокими начальниками, нормативных и индивидуальных договоров, заключаемых между властными субъектами и их клиентами, а также внутри административного класса. Реально действующие нормы часто неписаны, намеренно скрываются от внешнего наблюдателя (нося секретный характер). За их выявление может устанавливаться юридическая ответственность. Обнаружить эти нормы может только анализ реально существующих отношений между людьми. Этот подход к изучению права не нов для России. Он развивался ранее такими видными представителями отечественной науки, как А.С. Муромцев¹, Б.А. Кистяковский².

Необходимо заметить, что законодательство царской России было более откровенным (честным), чем законодательство советской и современной России. Оно не несло такой идеологической нагрузки.

Далее будут рассмотрены основные правовые положения государственного права, которые имели место в царской России, были развиты и видоизменены в советской России и получили какое-то продолжение сегодня.

1. Больше всего бросается в глаза преемственность в развитии института верховной власти в России. В исторической литературе обычно фиксируют внимание на закрепление власти царя в Артикулах воинских, принятых при Петре I. Артикул 20 этого акта заявлял, что правитель России самовластен, безответственен и управляет страной по своей воле³. Основные государственные законы 1906 года закрепляли за императором верховную, самодержавную власть. Вместе с тем, они несколько ограничивали верховника. Статья 7 Основных государственных законов гласит: «Государь Император осуществляет законодательную власть в соединении с Государственным Советом и Государственной Думой»⁴. Конституционные акты, принятые в Советском государстве ничего не говорили о правителе. Они создавали имитацию республиканской формы правления. Конституция СССР 1977 года наводила на след реального правителя страны. Статья 6 этого документа заявляла, что «руководящей и направляющей силой советского общества, ядром его политической системы, государственных и общественных организаций является Коммунистическая партия Советского Союза...». Из этого можно было сделать вывод, что реальным правителем страны является глава этой самой Коммунистической партии. Однако Устав КПСС ничего о нем не говорит. Наоборот, он вводит исследователя в заблуждение и объявляет, что верховным органом КПСС является съезд партии (ст. 31), а между съездами ее деятельностью руководит Центральный Комитет КПСС (ст. 35)⁵. О наличии верховного правителя мы мо-

¹ См.: Муромцев С.А. Определение и основное разделение права. — СПб., 2004.

² См.: Кистяковский Б.А. Философия и социология права. — СПб., 1998.

³ Хрестоматия по истории государства и права СССР. Дооктябрьский период. — М., 1990. — С. 289.

⁴ Свод законов Российской империи. — СПб, 1906, — Т. 1. — С. 5—48.

⁵ Устав КПСС // XXII Съезд Коммунистической партии Советского Союза. Стенографический отчет. — М., 1962. — С. 246.

жем узнать только из исторических документов, описывающих сложившиеся в стране правовые обычаи. Выделение верховного правителя в лице партийного вождя шло постепенно в ходе борьбы за власть внутри олигархической группы. И.В. Сталин создал прецедент того, что должность верховного правителя в СССР принадлежит не высшему должностному лицу в государственном аппарате, а высшему должностному лицу в коммунистической квазипартии. В стране сложился правовой обычай монархического правления, который фактически продолжал обычай монархического правления. Следует заметить, что и в XIX веке монархия основывалась не только на законе и силе, но и на правовом обычае. Масса населения и правящая элита принимали монархию как должное. Как только этот обычай стал разведаться идеями республики, монархия пала. Официально декларируемая монархическая форма правления в XVIII—XIX веках не мешала ограничивать власть царя лицами, входящими в его ближайшее окружение. Распределение полномочий определялось неписаным договором между монархом и его формальными подчиненными, родственниками. В СССР олигархическая форма правления через Центральный Комитет КПСС, его Президиум, Секретариат находила некоторую поддержку в Уставе КПСС (ст. 39)¹, но фактически так же зависела от договорных отношений между членами ЦК КПСС.

Конституция РФ 1993 года более откровенно закрепляет верховную власть в стране в руках Президента РФ (ст. 11, 80-92), хотя и декларирует республиканскую форму правления (ст. 1), разделение властей (ст. 10).

Некоторые положения Конституции РФ новым языком повторяют положения Свода основных государственных законов 1906 года. Статья 9 Свода гласит: «Государь Император утверждает законы, и без его утверждения никакой закон не может иметь своего совершения». «Президент РФ подписывает и обнародует федеральные законы» — гласит статья 84 Конституции РФ. Статья 107 Конституции РФ обязывает Президента РФ подписывать и обнародовать некоторые законы без его согласия. Но практика показала, что заставить его пойти против собственной воли, никто не может. В 1997 году Президент РФ не подписывал Федеральный конституционный закон «О Правительстве Российской Федерации» до тех пор, пока в него не были внесены требуемые им изменения². «Государю Императору принадлежит почин по всем предметам законодательства» — гласит статья 8 Свода основных государственных законов. «Право законодательной инициативы принадлежит Президенту РФ...» — записано в части 1 статьи 104 Конституции РФ. Но Конституция не дает Президенту РФ монополии на законодательную инициативу, как это делает акт 1906 года. Только после формирования «карманного» парламента в 2003 году Федеральное Собрание превращается в законорегистрационный орган и весь законодательный процесс берется под контроль Президента РФ и его Администрации.

В делах управления страной «степень власти вверяется от него (Государя Императора), согласно закону, подлежащим местам и лицам, действующим его именем и по его повелениям» — записано в статье 10 Свода основных государственных законов. «...федеральные органы исполнительной власти и органы исполнительной власти субъектов Российской Федерации образуют единую систему исполнительной власти в Российской Федерации» — зафиксировано в части 2 статьи 77 Конституции РФ. Федеральном законе «О внесении изменений в Федеральный закон «Об общих принципах организации законодательных (представительных) и исполнительных органов государственной власти субъектов РФ» и Федеральном законе «Об основных гарантиях избирательных прав и права на участие в референдуме граждан РФ»³ позволяет Президенту РФ превращать глав регионов в своих заместителей, которые используются им для управления населением регионов. Указ Президента РФ «Об оценке эффективности деятельности органов исполнительной власти субъектов Российской Федерации»⁴ хорошо показывает, что глава региона не является более органом власти субъекта Федерации. Он является представителем Президента РФ и Правительства РФ в регионе и только перед ними несет ответственность за свою работу. Он перестает быть законоисполнительным органом, а превращается в орган исполнения воли правителя. Главы регионов отрешаются от должности на основании того, что они утратили доверие Президента РФ⁵.

Статья 11 Свода основных государственных законов гласит: «Государь Император в порядке верховного управления издает в соответствии с законами указы для устройства и приведения в действие различных частей государственного управления, а равно повеления, необходимые для исполнения». «Президент РФ издает указы и распоряжения» — гласит часть 1 статьи 90 Конституции РФ. Кроме

¹ Устав КПСС // XXII Съезд Коммунистической партии Советского Союза. Стенографический отчет. — М., 1962. — С. 246.

² Зуйков А. Российская модель института президентства по Конституции 1993 года: основные положения // Сравнительное конституционное обозрение. — 2008. — № 5. — С. 39.

³ Собрание законодательства РФ. — 2004. — № 50. — Ст. 4950.

⁴ Собрание законодательства РФ. — 2007. — № 27. — Ст. 3256.

⁵ См.: Указ Президента РФ от 9 марта 2005 года «О Логинове В.А.» // Собрание законодательства РФ. — 2005. — № 11. — Ст. 934.

этого возник правовой обычай издания повелений Президента РФ в виде поручений. Как обязательное для исполнения воспринимается государственными чиновниками обращение Президента РФ к Федеральному Собранию РФ.

«Государь Император есть верховный руководитель всех внешних сношений Российского Государства с иностранными державами. Им же определяется направление международной политики Российского Государства» — гласит статья 12 Свода законов 1906 года «Президент РФ осуществляет руководство внешней политикой Российской Федерации» — записано в статье 86 Конституции РФ. Часть 3 статьи 80 Конституции РФ добавляет, что Президент РФ определяет основные направления внутренней и внешней политики государства, то есть полномочия Президента РФ в этом плане шире полномочий российского Императора.

«Государь Император есть державный вождь Российской армии и флота. Ему принадлежит верховное начальствование над всеми сухопутными и морскими вооруженными силами Российского Государства» — записано в статье 14 Свода законов. «Президент Российской Федерации является Верховным Главнокомандующим Вооруженными Силами Российской Федерации» (ч. 1 ст. 87 Конституции РФ). Пункт «л» статьи 83 дополняет эту мысль: Президент РФ «назначает и освобождает высшее командование Вооруженных Сил РФ».

«Государь Император объявляет местности на военном или исключительном положении» (ст. 15 Свода законов). «Президент РФ при обстоятельствах и в порядке, предусмотренных федеральным конституционным законом, вводит на территории РФ или в отдельных ее местностях чрезвычайное положение...» (ст. 88 Конституции РФ).

Так же как российский Император (ст. 17 Свода законов), Президент РФ назначает Председателя Правительства, его заместителей, принимает решения об их отставке, освобождает от должности (ст. 83 Конституции РФ). Президент РФ назначает Председателя Правительства с согласия Государственной Думы. Но современная Государственная Дума более лояльна Президенту РФ, чем Государственная Дума, существовавшая при царе.

«Государственная Дума может быть до истечения пятилетнего срока полномочий ее членов распущена указом Государя Императора» (ст. 105 Свода законов). «Президент РФ «распускает государственную Думу в случаях и порядке, предусмотренных Конституцией РФ» (ст. 84 Конституции РФ). У Президента РФ меньше оснований для роспуска Государственной Думы, чем у российского Императора, но ему нет необходимости прибегать к этой мере, поскольку сложившийся в стране порядок выборов депутатов Государственной Думы позволяет формировать вполне «карманный» орган, нечто похожее на восточную шуру.

В литературе признается сверхвысокая власть Президента РФ, но ошибочно заявляется, что он возглавляет исполнительную ветвь власти и усиливает ее. Президент РФ в соответствии с правовыми традициями России приобретает верховную власть над всей страной, органами, осуществляющими законодательную деятельность, судом, органами, исполняющими нормы права. При этом он заменяет разделение властей разделением труда между органами единого государственного аппарата, подчиненного ему. Законодательная власть превращается в законорегистрационную¹. Суды осуществляют не правосудие, а охрану существующего строя. Правительство исполняет не законы, а волю верховного правителя.

В соответствии с российскими традициями Президент РФ не имеет четко ограниченных полномочий. Закона о Президенте РФ нет. Конституционный Суд РФ признал, что Конституция РФ также не устанавливает строгих рамок дозволенных действий Президента РФ. В своем постановлении Конституционный Суд РФ указал, что в нормах Конституции содержатся скрытые полномочия Президента РФ, и он сам определяет свои полномочия, которые ему нужны для реализации конституционных целей². Воспользовавшись этим, Президент РФ, например, разделил страну на федеральные округа, назначил в них своих представителей, создал при них аппарат управления и надзора³. Получилась некоторая аналогия с разделением страны на генерал-губернаторства при царском режиме⁴.

Конечно, в отличие от российского Императора должность Президента РФ выборная, так же как выборной была должность Генерального Секретаря ЦК КПСС, которую занимали правители в СССР. Так же как в СССР, выборы Президента РФ заранее предрешены. Правящая олигархия, согласно сложившимся правовым традициям и корпоративным нормам решает, кто займет эту должность.

Вместе с тем, форма правления в России несколько изменилась в 2008 году. Еще до этого, незаметно в России возник институт Лидера нации. Его не стали закреплять в писаном праве, как это сде-

¹ Денисов С.А. Федеральное Собрание: нотариальная контора при российском президенте? // Россия и современный мир. — 2006. — № 4 (53). — С. 104—118

² Постановление Конституционного Суда РФ от 31 июля 1995 года № 10-П // Собрание законодательства РФ. — 1995. — № 33. — Ст. 1995.

³ Указ Президента РФ «О полномочном представителе Президента РФ в федеральном округе» // Собрание законодательства РФ. — 2000. — № 20. — Ст. 2112.

⁴ Безруков А.В. Эволюция и перспективы российского федерализма. — Красноярск, 2003. — С. 7.

ляли казахские товарищи¹. Этот институт вошел в норму обычного права и был подкреплен неписаными договорами между Лидером нации и высшими должностными лицами, присягнувшими ему на верность. Сегодня сложилась такая же ситуация, какая существовала в СССР. Там должность Председателя Президиума Верховного Совета СССР (должность, похожая на должность президента) часто занимал человек, не обладающий высшей властью в стране. Например, при И.В. Сталине эту должность занимал М.И. Калинин. Вспоминают, что во время войны с Германией это был уже старый, больной старик, не имевший никакой власти, о котором мало кто знал за границей². Сегодня Лидер нации может позволить себе назначить на должность Президента РФ лично преданного ему человека, не боясь потерять верховную власть в стране. Основой отношений является договор, о котором постоянно говорит Лидер нации³. Должность Лидера нации, как и должность Государя Императора, замещается пожизненно. Он может ее потерять только в результате революции, такой как в России в феврале 1917 года или такой как в Ливии в 2011 году. Еще раз следует отметить, что юристы-позитивисты не желают видеть описываемых норм, однако в Средневековье все властные отношения в стране были основаны на вассальных договорах, а не на законодательстве. Россия остается верной старым и доказавшим свою действенность традициям.

Описанная преемственность формы правления, которая сопровождается изменением титула верховного правителя, имеет место во многих странах мира. Исследователи отмечают, что в Северной Корее фактически поддерживаются старые феодальные правовые обычаи осуществления верховной власти⁴. Но правитель Северной Кореи называется сегодня уже не ваном, а Президентом и Генеральным Секретарем Трудовой партии Кореи.

2. Преемственность в правовом закреплении формы правления в России порождает создание институтов власти, схожих с теми, что имели место в царской России. В.О. Ключевский отмечает, что Николай I пытался сам руководить всей громадной империей без всякого участия общества и поэтому должен был иметь собственную канцелярию⁵, которая называлась «Собственная его императорского величества канцелярия». В проекте об образовании данного учреждения было записано, что «она существует для производства дел, стекающихся к непосредственному самому государю императору усмотрению и разрешению, и дела в нее поступают единственно от его величества или не иначе, как с высочайшего соизволения через управляющего ею статс-секретаря. Есть ли возможность определить принадлежность самодержавной монаршей воли? Поэтому и нет возможности определить дела и порядок Собственной его императорского величества канцелярии⁶. Н.П. Ерошкин считает, что при Николае I канцелярия получила статус высшего учреждения, которое осуществляло контроль за деятельностью правительства, местных органов управления. Первый департамент канцелярии «превратился в управление кадрами бюрократии России» — пишет он⁷.

Аналогом Собственной его императорского величества канцелярии в России начала XXI века стала Администрация Президента РФ. Она так же создается Президентом РФ из лиц, которым он лично доверяет, как учреждение обеспечивающее осуществление его личной власти по управлению всеми делами страны. До 2008 года она осуществляла контроль за деятельностью всех органов власти, реализуя трансформацию принципа разделения властей в принцип разделения труда между органами единой власти, принадлежащей верховному правителю. Так же как канцелярия его императорского величества, Администрация Президента РФ взяла на себя кадровые функции и обеспечивала политику подбора кадров, лично преданных Лидеру нации. Это учреждение не подконтрольно никаким иным органам государства, кроме Президента РФ, и может свободно осуществлять политику замещения норм законов нормами политических доктрин, исходящих от Президента РФ, вводит определенные правовые обычаи, которыми должен руководствоваться государственный аппарат, создавать административные прецеденты. Например, никто не скрывает сложившегося правового обычая, в соответствии с которым выдвижение кандидата в члены Совета Федерации Федерального Собрания РФ регионами происходит только после согласования его с Администрацией Президента РФ⁸.

3. Механизм осуществления верховной власти правителя посредством квазипартийного объединения бюрократии и ее клиентелы (так называемой партии власти) был введен только в советском государстве, но успешно распространился во многих странах Азии и Африки. Господство коммуни-

¹ См.: Конституционный закон Республики Казахстан «О внесении изменений в некоторые конституционные законы Республики Казахстан по вопросам совершенствования законодательства в сфере обеспечения деятельности Первого Президента Республики Казахстан — Лидера нации».

² См.: *Андрес В.* Без последней главы // Иностранная литература. — 1990. — № 12. — С. 223.

³ См.: *Камышев Д.* Свет в конце тандема // Коммерсантъ-Власть. — 2011. — № 1—2. — С. 16.

⁴ См.: *Жебин А.З.* Эволюция политической системы КНДР в условиях глобальных перемен. — М., 2006. — С. 53.

⁵ См.: *Ключевский В.О.* Русская история: Полный курс лекций: В 2 кн. — Мн.; М., 2000. — Кн. 2. — С. 990.

⁶ *Ерошкин Н.П.* Российское самодержавие. — М., 2006. — С. 164.

⁷ Там же. — С. 164—167.

⁸ *Конфисахор А.* Парламент Ленобласти утвердил представителя главы региона в СФ // Коммерсантъ. — 2008. — 24 января. — С. 3.

стической квазипартии в России, а затем в СССР осуществлялось посредством навязываемого государством правового обычая. Нормы официального позитивного права вообще обходили вниманием этот вопрос. Конституции советского государства содержали полностью бездействующие нормы о власти Советов и как бы не замечали того, что верховный правитель осуществляет свою власть не через советские органы, а через аппарат квазипартии. Как уже отмечалось, только Конституция СССР 1977 года открыто признала верховенство КПСС над всей политической системой страны, а значит и над государством (ст. 6).

Деятельность самих властных органов квазипартии была урегулирована нормами, издаваемыми ее аппаратом. Часть принимаемых нормативных актов была открыта. Значительная их доля была засекречена и доводилась только до исполнителей. Часть норм квазипартии так же были декларативными. Например, Устав КПСС 1961 года утверждал, что руководящим принципом организационного строения партии является демократический централизм, означающий выборность всех руководящих органов, периодическую отчетность аппарата квазипартии перед рядовыми коммунистами. Фактически внутри квазипартии действовал принцип бюрократического централизма, предполагавший формирование всего аппарата организации сверху вниз и отчетность ниже стоящих руководителей перед выше стоящими. Это и позволяло превратить организацию в послушный инструмент власти верховного правителя.

Аппарат коммунистической квазипартии фактически выполнял функции государственных органов. Советские органы действовали как исполнительные органы при этом аппарате. Все законы СССР принимались сначала аппаратом квазипартии, и только потом оформлялись в виде правовых актов советскими представительными органами, которые были превращены в законорегистрционные органы. Аппарат квазипартии осуществлял кадровую политику, формируя так называемую номенклатуру.

Советский опыт управления страной через аппарат квазипартии только частично используется на современном этапе. Конституция РФ 1993 года содержит декларативную норму о равенстве всех общественных объединений (ч. 4 ст. 13). Фактически Президент РФ через подчиненные ему органы государства (в первую очередь, используя аппарат Администрации Президента РФ) воссоздал квазипартийное объединение бюрократии и ее клиентелы, которое использует административный ресурс своих членов. Оно получает преимущества на выборах органов власти всех уровней, ставит под свой контроль представительные органы власти и использует их для принятия решений, выгодных административному классу. Посредством Федерального Собрания РФ был принят ряд законов, существенно расширяющих полномочия Президента РФ. Так же как и в советский период, контроль квазипартии над представительными органами государства позволяет нейтрализовать их властные полномочия. Они превращаются в послушные инструменты принятия решений, исходящих от верховного правителя и его заместителей в регионах. Законы превращаются в пустые декларации. Например, Федеральное Собрание имеет право проводить парламентские расследования, но не использует его. Отчеты Правительства перед Федеральным Собранием уподобляются отчетам Генерального Секретаря ЦК КПСС на съезде квазипартии¹. Вместо того, чтобы представлять народ (как требует ст. 94 Конституции РФ), Федеральное Собрание становится представителем Лидера нации и Президента РФ. Послание Президента РФ принимается Федеральным Собранием как закон, который требует неукоснительного исполнения². Президент РФ использует Федеральное Собрание для того, чтобы нормы права, изложенные в виде политико-правовых доктрин, были превращены в нормы законов, конкретизирующих эти доктрины.

Конечно, власть квазипартии в современной России не идет ни в какое сравнение с властью КПСС. Но постепенно она расширяется.

4. Из всего вышесказанного очевидна преимущество в правовом регулировании создания и деятельность представительных органов разного уровня власти. В соответствии с Положением о губернских и уездных земских учреждениях от 1 января 1864 года³ начальник губернии и министр внутренних дел могли остановить исполнение всякого постановления земских учреждений, противного законам или общим государственным пользам (ст. 8). В 1906 году царь решил, что правовой обычай самодержавия обеспечит ему формирование послушной Государственной думы с участием крестьян. Но спецификой правового обычая является то, что он действует не до его официальной отмены государственными органами, а до того, как остается легитимным в сознании исполнителей. Первая и Вторая Государственная думы оказались не лояльными царю. Пришлось изменить избирательное законодательство⁴ для того, что сформировать состав думы, послушной верховному правителю.

¹ См.: Колесников А. Владимир Путин отчитался, как отчитал // Коммерсантъ. — 2009. — 7 апреля. — С. 1—3.

² См.: Шкель Т. Планом по Посланию // Российская газета. — 2006. — 17 мая. — С. 3.

³ См.: ПСЗ 2. — Т. XXXIX. — № 40457.

⁴ Манифест о роспуске Государственной думы, о времени созыва новой думы и об изменении порядка выборов в Государственную думу от 3 июня 1907 года // ПСЗ 3. — Т. XXVII. — № 29240.

Советские конституции, как уже отмечалось, содержали декларативные нормы о высшей власти советских представительных органов. Но по сложившимся правовым обычаям, они не имели никакой власти вообще, послушно утверждая решения, которые принимались аппаратом коммунистической квазипартии или даже исполнительными органами Советов. Фиктивный характер советских представительных органов обеспечивался контролем за их формированием со стороны аппарата коммунистической квазипартии. Депутатские должности распределялись между проверенными людьми и поддерживалась только видимость выборов.

Конституция РФ 1993 года, в отличие от советских конституций, ограничивает полномочия представительных органов в соответствии с доктриной о разделении властей (ст. 10). Но на деле, как уже отмечалось, действует правовой обычай единоначалия, в соответствии с которым Федеральное Собрание подчинено верховной власти Лидера нации, представительные органы в регионах зависят от наместника Лидера нации в регионе, при активном участии которого они формируются. «Карманный» характер представительных органов обеспечивается, как и ранее, с помощью законодательства о выборах, которое постоянно меняется для того, чтобы обеспечить нужные для правящей группы результаты голосования¹.

5. Более спорным является вопрос о преемственности сущности правовой системы России. В советский период доказывалось, что советская правовая система кардинально отличается от той, что была до нее. Автор данной статьи в своей монографии² пытается доказать, что советскую, досоветскую и современную правовую систему можно отнести к одному типу так называемых административных правовых систем, которые обеспечивают власть в стране административного класса, составляющего государственный аппарат. Внешние черты этого класса меняются. В царский период до XVII века высшим звеном этого класса было боярство. Затем при Петре I его сменили дворяне, которые за пользование землей должны были нести государственную службу. Право открыто закрепляло привилегированное положение дворянства. В конце XIX — начале XX века расширяются права иных групп общества, но дворяне сохраняют свои привилегии за счет корпоративной солидарности имеющей обычно-правовой и договорной характер. Они занимают высшие должности в государственном аппарате и при назначении на какие-либо государственные должности отдают предпочтение представителям своего сословия. Государство оказывает им поддержку в экономической сфере.

Советское право официально объявило об уничтожении сословий. Однако сразу после захвата власти большевиками, они начали формировать новый привилегированный класс чиновничества, ядром которого являлась партократия, называвшая себя авангардом пролетариата. Конституционные акты СССР твердили о равенстве всех граждан перед законом (ст. 34 Конституции СССР 1977 г.), а подзаконные акты устанавливали привилегии нового служилого класса в политической и экономической жизни общества. Нормы партийного права обеспечивали монопольное положение новой бюрократии при формировании государственного аппарата, в управлении государственными делами. С помощью норм уголовного права подавлялись всякие ростки оппозиционного движения в обществе. Отказ от участия в политической жизни страны без разрешения чиновников стал нормой обычного права для всего населения страны. Конституционные акты СССР закрепляли государственную собственность и монополию государства в сфере распределения общественного продукта. От имени государства права собственника и распределителя общественных благ реализовал административный класс. Критика общественного строя, обеспечивающего господство административного класса, рассматривалась как уголовное преступление: антисоветская агитация и пропаганда (ст. 70 УК РСФСР 1960 г.)³ либо как распространение заведомо ложных измышлений, порочащих советский государственный и общественный строй (ст. 190-1 УК РСФСР 1960 г.)⁴. Выделение привилегий, которые имел административный класс, обеспечивалось в значительной степени не писанным правом, а корпоративными нормами, действующими в рамках этого класса, внутри его кланов и клик.

Конституция РФ, казалось бы, порвала с прежней традицией. Она объявила о готовности государства равным образом защищать частную и государственную собственность (ч. 2 ст. 8), декларировала политическое многообразие и многопартийность (ч. 3 ст. 13), запретила навязывать какую-либо идеологию в качестве государственной или обязательной. Но почти двадцать лет жизни показали, что нормы писаного акта не могут конкурировать в России с нормами, исходящими от административного класса, во главе которого стоят так называемые чекисты⁵. Огромное количество административных барьеров, установленных в нормах законов и подзаконных актов, регулирующих экономические отношения делают

¹ См.: Денисов С.А. Возврат к свободным выборам в России // Российское право: образование, практика, наука. — 2009. — № 4 (57). — С. 62—64.

² См.: Денисов С.А. Административизация правовой системы. — Екатеринбург, 2005.

³ Ведомости ВС РСФСР. — 1962. — № 29. — Ст. 449; 1984. — № 5. — Ст. 168.

⁴ Ведомости ВС РСФСР. — 1966. — № 38. — Ст. 1038; 1982. — № 49. — Ст. 1821.

⁵ См.: Караганов С. Качели. Конфликт элит — или развал России? — М., 2008. — С. 161—291.

предпринимателей зависимыми от административного класса, который использует эту зависимость как для получения материальных привилегий, так и для укрепления своего политического положения. Действующие правовые обычаи, прецеденты и политические доктрины показывают, что в стране введена условная частная собственность и условное право на предпринимательство, типичное для феодальных отношений. Эти права можно реализовать, при наличии одобрения со стороны чиновников. Государственная власть и право собственности по-прежнему объединены в руках административного класса. Первое дело ЮКОСа создало правовой прецедент, который был правильно понят. Предпринимателям показали, что они не имеют право участвовать в политической жизни без разрешения бюрократии. Конституционные декларации о равенстве всех общественных объединений (ч. 4 ст. 13 Конституции РФ) не помешали создать привилегированное партеобразное объединение, выражающее интересы административного класса и его клиенты. Федеральный закон «О политических партиях»¹ создал препятствия для возникновения организованной оппозиции служилому сословию.

5. Преемственность мы можем наблюдать сегодня в правовом закреплении патерналистского характера Российского государства. До отмены крепостного права Российское государство опекало свое население в основном через помещиков и сельскую общину. В конце XIX — начале XX века Российское государство постепенно отказывается от своих патерналистских функций, что приводит к массовым недовольствам и, в конце концов, к революции. Советское государство почти полностью лишает население дееспособности. Оно отнимает весь произведенный им продукт, а затем распределяет его по своему усмотрению. Все превращаются в людей двадцатого числа, то есть становятся зависимыми от выдаваемой государством заработной платы, а иногда и карточек на продукты питания и различные товары первой необходимости. Население России можно сравнить с птенцами в гнезде, которые открыв рот, ждут, когда их покормят заботливые родители. Отказ от редиистрибутивной экономической системы в 1990-е годы вызвал острое недовольство значительной части населения, которое потребовало вернуть государство-кормильца. В начале XX века, по мере роста цен на энергоносители, Российское государство постепенно восстанавливает свои патерналистские функции. Оно увеличивает долю общественного продукта, которое изымается у населения в основном с помощью налогового права, усиливает контроль за крупными предприятиями и распределением получаемой ими прибыли. За счет этого удается увеличить государственные расходы даже в кризисные годы². Это делается под прикрытием реализации статьи 7 Конституции РФ о социальном государстве. Не только большинство населения, но и образованные люди в России не видят разницы между социальным и патерналистским государством³.

5. Господство административного класса в экономической, политической и духовной сфере позволяет ему поддерживать в обществе социальное неравенство. Люди делятся по своей полезности государству, как корпорации чиновников. Естественно, высшее социальное положение обеспечивается административному классу, который сам иерархизирован в зависимости от занимаемой должности. Как уже отмечалось, в царский период право закрепляло сословное деление общества. Высшим сословием являлось служилое дворянство. Вторым сословием являлось духовенство. Предприниматели входили в третье сословие. В советский период произошли некоторые изменения. Передача социального положения в обществе по наследству в основном была отменена. Все население должно было служить государству. Высшее положение в обществе заняла партократия, которая включала в себя служителей коммунистической идеологии, заменивших духовенство. На второй ступени социальной иерархии стояли управленцы, не занимавшие место в партийной иерархии. На третьей ступени находились рабочие крупных, особенно оборонных предприятий⁴. Еще ниже находилось крестьянство. До 1936 года дискриминация крестьян в избирательном праве носила открытый характер. Их норма представительства в Советы рабочих и крестьянских депутатов была в 5 раз меньше, чем у рабочих (п. «а» ст. 53 Конституции РСФСР 1918 г.). В роли неприкасаемых находились бывшие представители господствующего класса, инакомыслящие (ст. 64 Конституции РСФСР 1918 г.).

В современной России восстанавливается иерархия более похожая на период царского времени. Высшее положение занимает бюрократия. Ее элитой являются люди, вышедшие из спецслужб⁵. На основе норм корпоративного права они занимают высшие должности в государственном аппарате, входят в советы директоров крупных компаний или включают туда своих родственников⁶. Ниже стоят предприниматели, опекаемые бюрократией (клиентела). Дискриминации подвергаются лица, вступающие в

¹ Собрание законодательства РФ. — 2001. — № 29. — Ст. 2950; 2002. — № 12. — Ст. 1093; № 30. — Ст. 3029; 2003. — № 50. — Ст. 4855; 2004. — № 52. — Ст. 5272; 2005. — № 30. — Ст. 3104; 2006. — № 29. — Ст. 3124; 2009. — № 14. — Ст. 1576; № 18. — Ст. 2155; № 20. — Ст. 2391; № 29. — Ст. 3633; № 51. — Ст. 6156; Российская газета. — 2010. — 8 июня.

² См.: *Акимов И.* Бюджет готов // *И. Акимов, Т. Леонтьева* // Российская газета. — 2009. — 30 апреля. — С. 1.

³ См.: *Кузнецов Ю.* Роковой выбор // *Отечественные записки*. — 2003. — № 3. — С. 46—55.

⁴ См.: *Кондратьева Т.* Кормить и править. О власти в России XVI—XX вв. — М., 2006. — С. 94—116.

⁵ *Illarionov A.* The Siloviki in charge // *Journal of Democracy*. — 2009. — Vol. 20. Iss. 2. April. — P. 69—70.

⁶ См.: *Двояродный банк* // *Коммерсантъ*. — 2010. — 23 сентября. — С. 7.

конфликт с государственной бюрократией. Им отказывают в получении государственной поддержки, оказываемой по воле чиновников, их ограничивают в праве быть избранными в органы государственной и муниципальной власти, создают препятствия в их объединении и в деятельности их объединений.

Табель о рангах требовал, чтобы каждый имел экипаж в соответствии со своим чином (ст. 19)¹. В советское время и сегодня государство предоставляет должностным лицам служебный автомобиль, а иногда с мигалкой и особыми номерными знаками в соответствии с их чином.

6. Часто обращается внимание на преемственность закрепления формы государственного устройства России.

Царская Россия являлась империей, управляемой из столицы с помощью огромного централизованного аппарата. Управление губерниями осуществлялось с помощью назначаемых царем губернаторов. Они не были ответственны перед управляемым ими населением. Контроль за ними осуществлял Сенат, Министерство внутренних дел, Комитет министров². В результате реформ 1864 года в стране были созданы органы земского самоуправления, которым были переданы функции управления хозяйственными делами уезда и губернии (ст. 1 Положения о губернских и уездных земских учреждениях от 1 января 1864 г.)³. Выборные земские губернские собрания в вопросах формирования исполнительных органов имели больше власти, чем представительные органы субъектов Федерации России. Они сами формировали путем выборов из своего состава исполнительную власть — губернскую управу. Назначаемый царем губернатор осуществлял надзор за деятельностью земских органов власти. В.И. Ленин считал, что земства не играли значительной роли в управлении регионами и назвал их пятым колесом в телеге российской самодержавной власти⁴.

Советское государство объявило себя федеративным (ст. 2 Конституции РСФСР 1918 г., Конституция СССР 1924 г.). Однако, по мере укрепления личной власти И.В. Сталина самостоятельность субъектов федерации устраняется. Они управляются через руководителей партийных органов в регионах, фактически назначаемых вождем. Советские органы формируются под их контролем и находятся в полном их подчинении. Нормы конституции остаются пустыми декларациями. Реальное правовое регулирование осуществляется через нормы, вырабатываемые коммунистической квазипартией, укрепившиеся правовые обычаи и политические доктрины, исходящие от вождя партии. После Великой Отечественной войны И.В. Сталин попытался ввести в ООН представителей всех так называемых союзных республик СССР. С этой целью в Конституцию СССР была дополнена статья 18а, согласно которой суверенные союзные республики имели право вступать в непосредственные сношения с иностранными государствами, заключать с ними соглашения. Статья 18б давала каждой союзной республике право иметь свои воинские формирования.

Конституция РФ 1993 года так же объявляет Россию федеративным государством (ст. 1). Субъектом Федерации предоставляются достаточно широкие права издавать законы, формировать свои органы власти, формировать собственный бюджет (ст. 5, 66—79). По мере укрепления единоличной власти Лидера нации все конституционные нормы постепенно становятся фикциями. С помощью норм финансового права регионы постепенно лишаются финансовой самостоятельности и превращаются в просителей денежных средств из центра. Восстановление имперской системы управления страной через назначенных правителем наместников обеспечивает Федеральный закон «Об общих принципах организации законодательных (представительных) и исполнительных органов государственной власти субъектов РФ». В соответствие с ним глава региона фактически назначается Президентом РФ. Региональный представительный орган принуждается утверждать кандидатуру главы региона, навязываемую Президентом под угрозой его роспуска. Первый секретарь комитета коммунистической квазипартии в СССР так же назначался из Москвы и проходил процедуру выборов на съезде или конференции региональной партийной организации (ст. 45 Устава КПСС 1961 г.)⁵. Так же как губернатор в царский период, глава региона в современной России не отвечает за свою деятельность перед населением региона. Согласно Указу Президента РФ он отчитывается о своей работе перед Президентом РФ и Правительством РФ (Указ Президента РФ «Об оценке эффективности деятельности органов исполнительной власти субъектов Российской Федерации»⁶). Представительные органы регионов, которые уже трудно называть субъектами Федерации, стали похожи на земские учреждения при царе или бесправные Советы, что еще раз подтверждает, что обычное право в России имеет больший вес, чем писаное.

Изложенный материал доказывает, что Россия остается верной своим традициям государственного права, создавая только видимость перемен с помощью декларативных норм официального права.

¹ ПСЗ 1. — Т. VI. — № 3890.

² См.: *Щепетев В.И.* История государственного управления в России. — М., 2003. — С. 234.

³ ПСЗ 2. — Т. XXXIX. — № 40457.

⁴ См.: *Ленин В.И.* Полное собрание сочинений. — Т. 5. — С. 35.

⁵ XXII Съезд Коммунистической партии Советского Союза. Стенографический отчет. — М., 1962. — С. 249.

⁶ Собрание законодательства РФ. — 2007. — № 27. — Ст. 3256.

Т.Д. Зражевская

Зражевская Татьяна Дмитриевна — доктор юридических наук, профессор, заслуженный юрист Российской Федерации, заведующая кафедрой конституционного права России и зарубежных стран Воронежского государственного университета

Преемственность развития некоторых конституционных институтов в России

В науке конституционного права принцип преемственности¹ применяется, в основном, для анализа современного законодательства, а также законодательства советского периода и периода Российской империи; при исследовании исторических аспектов конституционно-правовых явлений². Это позволяет выявить связи между различными этапами или ступенями развития конституционно-правового явления; определить его сущность, которая состоит в сохранении тех или иных элементов целого или отдельных его характеристик при переходе к новому состоянию. Выступая одним из важнейших свойств правового регулирования, преемственность позволяет выявить глубинные связи изменения законодательства и оценить их с точки зрения системности и прогрессивности.

Формирование свободного демократического правового государства, концепции которого выработывались в мировой юридической науке десятилетиями, требует выявления «самобытности» преломления мировых общечеловеческих ценностей к российскому государству и обществу.

В посланиях Федеральному Собранию Российской Федерации на 2011 год Президент России назвал важнейшим показателем качества жизни людей это качество политической системы³ и призывал найти собственные пути к строительству демократического, свободного и справедливого общества и государства.

Преемственность позволяет учесть опыт процесса глобализации науки сравнительного конституционного права. Необходимо существенное расширение и углубление пределов конституционно-правового регулирования, совершенствование конституционных основ всех главных сторон общественной жизни в их взаимосвязи. Конституция в этом смысле становится универсальным актом, воздействующим на все общезначимые сферы жизни общества — социальную и экономическую области, политику, духовное состояние общества и его правовую жизнь⁴. Анализ законодательства в России позволяет выявить следующие тенденции и проблемы в преемственном развитии российской государственности:

1. Закрепление в конституционном законодательстве России постулатов правового государства (верховенство закона, гарантированность прав и свобод человека, разделение власти на законодательную, исполнительную и судебную и других) привело на практике к недооценке роли государства как регулятора и самостоятельного участника общественных отношений. В научной литературе больше внимания стало уделяться гарантиям прав человека и «конституционализму» как новому конституционно-правовому явлению, без выделения такой значимой составляющей как «государственность». Осуществляется критическое сравнение конституционных принципов и норм с реальностью. «В аспекте главы I «Основы конституционного строя» наблюдается огромная степень фиктивности, эклектичности и заимствования зарубежных конституционных форм при всей их нестыковке друг с другом и чужеродности отечественной конституционной почве. Девальвация конституционных ценностей неизбежно девальвирует саму роль конституционного права в системе российского права, принижает в его категориальном аппарате такие понятия, как народный суверенитет, народное достоинство, народное достояние, общенародная собственность, низводит роль государства до функции частного собственника. В результате многие авторы заговорили об утрате конституцион-

¹ Преемственность — связь между явлениями в процессе развития в природе, обществе и познании, когда новое, сменяя старое, сохраняет в себе некоторые его элементы. В обществе преемственность означает передачу и усвоение социальных и культурных ценностей от поколения к поколению, от формации к формации (См.: Советский энциклопедический словарь. — М., 1982. — С. 1050).

² См., например: Карагод Н.В. Преемственность и комплексность правового регулирования общественных отношений, связанных с обсуждением населения проектов правовых актов и вопросов местного значения // Конституционное и муниципальное право. — 2010. — № 2. — С. 5—9.

³ Послание Федеральному Собранию Российской Федерации. Текст выступления Президента РФ В.Путина перед депутатами Федерального Собрания в Кремле 10 мая 2006 года // Российская газета — 2006. — 11 мая.

⁴ См.: Эбзеев Б.С. Сравнительное конституционное право: размышления в связи с книгой профессора Р.В. Енгибаряна // Государство и право. — 2005. — № 3. — С. 117.

ным правом своей ведущей роли. Но соглашаться с концепциями принижения конституционного права не следует»¹.

В современных юридических энциклопедиях термин «государственный» применяется почти всегда как прилагательное к конкретным явлениям (власть, граница, дисциплина, должность, служба, собственность, тайна, имущество), нежели самостоятельный конституционный институт. Чуть ли не единственное исключение — определение «государственности» как особого признака, состояния развития определенного общественного образования (нации, группы народностей), сумевшего создать собственное государство, национальную правовую систему или восстановить эти институты, утраченные в силу различных причин².

Последние годы убедительно доказали, что ошибочно объявлять только права и свободы индивида как высшую ценность, существующую в обществе: **государственность — является такой же ценностью и достижением человеческой цивилизации**. И в этом — проявление преемственности российских государственных устоев.

Новый подход к конституционно-правовому регулированию развития российской государственности позволил сформировать ряд институтов, которые укрепили вертикаль власти, систему основ конституционного строя с целью обеспечения «баланса публичных и частных интересов».

Изменился принцип формирования Государственной Думы Федерального Собрания РФ: переход на выборах к полной пропорциональной системе³ позволяет значительно усилить развитие многопартийности, осуществление взаимного контроля и ответственность партий за проводимые реформы в стране, повысить эффективность работы палаты и депутатов в законотворческой деятельности.

Начинает осуществляться избирательная реформа в субъектах Федерации: реализуются новые требования федерального законодательства⁴ о введении пропорциональной системы выборов, в результате чего во многих субъектах Федерации начинает применяться смешанный тип избирательной системы. Сегодня возникает необходимость создавать в региональных парламентах систему представительства местного самоуправления, что возможно путем создания двухпалатного парламента.

Важнейшим проявлением преемственности законодательства как фактора укрепления государства является единство исполнительной власти, закрепленное в статье 77 Конституции Российской Федерации. В целях обеспечения совместной деятельности Федерации и ее субъектов, единства государственной власти и последовательного развития федерализма была изменена процедура формирования исполнительных органов власти. Согласно новой редакции статьи 18 Федерального закона «Об общих принципах организации законодательных (представительных) и исполнительных органов государственной власти субъектов Российской Федерации», предложение о кандидатуре высшего должностного лица субъекта Федерации (руководителя высшего исполнительного органа государственной власти) вносится Президентом России в законодательный (представительный) орган государственной власти субъекта РФ. Перед внесением этого предложения Президентом Российской Федерации проводятся соответствующие консультации по кандидатуре. Законодательный (представительный) орган государственной власти субъекта Российской Федерации рассматривает представленную Президентом Российской Федерации кандидатуру высшего должностного лица субъекта Российской Федерации (руководителя высшего исполнительного органа государственной власти субъекта Российской Федерации). Решение этого законодательного (представительного) органа о наделении гражданина Российской Федерации полномочиями высшего должностного лица субъекта Российской Федерации считается принятым, если за него проголосовало более половины от установленного числа депутатов.

Данное изменение законодательства неоднозначно было оценено в конституционной среде; вызвало обращение в Конституционный Суд РФ пятидесяти восьми граждан; а принятое постановление по данному вопросу⁵ не «поставило точку» в научном споре, обусловив даже «особые мнения судей»⁶. Причиной такой ситуации, на наш взгляд, является традиционность в выражении сущности государст-

¹ См.: Боброва Н.А. Конституционный строй и конституционализм в России. — М., 2003. — С. 20—21.

² Конституционное право России. Энциклопедический словарь / Под ред. Червонюка. — Юрид. лит.-ра, 2002. — С. 58—59.

³ Федеральный Закон от 18 мая 2005 года № 51-ФЗ «О выборах депутатов Государственной Думы Федерального Собрания Российской Федерации» // Собрание законодательства РФ. — 2005. — № 21. — Ст. 1919.

⁴ Федеральный закон от 6 октября 1999 года № 184-ФЗ «Об общих принципах организации законодательных (представительных) и исполнительных органов государственной власти субъектов Российской Федерации» (с изм.) // Собрание законодательства РФ. — 1999. — № 42. — Ст. 5005.

⁵ Постановление Конституционного Суда РФ по делу о проверке конституционности отдельных положений Федерального закона «Об общих принципах организации законодательных (представительных) и исполнительных органов государственной власти субъектов Российской Федерации» в связи с жалобами ряда граждан // Вестник Конституционного Суда РФ. — 2006. — № 1. — С. 49—64.

⁶ Там же. — С. 65—75.

венной власти, которая в современный период приобретает новую парадигму, а следовательно, и нуждается в разработке не только теоретической, но и конституционно-правовой наукой.

2. Государственная власть — явление многогранное, определяемое в литературе как организованное руководство делами общества со стороны государства и его органов. Суть государственной власти выражается в принятии актов (совершении действий), имеющих государственно-обязательную силу, обеспечиваемых авторитетом, организационными мероприятиями, а при необходимости и принуждением со стороны государства¹. Такой подход к сущности государственной власти (несмотря на общепризнанные конституционные институты референдума и выборов) исключает из реально действующей политической системы другие не менее (а иногда и более) важные институты народного представительства. В Послании Федеральному Собранию Президент Российской Федерации подчеркнул, что без зрелого гражданского общества невозможно эффективное решение насущных проблем людей.

В новом тысячелетии понимание сущности и форм государственной власти в России постепенно меняется. Для науки конституционного права чрезвычайно важна тенденция определения государственной власти как **системы деятельности народа**, составляющих его общностей и индивидов, а также создаваемых ими органов по осуществлению принадлежащих им публичных прав, свобод, предоставленных полномочий и возложенных обязанностей, выражающих их социальные качества и потребности. Это означает необходимость активной разработки конституционных основ организационно-правовых механизмов гражданского общества, посредством которых источник власти — народ — становится реальным субъектом правоотношений (обладающим конкретными правомочиями, обязанностями, ответственностью).

Принцип преемственности требует, чтобы гражданское общество, его правовое регулирование соответствовало высшим требованиям справедливости и свободы. Именно в конституционном праве должны быть отражены функциональные характеристики гражданского общества. Они связаны с тем, что основой функционирования такого общества является не просто создание определенного поля (пространства) реализации частных интересов, формально-юридически независимого от государственной власти, но достижение высокого уровня самоорганизации, саморегуляции общества. Основные функции по налаживанию совместной деятельности членов гражданского общества в отдельных сферах (предпринимательства и других форм экономической деятельности, семейных отношений, личной жизни и т. п.) должны осуществляться в этом случае не с помощью орудий и средств стоящей над обществом государственной власти как «особой публичной власти», а самим обществом на подлинно демократических, самоуправленческих началах, а в сфере рыночной экономики — прежде всего на началах экономической саморегуляции. В этом плане «новая» функциональная характеристика гражданского общества, преемственно отражающая идеи российского законодательства, заключается не в том, что государство великодушно «уступает» определенную сферу частных интересов самому обществу, «отдает» ему на откуп решение тех или иных проблем. Напротив, само общество, достигая нового уровня своего развития, приобретает способность самостоятельно, без вмешательства государства осуществлять соответствующие функции. И в этой части уже не государство «поглощает» общество, устанавливая тотальные государственные формы руководства и контроля за развитием соответствующих сфер, а происходит обратный процесс «поглощения» государства гражданским обществом: возникает (по крайней мере в этих областях «гражданской жизни») примат гражданского общества над государством.

Институты гражданского общества как формы непосредственной демократии включаются в механизм реализации государственной (и местной) власти на разных уровнях, обеспечивая процессуальные механизмы агрегации воли индивидов в групповое решение, имеющее юридическое значение (юридический факт). К сожалению, непосредственная демократия так и не стала равноправной составляющей в системе осуществления государственной власти, что вызывает отчуждение последней от ее носителя.

Усложнение социальной организации общества влечет перестройку и его институционализацию: общество самоорганизуется с помощью таких институтов, как политические партии, массовые движения, профессиональные союзы, женские, молодежные организации, добровольные общества, творческие союзы, фонды, ассоциации и другие добровольные объединения граждан, создаваемые на основе общности их интересов. Однако несовершенство Федерального закона «Об общественных объединениях» создает много проблем для реального включения этих форм в развитие базиса гражданского общества. Преодолеть данное противоречие — важнейшая задача конституционно-правовой науки и практики.

3. Несколько более сложным принцип преемственности проявляется в тенденции совершенствования **баланса ветвей** государственной власти — законодательной, исполнительной и судебной. В ранее действующих конституциях России провозглашался принцип единства власти, что было обу-

¹ См.: Конституционное право. Энциклопедический словарь / Под ред. С.А. Авакьяна. — М., 2000. — С. 136.

словлено «руководящей и направляющей ролью КПСС». В Конституции РФ 1993 года (ст. 10) закреплен принцип разделения власти. При формировании обновленной двухуровневой системы законодательной, исполнительной и судебной ветвей власти на практике возникло не только разделение, но прежде всего — **обособление** ветвей власти. Принцип преемственности при разделении власти предполагает, что одновременно с разграничением предметов ведения и полномочий каждой из ветвей государственной власти должны были начать функционировать ее многообразные механизмы сдержек и противовесов: однако система последних оказалась явно недостаточной. Формы воздействия парламента на правительство сильно ограничены. Механизмы же координации всех ветвей власти в части получения конечных результатов деятельности государства в интересах всех категорий населения явно не получили своего конституционного развития.

Отсутствие законодательно закрепленных форм взаимодействия и взаимоконтроля между ветвями власти¹ позволяет бюрократизироваться государственному аппарату, несмотря на то, что конституционный принцип разделения власти означает не только рассредоточение, распределение, демополизацию власти, но и действительное, реальное, ее взаимное уравнивание в целях эффективного управления процессами экономического и социального развития субъекта Российской Федерации и в интересах его населения. Анализ решений Конституционного Суда РФ показывает, что в системе управления единым государством регулярно возникает **дисбаланс в реализации** властных полномочий.

Поэтому принцип преемственности требует усилить конституционное регулирование взаимодействия всех ветвей власти при четком определении компетенции каждой из них. В том числе, выделить конституционно форму осуществления власти Президента, которая до настоящего времени формально не относится ни к одной из ветвей государственной власти, расширив ее правовую характеристику как формы обеспечения согласованного функционирования и взаимодействия органов государственной власти в России.

4. Федеративное устройство России требует особенно тщательной реализации принципа преемственности в форме становления двухуровневой системы государственной власти, обеспечения децентрализации не только в верхних федеральных эшелонах государственной власти, но и в субъектах Федерации.

Конституция РФ в статье 5 предусмотрела сочетание принципа разделения властей с принципом разграничения предметов ведения и полномочий между федеральными органами государственной власти и органами государственной власти субъектов Федерации. Такое разграничение осуществляется, прежде всего, Конституцией РФ путем определения предметов ведения (как исключительных, так и совместных).

Важнейшим средством разграничения властных полномочий Федерации и субъектов Федерации является Федеративный договор от 31 марта 1992 года в части, не противоречащей Конституции, а также заключение иных Договоров и соглашений, на основе принципов, предусмотренных новой редакцией Федерального закона «Об общих принципах организации законодательных (представительных) и исполнительных органов государственной власти субъектов Российской Федерации».

Реализация статей 71, 72 и 73 Конституции явилась основой для такого первичного разграничения предметов ведения между РФ и ее субъектами. Но заключаемые договоры между ними, к сожалению, не достигли своей цели, поскольку требовали, помимо политического решения, итеративных координирующих действий многих отраслевых органов исполнительной власти, высокой квалификации юридических служб и ответственности при их реализации. В результате подавляющее большинство договоров завершили свое действие, не исчерпав своей правовой потенциал. Преемственность диктует необходимость возродить именно этот резерв правового регулирования, который может наладить реальные каналы взаимодействия органов государственной власти Федерации и субъектов в целях эффективного управления.

Практика Конституционного Суда РФ выявила множество нестыковок не только между федеральными органами государственной власти РФ, но и между органами государственной власти субъектов Федерации. К этим вопросам присоединяется, по словам Президента, «нечеткость в разграничении полномочий с региональными органами власти, а также неопределенность в том, за что именно должны отвечать государственные органы, а за что — органы местного самоуправления». Провозглашая правомерность договорных отношений между Российской Федерацией и ее субъектами, а также между государственными органами Российской Федерации и органами государственной власти субъектов Российской Федерации, между органами государственной власти субъекта Федерации и органами местного самоуправления о передаче (наделении) той или иной части государственных полномочий,

¹ Регулирование осуществляется, в основном, подзаконными актами. См., например, Положение о порядке взаимодействия Президента РФ с палатами Федерального Собрания Российской Федерации в законотворческом процессе, утв. Указом Президента РФ от 13 апреля 1996 года № 549 (с изм.) // Собрание законодательства РФ. — 1996. — № 16. — Ст. 1842.

безусловно, должен быть поставлен вопрос об ответственности за неисполнение таких видов договоров (в целом или отдельной его части). Эти виды конституционно-правовых договоров сегодня и юридически, и фактически также регулируют механизмы конституционной ответственности. Поскольку конституционно-правовой договор является источником регулирования конституционной ответственности, целесообразно поставить вопрос о его обязательной ратификации законодательными (представительными) органами власти сторон заключаемого Договора.

Таким образом, очевидно, что отказ от принципа преемственности в конституционно-правовых институтах разрывает связь между различными этапами или ступенями развития государственно-правового явления. Правильная оценка и выбор законодателя в сохранении тех или иных элементов правового регулирования является предпосылкой сохранения целостности правового явления, совершенствования отдельных его характеристик при переходе к новому состоянию. Признание преемственности задач, решаемых сегодня наукой конституционного права, позволит повысить эффективность обеспечения государственности в России посредством реального привлечения гражданского общества к осуществлению властных полномочий, совершенствования баланса ветвей государственной власти и договорных связей между Российской Федерацией и ее субъектами.

А.А. Иванова

Иванова Анна Александровна — кандидат юридических наук, доцент кафедры гражданского права и процесса Нижегородского филиала Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики»

Преимственность как условие эффективности института конфискации имущества в противодействии коррупции

Проблемы, связанные с конфискацией имущества в уголовном праве, являются предметом научных дискуссий и диссертационных исследований на протяжении многих десятилетий. Актуальность выбранной темы подтверждается наличием множества изменений, которые претерпел данный правовой институт в законодательной и правоприменительной практике, особенно в последнее десятилетие.

Проведем краткий экскурс в историю конфискации имущества в России с целью анализа дефиниции в законодательстве и охвата санкций статей особенной части уголовных кодексов.

Статья 32 УК РСФСР 1922 года среди других мер «наказаний, налагаемых по Уголовному Кодексу» (относящимся к мерам социальной защиты), содержит конфискацию имущества — полную или частичную. Определение понятия раскрывается в статье 38: «конфискация имущества состоит в принудительном безвозмездном отчуждении в пользу государства всего или точно определенного судом имущества осужденного». В той же статье содержится перечень неотчуждаемого имущества. Конфискация имущества предусматривалась за преступления: государственные: 1) контрреволюционные — ст. 58—67; 2) против порядка управления — статьи 75, 76, 78—81, 85, 97, 99, 101, 102; должностные (служебные) — статья 114; нарушение правил об отделении церкви от государства — статьи 122, 123; хозяйственные — статьи 126, 129, 130, 134, 137, 139, 140; против жизни, здоровья, свободы и достоинства личности (преступления в области половых отношений) — статья 171; имущественные — статьи 181, 190, 191, 193; воинские — статьи 204—206, 210, 211, 213, 214. Причем, *конфискация всего имущества*, как правило, являлась дополнительной мерой к высшей мере наказания, к примеру, за контрреволюционные преступления (ч. 1 ст. 58 и др.), преступления против порядка управления (ч. 1 ст. 75 и др.). УК РСФСР 1922 года предусматривал конфискацию следующих видов имущества:

1) *конфискацию всего или части имущества*, эта мера являлась дополнительной к лишению свободы со строгой изоляцией или без таковой, например, за преступления против порядка управления (ч. 2 ст. 75, ст. 78); принудительным работам без содержания под стражей (например, ч. 2 ст. 79);

2) *конфискацию целиком или части товаров*, ввозимых из-за границы или провозимых за границу с нарушением правовых норм (ст. 97);

3) *конфискацию незаконно добытого, а равно орудий охоты или лова* (ст. 99);

4) *конфискацию скрытого имущества*, подлежащего регистрации, учету или передаче в государственные хранилища (ст. 102);

5) *конфискацию имущества организации* при нарушении правил об отделении церкви от государства (ст. 122, 123);

6) *конфискацию фальсифицированных предметов* (ст. 190).

Таким образом, конфискация имущества как дополнительная мера наказания включена в санкции статей глав с I по VII Особенной части УК РСФСР 1922 года и не входила лишь в главу VIII «Нарушение правил, охраняющих народное здравие, общественную безопасность и публичный порядок».

Статья 20 УК РСФСР 1926 года в числе мер социальной защиты судебно-исправительного характера называет конфискацию имущества, полную или частичную. Согласно классификации мер социальной защиты, приведенной в статье 23, конфискация имущества является дополнительной мерой, назначаемой только судом в случаях, предусмотренных УК (аналогичной, по существу, она была и в предыдущем УК РСФСР, хотя «дополнительной» не называлась). Дефиниция содержится в статье 40: «конфискация имущества состоит в принудительном и безвозмездном отчуждении в пользу государства всего или точно определенного судом имущества осужденного, являющегося его личной собственностью или долей в общей собственности». Данное определение почти полностью воспроизводит предыдущее из УК РСФСР 1922 года, лишь дополняя указанием на нахождение имущества в собственности осужденного. В той же статье содержится перечень имущества, не подлежащего конфискации. Анализируемая мера предусматривалась за преступления: контрреволюционные — статьи 58.2—58.9, 58.11; против порядка управления — статьи 59.2, 59.4, 59.5, 59.8—59.10, 59.12, 62, 63, 70, 79, 85, 86, 93, 94, 99—102, 104, 106, 107; должностные (служебные) — статьи 116, 117; нарушение правил об

отделении церкви от государства — статья 123; хозяйственные — статьи 129—131; против жизни, здоровья, свободы и достоинства личности — статья 155; имущественные — статьи 164, 167, 169, 171—173; нарушение правил, охраняющих народное здравие, общественную безопасность и порядок — статьи 182, 183, 188; воинские — статьи 193.8, 193.9, 193.17. УК РСФСР 1926 года предусматривал конфискацию следующих видов имущества:

1) *конфискацию всего имущества* (ч. 1 ст. 58.2, 58.3—58.9 и др.), *всего или части имущества* (ч. 2 ст. 59.2, ч. 1 ст. 59.5 и др.);

2) *конфискацию контрабандных товаров, специальных орудий контрабанды, транспортных средств* (ст. 59.9);

3) *конфискацию животных или предметов* при нарушении правил учета (ст. 70);

4) *конфискацию незаконно добытого, судов и орудий лова* (ст. 86);

5) *конфискацию подакцизных предметов* (ст. 100);

6) *конфискацию скрытого имущества* (ст. 188).

Таким образом, конфискация имущества включена в санкции большего числа статей всех без исключения глав Особой части УК РСФСР 1926 года (с I по IX) и предусматривалась за преступления, посягающие на все объекты, охраняемые уголовным законодательством. Следовательно, данный правовой институт получил дальнейшее развитие и более широкое применение.

Статья 21 УК РСФСР 1960 года в числе видов наказания называет конфискацию имущества, которая может применяться только в качестве дополнительного наказания, согласно статье 22. Определение понятия содержится в статье 35: «конфискация имущества состоит в принудительном безвозмездном изъятии в собственность государства всего или части имущества, являющегося личной собственностью осужденного», отличается от предыдущего из УК РСФСР 1926 года заменой «отчуждения» на «изъятие». Эта же статья содержит норму о применении анализируемой меры наказания, которая может быть назначена только за государственные и тяжкие корыстные преступления. УК РСФСР 1960 года в Приложении содержит перечень имущества, не подлежащего конфискации по приговору суда. Конфискация имущества предусматривалась за преступления: государственные — статьи 64—69, 72, 73, 77, 78, 84, 87, 88; против социалистической собственности — статьи 89—93, 101; против личной собственности граждан — статья 146; хозяйственные — статьи 153, 154, 156, 162—164, 166, 167, 169; должностные — статья 173; против порядка управления — статьи 199, 203; против общественной безопасности, общественного порядка и здоровья населения — статьи 208, 225—228; составляющие пережитки местных обычаев — статья 232.

Таким образом, конфискация имущества как дополнительная мера наказания включена в санкции статей восьми из двенадцати глав (I, II, V, VI, VII, IX, X, XI) Особой части УК РСФСР 1960 года.

Статья 44 первоначального варианта УК РФ 1996 года в числе видов наказания называет конфискацию имущества, которая может применяться только в качестве дополнительного вида наказания, согласно части 3 статьи 45. Определение понятия содержится в части 1 статьи 52: «конфискация имущества есть принудительное безвозмездное изъятие в собственность государства всего или части имущества, являющегося собственностью осужденного», отличается от предыдущего из УК РСФСР 1960 года отсутствием указания на форму собственности осужденного («личная»). Согласно части 2 статьи 52, «конфискация имущества устанавливается за тяжкие и особо тяжкие преступления, совершенные из корыстных побуждений». Перечень имущества, не подлежащего конфискации, предусмотрен уголовно-исполнительным законодательством Российской Федерации (ч. 3 ст. 52). Конфискация имущества предусматривалась за преступления: в сфере экономики: против собственности — часть 3 статьи 158, часть 3 статьи 159, часть 3 статьи 160, часть 3 статьи 161, части 1—3 статьи 162, части 2, 3 статьи 163, части 1, 2 статьи 164, в сфере экономической деятельности — часть 2 статьи 172, части 2, 3 статьи 174, часть 3 статьи 178, части 1—3 статьи 186, часть 2 статьи 187, части 2—4 статьи 188, статья 190, часть 2 статьи 191; против общественной безопасности и общественного порядка: против общественной безопасности — части 1—3 статьи 209, части 1—3 статьи 210, часть 3 статьи 221, части 3, 4 статьи 226, части 2, 3 статьи 227, против здоровья населения и общественной нравственности — части 2—4 статьи 228, части 2, 3 статьи 229; против государственной власти: против основ Конституционного строя и безопасности государства — статья 275, против государственной власти, интересов государственной службы и службы в органах местного самоуправления — часть 4 статьи 290.

Таким образом, в первоначальном варианте УК РФ 1996 года конфискация имущества как дополнительная мера наказания предусмотрена в санкциях лишь 24 статей из шести глав Особой части, не входит в санкции за преступления средней тяжести. Принцип применения анализируемого правового института за государственные, важнейшие должностные, хозяйственные, воинские и др. преступления, соблюдавшийся в первых трех уголовных кодексах, не сохранился в УК РФ 1996 года.

Приведенный анализ показал развитие правового института конфискации имущества: наличие преемственности в определении понятия, применение во все возрастающем масштабе (в первых трех УК РСФСР), охват объектов, охраняемых уголовным законодательством, заключающийся в защите жизненно важных интересов государства.

Статья 52 УК РФ «Конфискация имущества» утратила силу в соответствии с Федеральным законом от 8 декабря 2003 года № 162-ФЗ, заменившем эту меру наказания штрафом.

В настоящее время УК РФ закрепляет положения о конфискации имущества в главе 15¹ раздела «Иные меры уголовно-правового характера», согласно Федеральному закону от 27 июля 2006 года № 153-ФЗ. Выделяют три вида конфискации имущества¹:

а) первый вид конфискации закреплен в пункте «а» и «б» части 1 статьи 104¹ УК РФ. Согласно этим пунктам конфискации подлежат деньги, ценности и иное имущество, полученное в результате совершения так называемых конфискационных преступлений, упомянутых в пункте «а» части 1 статьи 104.1 УК РФ, и любые доходы от этого имущества, за исключением имущества и доходов от него, подлежащих возвращению законному владельцу. Конфискации также подлежат деньги, ценности и иное имущество, в которые имущество, полученное в результате совершения преступления, и доходы от этого имущества были частично или полностью превращены или преобразованы;

б) второй вид конфискации закреплен в пункте «в» части 1 статьи 104¹ УК РФ. Согласно этому пункту конфискации подлежат деньги, ценности и иное имущество, используемое или предназначенное для финансирования терроризма, организованной группы, незаконного вооруженного формирования, преступного сообщества (преступной организации);

в) третий вид конфискации закреплен в пункте «г» части 1 статьи 104¹ УК РФ — это конфискация орудия, оборудования или иных средств совершения преступления, принадлежащих обвиняемому.

Многие правоведы, в частности, специалисты в области уголовного права, депутаты Госдумы РФ считают необходимым более радикальные изменения законодательства, обозначения, что конфискация является именно уголовной мерой наказания².

Показателен тот факт, что у анализируемого правового института есть не только сторонники, но и противники. А.А. Матвеева приходит к выводу, что основные аргументы противников общей конфискации имущества заключаются в том, что она нарушает право собственности, предусмотренное Всеобщей декларацией прав человека 1948 года и Конституцией РФ 1993 года³, (следовательно, противоречит этим нормативно-правовым актам) и негативно сказывается на имущественном положении третьих лиц, в первую очередь членов семьи, и может способствовать совершению новых преступлений для восполнения утраченного имущества. Трудно не согласиться с А.А. Матвеевой в том, что исключение анализируемого правового института из Уголовного кодекса «создавало атмосферу неоправданной либерализации, граничащей с безнаказанностью преступников»⁴. Именно в российском либерализме в борьбе с преступностью (и, в частности, с коррупцией) усматривают одну из основных причин кризиса российской уголовной политики многие видные современные российские криминологи (А.И. Алексеев, В.В. Лунеев, В.С. Овчинский, Э.Ф. Побегайло)⁵.

Другим аргументом противников общей конфискации имущества является утверждение, что подобная норма содержится в Уголовно-процессуальном кодексе и Кодексе об административных правонарушениях.

Интересно мнение Председателя Конституционного Суда РФ В. Зорькина, который считает, что действующий в настоящее время институт конфискации имущества, признанного вещественным доказательством по уголовному делу, в соответствии с частью 3 статьи 81 УПК РФ, «не может подменить нормы уголовного закона, которая устанавливала бы конфискацию в качестве уголовного наказания», и далее — «урегулирование вопросов конфискации в сфере уголовного законодательства предполагает не просто восстановление исключенной статьи 52 УК в прежнем виде, а введение уголовно-правового института конфискации в новой редакции», соответствующей требованиям конвенций Совета Европы и ООН⁶.

Есть предложения заменить конфискацию имущества другими видами наказания. В частности, А. Кучерена считает, что кратный штраф как уголовная санкция за коррупцию «может оказаться более эффективным видом наказания, нежели конфискация имущества, поскольку имущество может быть

¹ См.: О реализации рекомендации Группы государств против коррупции (ГРЕКО) по введению в уголовное законодательство Российской Федерации понятия конфискации «in rem»: Информационная справка Комиссии по законодательному обеспечению противодействия коррупции // [http://sartracc.ru/i.php?oper=read_file&filename=Pub_inter/inbul\(10\).htm](http://sartracc.ru/i.php?oper=read_file&filename=Pub_inter/inbul(10).htm)

² См.: Депутаты РФ возвращают в Уголовный кодекс конфискацию имущества // <http://www.newsru.com/russia/19apr2006/confiscation.html>

³ См.: Матвеева А.А. Конфискация имущества в современном законодательстве Российской Федерации // Преступность и проблемы борьбы с ней / Под общ. ред. А.И. Долговой, В.И. Каныгина. — М., 2007. — С. 325.

⁴ См. там же. — С. 327.

⁵ См.: Мелешко Н.П. Некоторые криминологические проблемы совершенствования уголовного законодательства // Преступность, организованная преступность и проблемы безопасности / Под ред. А.И. Долговой. — М., 2010. — С. 198—200.

⁶ См.: Председатель КС призывает ускорить восстановление в УК РФ конфискацию имущества // <http://www.newsru.com/russia/09dec2005/reform.html>

записано на родственников, друзей»¹. Идею штрафа, кратного установленной сумме взятки, поддерживает Президент Д. Медведев: «...конфискация у нас не всегда проходит, и это достаточно сложная вещь с точки зрения уголовного права и процедуры, то кратный штраф может быть весьма и весьма эффективным». В связи с этим возникает вопрос, насколько подобная мера наказания соответствует целям Национальной стратегии противодействия коррупции и способна «искоренить причины и условия, порождающие коррупцию в российском обществе»?

У сторонников же есть свои контраргументы². Изменение характера анализируемого правового института привело к снижению эффективности его в качестве законодательной меры. Конфискация имущества носит необязательный характер. Существует конкуренция норм УК РФ и УПК РФ. Перечень преступлений, указанных в пункте «а» части 1 статьи 104¹ УК РФ, не претендует на оценку исчерпывающего в отношении тяжких и особо тяжких деяний, в том числе совершаемых с корыстным мотивом. Зачастую он подвергается жесткой критике, в том числе и из-за неполного охвата охраняемых уголовным законом объектов. В связи с этим имеется предложение законодателю заменить явно неполный перечень преступлений указанием на категорию и характер деяния, за которое следует предусмотреть конфискацию имущества.

Для примера оценим эффективность анализируемого института применительно к профилактике коррупционных преступлений.

Коррупционное правонарушение всегда совершается на основе сделки, субъектами которой являются корруптер (подкупающая сторона) и коррупционер (подкупаемая сторона). Проанализируем уголовную ответственность этих лиц.

Согласно статье 114 УК РСФСР 1922 года, «получение лицом, стоящим на государственной, союзной или общественной службе... взятки... карается лишением свободы на срок до пяти лет с конфискацией имущества или без таковой», при отягчающих обстоятельствах — «лишением свободы со строгой изоляцией на срок не ниже трех лет вплоть до высшей меры наказания и конфискацией имущества»; «лицо, давшее взятку... карается лишением свободы на срок до трех лет».

Часть 2 статьи 117 УК РСФСР 1926 года устанавливает ответственность должностного лица за получение взятки при отягчающих обстоятельствах в виде лишения свободы со строгой изоляцией на срок не ниже двух лет, с повышением вплоть до расстрела с конфискацией имущества. Согласно статье 118 УК РСФСР 1926 года, дача взятки наказывается лишением свободы на срок до пяти лет.

Часть 2 статьи 173 УК РСФСР 1960 года, содержащая квалифицирующие признаки, устанавливает наказание «должностного лица, занимавшего ответственное положение, либо ранее судившегося за взяточничество или получавшего взятки неоднократно, либо вымогавшего взятки» в виде лишения свободы на срок от пяти до десяти лет с конфискацией имущества или без таковой. Дача взятки наказывается лишением свободы на срок до пяти лет (ст. 174).

Часть 4 статьи 290 первоначального варианта УК РФ 1996 года предусматривает особо квалифицированный вид получения взятки (а) группой лиц по предварительному сговору или организованной группой; б) неоднократно; в) с вымогательством взятки; г) в крупном размере), такие действия наказываются

лишением свободы на срок от семи до двенадцати лет с конфискацией имущества или без таковой. Дача взятки наказывается лишением свободы на срок до восьми лет (ст. 291).

Таким образом, во всех уголовных кодексах в отношении взяткополучателей в качестве дополнительной меры наказания применяется конфискация имущества, действия взяткодателей наказываются лишением свободы, причем срок неуклонно возрастает (максимальный срок лишения свободы по УК РСФСР 1922 г. — 3 года, по УК РСФСР 1926 г. и 1960 г. — 5 лет, УК РФ 1996 г. — 8 лет). Преемственность в уголовном законодательстве такова, что правоприменительный механизм всю свою репрессивную силу направил на должностных лиц.

Эта тенденция сохраняется и в настоящее время. УК РФ по-прежнему содержит основания освобождения от уголовной ответственности, тем самым «покровительствует» взяткодателям, наделяя их либеральной привилегией. Данная буква закона противоречит его духу, ввиду чего уголовно-правовая норма становится коррупциогенной. Она не только стимулирует дачу взятки (ст. 291 УК РФ), но и безнаказанную провокацию получения взятки.

¹ Бирюкова Л. Антикоррупционная кампания отправлена на модернизацию // <http://www.gzt.ru/topnews/politics/-planu-po-/300240.html>

² См.: Матвеева А.А. Конфискация имущества в современном законодательстве Российской Федерации // Преступность и проблемы борьбы с ней / Под общ. ред. А.И. Долговой, В.И. Каныгина. — М., 2007. — С. 328—329; Тюнин В.И. Конфискация: возвращение в УК РФ // Преступность и проблемы борьбы с ней / Под общ. ред. А.И. Долговой, В.И. Каныгина. — М., 2007. — С. 334—339; Чибулаева С.А. Конфискация имущества в уголовном законе: продолжение перемен // Уголовно-политические, уголовно-правовые и криминологические проблемы с современной преступностью и коррупцией: Сборник научных трудов / Под ред. Н.А. Лопашенко. — Саратов, 2009. — С. 256; Конфискация имущества мейстером народа олигархам? (Интервью проф. Н.Ф. Кузнецовой) // Ваш тайный советник. — 2005. — 4 апреля.

О необходимости вернуть институт конфискации имущества в систему мер уголовного наказания высказываются ученые, правоведы, практики. К примеру, депутатами фракции «Единая Россия» предложены поправки в Уголовный кодекс¹. Суть законопроекта заключается в восстановлении статьи 52 УК РФ в качестве меры наказания, которая должна применяться в отношении лиц, совершивших преступления, отнесенные к категории «тяжких» и «особо тяжелых». При этом конфискации подлежат не только орудия совершения преступления, а также имущество: полученное преступным путем; доходы, полученные от этого имущества; используемое или предназначенное для финансирования организованной группы, преступного сообщества или участвующих в них лиц; имущество третьих лиц при условии, что лицо знало или могло знать либо должно было знать о незаконном приобретении, предназначении или использовании этого имущества.

Известный правовед, профессор А. Бастрыкин, Председатель Следственного комитета Российской Федерации, предлагает возобновить конфискацию имущества у осужденных и на эти средства обеспечивать защиту потерпевших и свидетелей². Кроме того, он выступил с предложением ввести в качестве меры противодействия коррупции обязательное представление деклараций чиновников о расходах³.

Заместитель Генерального прокурора РФ А. Буксман считает «институт конфискации имущества одним из наиболее эффективных способов противодействия коррупции, который должен быть возрожден», причем не только в отношении физических, но и юридических лиц за коррупционные преступления⁴.

В Госдуме РФ с участием Генпрокуратуры РФ рассматривают возможность введения конфискации имущества «in rem» в рамках статей УК РФ против коррупции. Данный институт «применяется в случаях, когда имущество физического лица во многом превышает источники его доходов и есть подозрения, что эти блага были нажиты преступным путем»⁵, в частности, за счет коррупции, предусматривает обязанность доказывания законности происхождения имущества его владельцем. Конфискация имущества «in rem» соответствовала бы международным правовым нормам (Конвенции ООН против транснациональной организованной преступности 2000 г., Конвенции ООН против коррупции 2003 г.) и явилась бы еще одной мерой противодействия коррупции. В настоящее время предложения о введении данного института содержат определенные противоречия, а также неопределенность формы его практической реализации⁶.

В настоящее время конфискация имущества применяется лишь по трем статьям УК РФ, касающимся коррупции, — злоупотребление должностными полномочиями (ст. 285), коммерческий подкуп (ст. 204) и получение взятки (ст. 290). Для повышения эффективности антикоррупционного законодательства необходимо расширить сферу применения данного института.

На современном этапе существование России во многом зависит от успешности борьбы с коррупцией. Анализируя незащищенность жизненно важных интересов общества и государства, профессор В.С. Овчинский резюмирует, что правового института воздействия на коррупцию нет⁷. Совершенствование законодательной и правоприменительной практики в отношении института конфискации имущества способно кардинально изменить ситуацию к лучшему.

¹ См.: Идут за имуществом. Депутаты возвращают конфискацию в Уголовный кодекс // Коммерсантъ. — 2005. — 11 февраля.

² См.: Бастрыкин А. Необходимо вернуться к институту конфискации имущества // РИА Новости. — 2010. — 8 апреля.

³ См.: Ямшанов Б. Чиновников пустят в расход // Российская газета. — 2010. — 9 сентября.

⁴ См.: Генпрокуратура РФ предлагает возродить институт конфискации // РИА Новости. — 2008. — 2 июля.

⁵ См.: Шарпаева Е. Вводить ли в России конфискацию имущества «in rem»? Дискуссия в Думе // Право.Ru. — 2010. — 1 июня.

⁶ См.: О реализации рекомендации Группы государств против коррупции (ГРЕКО) по введению в уголовное законодательство Российской Федерации понятия конфискации «in rem»; Смирнов А.В. Какие изменения может претерпеть институт конфискации имущества // Уголовный процесс. — 2010. — № 10; Корня А. Докажите, что не украли / А. Корня, Н. Костенко // Ведомости. — 2010. — 3 июня.

⁷ См.: Овчинский В.С. Глобализация как мировая криминальная революция // <http://www.dynacon.ru/content/articles/383/>

В.Б. Исаков

Исаков Владимир Борисович — доктор юридических наук, профессор, заслуженный юрист Российской Федерации, заведующий кафедрой теории права и сравнительного правоведения Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики», член Союза писателей

Преемственность правовых норм в сфере технического регулирования¹

Юристы привыкли понимать под нормами положения традиционных отраслей права — гражданского, уголовного, семейного, трудового, экологического и т. д. Но при внимательном рассмотрении выясняется, что существует целый мир иных норм — технических норм и правил. Причем, чем более сложной и высокоорганизованной становится человеческая цивилизация, чем больше она опирается на разработанные человеком технические системы, тем большее значение приобретает знание и соблюдение технических норм.

Понятие и значение технических норм

Казалось бы, какие проблемы: вот стандарты, вот технические регламенты. Это и есть технические нормы. Хорошо. Понятно. А правила пользования лифтом: это какая норма — техническая или юридическая? А правила пользования метрополитеном? Правила изготовления пылесоса — техническая или юридическая? А правила пользования этим пылесосом? А гарантия изготовителя на этот пылесос? Правила стерилизации хирургического инструмента — это техническая или юридическая норма? А обязанность хирурга вымыть руки перед операцией? А правило гигиены мыть руки перед едой? Правила приготовления пищи для столовых и буфетов с жестко установленной рецептурой каждого блюда — это технические нормы или юридические? А кулинарный справочник «О вкусной и здоровой пище»? Мы видим из этого ряда примеров, что технические и юридические нормы очень тесно переплетаются между собой. Одни технические нормы носят юридический характер, другие — не имеют юридической формы, выступают как обычаи, традиции, нормы культуры.

Итак, технические нормы — это некие нормы и правила, которые обслуживают процессы производства. Тогда второй вопрос: а почему мы считаем эти нормы юридическими? Собственно, что в них юридического? Если хотя бы часть технических норм носит юридический характер, означает ли это, что все принципы и подходы, принятые в юридической науке, справедливы и для технико-юридических норм? Могут ли эти нормы быть императивными и диспозитивными? Не только конкретными, но и абстрактными? Какими санкциями защищаются технические нормы? Как выглядит механизм их реализации, защиты и поддержки? И тут выясняется, что у технических норм масса особенностей, отличающих их от других юридических норм.

Существует точка зрения, что в современном мире резко повышается роль технических средств регулирования поведения людей. Мобильная связь позволяет проследить передвижение человека. Банковская карточка — проникнуть в его доходы и расходы. Электронный паспорт — проследить и при необходимости ограничить въезд и выезд. Электронная цифровая подпись — обеспечить рыночные операции и налогообложение. В перспективе (уже реализовано в некоторых странах, например, в Сингапуре) электронным ключом можно закрыть для человека любые двери и он никуда не сможет войти.

Сегодня в России продолжается реформа технического регулирования, которая является одним из условий нашего вступления в ВТО. Реформа сложная, многоплановая, давшая далеко не однозначные результаты. Вот оценка Президентом Российской Федерации Д.А. Медведевым текущего состояния технического регулирования в России на заседании Госсовета в Ульяновске, 24 ноября 2009 года:

«И в отношении технического регулирования... Здесь беда какая-то просто, я просто не знаю, что делать с этим. Не знаю, может, распустить эти органы наши по техническому регулированию? Когда я работал в Правительстве, мы как-то эту тему закрутили. Было принято определенное количество технических регламентов, и сейчас они принимаются, но это все равно слезы по количеству. (...) Надо новые правила эти создавать. Вопрос в том, как? (...) Может быть, отказаться от этого закона? Он не работает. Когда я был в Правительстве, с Сергеем Борисовичем [Ивановым] мы вместе этим занима-

¹ Статья написана на основе установочного доклада, прочитанного автором на деловой игре «Взаимодействие юридических и технических норм в экономике России»: Московская область, Голицыно, 31 января — 4 февраля 2011 года.

лись, он тоже помнит. Наша попытка создать стройную систему технического регулирования ничем не закончилась. Мы не можем принять эти решения в том порядке, в котором это вытекает из закона. (...) [Мы]... создали стройный на первый взгляд законопроект, посвященный этому, где были общие регламенты, вводимые в действие через Федеральное Собрание; более специальные регламенты, которые вводятся, по-моему, Президентом, еще часть регламентов вводится Правительством. В результате все между пальцами ушло. Я не знаю, мне кажется, лучше уж тогда это отдать какому-нибудь ведомству одному, и пусть оно все это сделает, и у нас будут на столе эти регламенты. Возьмут правила Евросоюза, надлежащим образом их обработают, скомпилируют и выпустят, наконец, потому что, мне кажется, это будет бесконечно продолжаться. Государственная Дума с этим не справится... Еще раз, завершая разговор на эту тему, я предлагаю в короткие сроки Правительству вместе с Администрацией Президента оценить, что нам делать с этим законом и предложить радикальные меры по изменению правил, касающихся издания норм технического регулирования, технологических регламентов. Они должны выходить на порядок быстрее»¹.

Признаки технических норм

Приведенная оценка положения в области технического регулирования в России свидетельствует о том, что соотношение технических и юридических норм — крайне непростая проблема, и в ней следует, по возможности, основательно разобраться. На первом шаге, естественно, требуется определить предмет разговора, понять, о чем пойдет речь. Другими словами, необходимо очертить границы, явления, определить признаки технических норм. Основные из них — следующие.

Нормативность. Одним из главных признаков технических норм является то, что они представляют собой нормы — общеобязательные правила поведения. Нормативность означает, что техническая норма рассчитана на неопределенный круг случаев и неопределенный круг лиц. Что такое «правило», что мы понимаем под этим понятием? Правило поведения — это, по существу, некоторый алгоритм, некоторая программа поведения, которая «включается» в ситуации, обозначенной юридической нормой. Нормативность — общий признак технических и юридических норм, это то, что их сближает. Ну а какие признаки составляют отличительные особенности технических норм?

Социальный источник. Технические нормы отличаются от других социальных норм по своему социальному источнику. Их особенность — природная и техническая детерминированность. Эти нормы отражают познанные человеком объективные закономерности природы и закономерности функционирования второй природы — техники. Очевидно, что правовые нормы в этом смысле — не одинаковы. Одни — находятся «дальше» от природы, процессов производства, науки и техники. Например, нормы судопроизводства, банковского, страхового законодательства. Это «вторая» или даже «третья природа», созданная человеком. (Хотя, как сказать: нормы судопроизводства основываются на общих принципах управления, изучаемых кибернетикой; нормы страхового, пенсионного права управляются статистическими закономерностями, зависят от актуарных расчетов). Другие нормы — явно «ближе» к природе, непосредственно вытекают из закономерностей природы и основанных на них правил техники. Это и есть «технические нормы».

Политическая нейтральность. Поскольку они напрямую зависят от закономерностей природы и техники, сами по себе технические нормы политически нейтральны. Но из этого отнюдь не следует, что они не могут быть объектом политики. Могут, разумеется, и еще каким! Например, технические требования по шуму — один из барьеров для продажи российской авиационной техники за рубежом. Использование хлора — препятствие для поставки на российский рынок американских куриных окорчков. Наличие химических примесей — причина для запрета поставки молдавского вина и т. д. Другими словами, несмотря на политическую нейтральность, технические нормы весьма активно используются в торговой и экономической политике государств.

Зависимость от уровня развития научно-технического прогресса. С другой стороны, технические нормы напрямую зависят от уровня развития научно-технического прогресса. Например, Россия рада бы перейти на выпуск бензина по стандартам «евро-3» и «евро-4», однако уровень развития производства пока этого не позволяет. Россия вполне «доросла», чтобы отказаться от устаревших и неэкономичных ламп накаливания и перейти на современные экономичные источники света, но технических возможностей для этого пока нет. Любая страна заинтересована в том, чтобы устанавливать и поддерживать максимально высокие прогрессивные технические нормы. Тем самым она обеспечивает высокое качество жизни, экономию ресурсов, конкурентоспособность продукции на внешних рынках, подталкивает к закрытию старых неэффективных производств, стимулирует развитие науки и техники. Отсталые, устаревшие технические нормы, наоборот, действуют как тормоз науки и производства. Однако, в установлении «прогрессивных» технических норм следует проявлять осмотрительность и трезвый расчет. Поспешное введение прогрессивных, но не реальных для современного эта-

¹ <http://www.kremlin.ru/transcripts/6094>

па экономики технических норм может привести к тому, что промышленность «не потянет» этот груз и начнется массовое сворачивание производств, разорение предприятий. Это как раз тот случай, когда одно и то же лекарство в одних дозах — исцеляет, в других — убивает. Вот почему при установлении технических норм важно не только ориентироваться на разработки ученых и зарубежный опыт, но и внимательно прислушиваться к голосу реальной экономики.

Особый механизм нормообразования. Технические нормы отличаются от юридических норм по механизму нормообразования. Если «обычные» юридические нормы формируются в ходе государственной, управленческой, судебной и правоохранительной практики, то технические нормы формируются в ходе научно-познавательной и производственно-преобразующей практики. Соответственно, решающее влияние на изменение технических норм имеет экономическая, производственная, внешнеторговая практика, пример стран-лидеров технического прогресса, иногда — деятельность научных и инновационных структур и организаций.

Еще одно важное свойство технических норм — их элитарность. Технические нормы разрабатывает, продвигает и развивает преимущественно научно-техническая элита. В силу развития научно-технического прогресса, глубокой специализации ученых и практиков, существует иногда лишь несколько специалистов, способных компетентно оценить научно-техническое решение, знающих и понимающих, что в техническом регулировании — сегодняшний, завтрашний или послезавтрашний день. Поэтому вопросы технического регулирования бесмысленно решать голосованием. Они глубоко элитарны, доступны лишь узкому кругу специалистов.

Особые способы документального закрепления. Нормы законодательства выражаются на особом языке — языке права, который считается особым подстилем делового, официального языка. Язык законодательства отличается многими важными свойствами — особой терминологией, строгими (как правило) дефинициями, стремлением использовать простые и надежные лексические конструкции, не использовать неоправданную синонимиию, не злоупотреблять экспрессией и художественностью.

Технические нормы имеют особые формы закрепления, отличающие их от иных юридических норм. Это Регламенты, стандарты (СНИПы, САНПИНЫ, Технические регламенты, ГОСТы, ОСТы, ТУ), разновидностью технических норм являются классификаторы социально-экономической информации и т. д.

Широкое использование формул, графиков, рисунков, чертежей, мультимедиа. Язык технических норм существенно отличается от юридического языка. В технических нормах используется не только слова, термины, дефиниции, но и рисунки, графики, чертежи, формулы, мультимедиа. Язык технических норм рассчитан не на юристов, а в первую очередь на инженеров, командиров производства. Но и юристы при необходимости должны уметь понимать и применять технические нормы, уметь аргументировать, опираясь на технические нормы, свою правовую позицию в суде или арбитраже.

Особый механизм доступа к информации о технических нормах. В тех случаях, когда технические нормы принимаются в форме закона, указа или постановления правительства, они публикуются в тех же источниках, что и другие акты того же вида. Что же касается актов Росстандарта, ведомственных технических норм, то здесь ситуация несколько иная. Стандарты теоретически можно получить в общедоступной и бесплатной базе данных Росстандарта. Но в ней ничего не ищется. Эта база данных отсылает к платным базам данных, в которых, напротив, все ищется замечательно. Но расценки! Приведу два конкретных примера. За текст Общероссийского классификатора стандартов (ОКС) ОК 001-2000 объемом в 61 страницу запрашивается цена — 1062 рубля. Общероссийский классификатор информации об общероссийских классификаторах (ОКОК). ОК 026-2002 объемом в 21 страницу стоит еще дороже — 1132 рубля 80 копеек. Разумеется, специалисты-юристы немедленно найдут выход: все эти стандарты есть в базах данных «Гарант», «КонсультантПлюс» и «Кодекс». Но как быть с теми, кто не знаком с правовыми базами данных или не умеет с ними работать — то есть большинством рядовых граждан?

Здесь видится определенная проблема: научно-техническая информация (стандарты) носит официальный характер. Это — обязательные требования государства к производителям, обязанности, которые государство накладывает на них. Вместе с тем, это очень дорогая информация. Должна ли она предоставляться на коммерческих условиях или бесплатно? Как быть со стандартами саморегулируемых организаций, стандартами предприятий, которые разрабатываются ими самостоятельно? Должна ли и эта информация предоставляться бесплатно или она может предоставляться на коммерческих условиях? Не получится ли так, что эти виды официальной информации станут для кого-то дополнительными, а иногда и основным источником дохода?

Особенности санкций за нарушение технических норм. Технические нормы имеют еще одно важное отличие — санкции. Санкции исключительно ярко иллюстрируют двойственную природу технических норм. Как нормы юридические, технические нормы могут иметь санкции:

— уголовно-правовые (Уголовный кодекс Российской Федерации: статья 171¹ «Производство, приобретение, хранение, перевозка или сбыт немаркированных товаров и продукции»; статья 216 «Нарушение правил безопасности при ведении горных, строительных или иных работ»; статья 250

«Загрязнение вод»; статья 251 «Загрязнение атмосферы»; статья 252 «Загрязнение морской среды»; статья 254 «Порча земли»).

— административно-правовые (Кодекс об административных правонарушениях Российской Федерации, статья 9.2 «Нарушение норм и правил безопасности гидротехнических сооружений»).

— дисциплинарные (нарушение трудовых или служебных обязанностей).

— гражданско-правовые (снятие с обслуживания, лишение гарантии).

Одновременно технические нормы могут иметь и собственные «чисто технические» санкции, которые иногда именуют «санкциями природы», это недостижение цели и результата деятельности (молоко скисло, сметана пропала, марка стали не соответствует техническим требованиям и т. д.); прямые или побочные негативные последствия (пожар, взрыв, удар током, отравление и т. д.).

Классификации технико-юридических норм

Для того чтобы разобраться в системе технических норм и понять, что они собой представляют, нужно хотя бы кратко рассмотреть классификацию технических норм. Рассмотрим лишь четыре наиболее важных: по предмету регулирования, по источнику, по форме закрепления и по степени обязательности.

Классификация по предмету регулирования. Предмет технического регулирования определен в статье 1 Федерального закона «О техническом регулировании». Хотя данная норма далеко не бесспорна (о чем будет сказано ниже, когда речь дойдет до проблем реформы техрегулирования), на данном этапе мы будем ориентироваться на нее. Итак, в соответствии со статьей 1 Федерального закона «О техническом регулировании» все технические нормы можно подразделить на два больших класса: одни относятся к предметам (объектам) материального мира, другие — к процессам¹.

Нормы, относящиеся к объектам, в свою очередь, можно подразделить на относящиеся к собственно объектам (их свойствам, качеству, безопасности) и относящиеся к упаковке объекта (это другой, но тесно связанный с первым объект, которому в законодательстве о техрегулировании уделяется исключительное внимание).

Нормы, относящиеся к процессам также можно подразделить в зависимости от характера этого процесса. Федеральный закон «О техническом регулировании» относит к предмету этого закона такие процессы как проектирование (включая изыскания), производство, строительство, монтаж, наладку, эксплуатацию, хранение, перевозку, реализацию и утилизацию.

Далее в статье 1 перечисляются отношения, которые не регулируются Федеральным законом «О техническом регулировании»:

1) Требования к функционированию единой сети связи Российской Федерации, связанные с обеспечением целостности, устойчивости функционирования указанной сети связи и ее безопасности, отношения, связанные с обеспечением целостности единой сети связи Российской Федерации и использованием радиочастотного спектра, устанавливаются и регулируются законодательством Российской Федерации в области связи.

2) Действие настоящего Федерального закона не распространяется на социально-экономические, организационные, санитарно-гигиенические, лечебно-профилактические, реабилитационные меры в области охраны труда, федеральные государственные образовательные стандарты, положения (стандарты) о бухгалтерском учете и правила (стандарты) аудиторской деятельности, стандарты эмиссии ценных бумаг и проспектов эмиссии ценных бумаг.

3) Настоящий Федеральный закон не регулирует отношения, связанные с: применением мер по предотвращению возникновения и распространения массовых инфекционных заболеваний человека, профилактике заболеваний человека, оказанию медицинской помощи (за исключением случаев разработки, принятия, применения и исполнения обязательных требований к продукции, в том числе лекарственным средствам, медицинской технике, пищевой продукции);

4) Настоящий Федеральный закон не регулирует применение мер по охране почвы, атмосферного воздуха, водных объектов курортов, водных объектов, отнесенных к местам туризма и массового отдыха.

Отсюда вытекает очень важное следствие: существует целая система правового регулирования в области технических норм и Федеральный закон «О техническом регулировании» — не единственный регулятор в этой сфере. Как строится эта система? Что лежит в ее основе? Какие формы систематизации и кодификации в ней используются?

Классификация по юридическому источнику. Следующая классификация — по юридическому источнику. Таких источников видится три:

¹ Федеральный закон от 27 декабря 2002 года № 184-ФЗ «О техническом регулировании» (в ред. от 28 сентября 2010 года) (Собрание законодательства РФ. — 2002. — № 52. — Ч. 1. — Ст. 5140). Здесь и далее по тексту используется сокращенное наименование данного Федерального закона.

1) Международно-правовые акты. В силу глобализации процессов производства приобретает чрезвычайно важное значение. В некоторых новых отраслях (электросвязь, интернет) стандарты изначально носят международный характер.

К сожалению, в силу кризиса в экономике, науке и технике Россия крайне ограниченно участвует в разработке научно-технических стандартов, являясь не автором-разработчиком, а реципиентом технических норм, разработанных более продвинутыми в техническом отношении странами.

Серьезная проблема — взаимоотношение международных стандартов с национальными стандартами. Которые должны иметь приоритет в случае их конфликта? Можно ли сказать, что мир идет к диктату международных стандартов? Пора ли переходить на мировые стандарты или настаивать на своих технических стандартах хотя бы в отдельных сферах?

2) Нормативные правовые акты. Это основной инструмент национального технического регулирования. Здесь тоже произошли существенные изменения, но о них — несколько позже.

3) Акты органов Таможенного союза. Создание единой таможенной территории предполагает унификацию технических требований, по сути дела — унификацию трех национальных систем технического регулирования. Как это осуществить? Возможны разные варианты — постепенное сближение национальных систем либо установление технических норм решениями органов Таможенного союза. За основу принят второй вариант. Таким образом, не закончив реформу технического регулирования, Россия начинает новую реформу, связанную с образованием Таможенного союза и единой территории технического регулирования.

Классификация по форме закрепления. Следующая классификация — по формам юридических документов, в которых существуют и закрепляются технические нормы. таких форм несколько и они имеют определенные особенности. В их числе: регламенты, стандарты, своды норм и иные.

Классификация по степени обязательности. Наконец, технические нормы могут быть подразделены по степени обязательности — на обязательные и необязательные (добровольные).

Процедуры оценки соответствия

Технико-юридические нормы недостаточно установить, надо обеспечить их реализацию. Как, каким образом это делается? Очевидно, что разными путями и способами.

Прежде всего, сам производитель продукции должен знать и соблюдать технические нормы. За их соблюдением следят уполномоченные контролирующие органы, объединения товаропроизводителей (саморегулируемые организации), общества потребителей и т. д.

Оценка соответствия на предрыночной стадии. Вместе с тем, в механизме реализации технико-юридических норм есть такое важное звено, как подтверждение соответствия (ст. 20 Федерального закона о техрегулировании). Подтверждение соответствия существует в двух формах — обязательной и добровольной. Сертификация, в свою очередь, также может быть обязательной и добровольной. Наличие системы сертификации и относительно новой для нас системы декларирования соответствия — один из важных механизмов обеспечения безопасности и качества продукции, соблюдения товаропроизводителями технических норм на предрыночной стадии.

Оценка соответствия на стадии обращения продукции на рынке. Другая группа мер оценки соответствия — это меры контроля за качеством и безопасностью продукции на стадии ее обращения на рынке. Сюда относят государственный контроль, надзор, приемку объектов в эксплуатацию и т. д. Эта группа мер оценки соответствия в меньшей степени тормозит выпуск продукции на рынок, однако имеет и существенный недостаток — запаздывающую реакцию на выявленное нарушение и возможность причинения в связи с этим существенного вреда потребителям продукции.

Место технических норм в системе социальных норм

Попытаемся поставить следующий вопрос: каково место технических норм в системе социальных норм? От ответа на этот вопрос зависят две важных для нас вещи: во-первых, понимание соотношения правовых и технических норм и, во-вторых, понимание возможных форм систематизации технических норм.

Существует точка зрения, что не надо мудрствовать лукаво. Есть нормы правовые, нормы морали, нормы общественных организаций, нормы религиозные... Они отличаются по многим параметрам — сфере действия (предмету), механизму нормообразования, форме выражения и закрепления, санкциям и т. д. Технические нормы — просто одна из разновидностей норм в этом ряду. То есть это особая разновидность норм, выделяемых по их содержанию. Вот, собственно, и все.

С этим можно было бы согласиться, если бы не одно существенное обстоятельство: технические нормы могут существовать как в правовой форме, так и без нее. Стало быть, не так все просто в их взаимоотношениях. Между техническими и юридическими нормами существует «переходная зона», в которой нормы обладают одновременно признаками и технических, и юридических норм. Назовем эту «зону» технико-юридическими нормами.

В научной литературе высказана еще одна важная гипотеза. Известно, что юридические нормы, образующие институт, отрасль, правовую систему — это не просто конгломерат, а определенным образом организованный «агрегат» юридических норм. Основу института образуют нормы регулятивные, к ним примыкают нормы охранительные. Ряд норм регулируют отношения по существу и называются материальными, другие регулируют процедурные действия и именуются процедурно-процессуальными. Гипотеза заключается в следующем: в каждой отрасли права есть более или менее широкий слой «своих» технических норм. То есть образовательную деятельность обслуживают одни стандарты. Производственную — другие. Транспортную — третьи. Экологию и защиту природы — четвертые и так далее. Эта гипотеза нуждается в обсуждении. Но если с ней согласиться, то из нее вытекает очень важное следствие для систематизации законодательства: технические нормы не надо «тащить» в отдельные особые документы технического регулирования: их место — в комплексных отраслевых актах, к ним они тяготеют.

Реформа технического регулирования

Как и вся остальная наша жизнь, сфера технического регулирования за последние двадцать лет претерпела глубокие изменения. В определенных отношениях эти изменения были полезны и необходимы и продвинули нас на новые рубежи. Какие-то решения представляются ошибочными, поспешными, плохо проработанными, они оставили нас на прежних позициях, а в чем-то даже способствовали откату назад.

Первое: демократизация, устранение избыточного администрирования, приближение к требованиям ВТО. Одной из главных ключевых идей реформы технического регулирования была, бесспорно, идея демократизации в этой сфере, устранение «жесткой», негибкой системы администрирования, синхронизация российской системы технического регулирования с нормами и требованиями ВТО.

Логика в этом, бесспорно, есть. Если страна отказывается от «административного погоняла» во всех сферах, то почему это «погоняло» должно сохраниться в сфере технического регулирования? Тем более что, как всякое «административное погоняло», оно работало выборочно, не всегда компетентно, иногда — «засыпало» на долгие годы. Конечно же, локомотивом в развитии технического регулирования должен быть интерес производителя, и в еще большей степени — интерес потребителя продукции. Вопрос в том, как реализовать на практике эту правильную идею.

Второе: повышение юридической силы документов, устанавливающих требования к безопасности. Вторая ключевая идея реформы — повысить юридическую силу документов, устанавливающих требования к безопасности, принять технические регламенты в форме федеральных законов.

Предполагалась, на первый взгляд, довольно стройная система. Во главе — рамочный Федеральный закон «О техническом регулировании», определяющий основные понятия, систему технического регулирования. На его основе принимаются технические регламенты, примерно 60-70, которые закладывают основы технического регулирования. До принятия законов Правительство может принимать технические регламенты, которые имеют временный характер. Министерства и ведомства уже лишены права принимать нормативные акты технического характера. И далее — широкий слой норм, правил, стандартов, которые принимаются самими товаропроизводителями, их саморегулируемыми организациями, конкретными предприятиями и объединениями.

Замысел вроде бы стройный, но реализовать на практике его не удалось. К настоящему времени принято 7 технических регламентов в форме федеральных законов и дальнейшее принятие технических регламентов в форме законов приостановлено.

Почему? Для этого есть несколько причин. Не буду касаться внутренних противоречий, которые возникли внутри бизнеса: одним отраслям промышленности оказалась выгодна новая система регулирования, другим — прежняя. Для нас важно, что федеральный закон по ряду причин оказался абсолютно неприемлемой формой для технического регулирования. Прежде всего, предмет регулирования — отражение в производственных отношениях закономерностей природы и техники — оказался не очень подходящим для законов. «Законы природы» и «законы юридические» только на слух звучит одинаково — на самом деле это очень разная материя. Процедура принятия закона абсолютно не подходит для принятия актов технического регулирования: публичное обсуждение, политическая дискуссия, поправки от дилетантов, лоббирование... Закон — стабильная (отчасти — даже консервативная) правовая форма, а техническое регулирование требует подчас быстрых и компетентных изменений.

В Федеральном законе «О техническом регулировании» уже дважды вносились изменения, которые существенно сузили роль законов и существенно расширили роль правительства, министерств и ведомств.

Третье: широкое использование зарубежного опыта. Ни одна страна в современном мире не может жить «за железным занавесом», отгородившись от того нового, что рождает мировая практика, в том числе — мировая практика технического регулирования. Россия широко использует технические нормы, созданные в США, Европейском Союзе, Японии, других продвинутых в техническом отноше-

нии странах. Но, как и любое заимствование, использование чужих технических норм в отечественной практике должно быть весьма продуманным и осторожным.

Внесенные недавно в Федеральном законе о техническом регулировании поправки, допускающие существование одновременно различных режимов нормативно-технического регулирования с использованием норм любых стандартов — российских или зарубежных, существенно усилили правовую и производственную неопределенность деятельности отечественных производителей и потребителей продукции. К чему это приводит можно видеть на примере недавно пущенных в эксплуатацию на трассе Москва — Петербург скоростных электропоездов «Сапсан», изготовленных немецкой фирмой «Сименс».

Для них на трассе специально уложили новые рельсы — японские. Но после 40 тысяч км пробега были выявлены недопустимые дефекты колес поезда. Оказалось, профиль поверхности качения немецких колес существенно отличается от профиля поверхности японских рельсов, с которыми они взаимодействуют, так как изготовлены по несовместимым стандартам разных стран.

Российские же ГОСТы, которыми в данном случае пренебрегли, регламентировали исполнение колесных пар и рельсового пути как единой системы с учетом их динамического взаимодействия. Производители с озабоченностью отмечают, что ничем не ограничиваемая экспансия зарубежных стандартов в российскую практику чревата изгнанием с внутреннего рынка отечественной продукции, невзирая на ее качество¹.

Четвертое: минимизация вмешательства государства в деятельность субъектов хозяйствования. Одной из очевидных целей реформы техрегулирования было ограничение избыточной, по мнению авторов реформы, роли государства в этой сфере. Это прослеживается на нескольких моментах.

От качества — к безопасности. В советский период основной задачей технического регулирования считалось обеспечение качества продукции. Стандартизация рассматривалась как средство обеспечения необходимого, а чаще — высокого, соответствующего мировым стандартам, качества продукции. Эти средства решались как административными, так и уголовно-правовыми мерами (ответственность за выпуск нестандартной, некомплектной, недоброкачественной продукции и т. д.).

В 90-е годы, когда на рынок в условиях кризиса хлынула нестандартная, недоброкачественная продукция, в законодательстве, наряду с понятием *качества*, появилось понятие *безопасности* как одна из целей технического регулирования.

Закон «О техническом регулировании» завершает этот процесс. Государство официально уходит из сферы качества, относя ее практически полностью (за отдельными незначительными исключениями) к сфере деятельности самих предприятий и их саморегулируемых организаций. Но сохраняет за собой сферу установления обязательных требований к безопасности продукции.

От лицензирования и обязательной сертификации — к добровольной сертификации и декларации о соответствии. Это — другая очевидная тенденция современного законодательства о техническом регулировании. Постоянно сокращается количество лицензируемых видов деятельности. Характерно, что применительно к работам и услугам закон позволяет устанавливать лишь добровольные требования (хотя работы и услуги являются частью единого процесса производства).

Законодательство также ограничивает контрольно-проверочную деятельность государственных органов. (ФЗ «О защите прав юридических лиц и индивидуальных предпринимателей при осуществлении государственного контроля (надзора) и муниципального контроля»). К чему это может привести — показывает пример пожара в клубе «Хромая лошадь», повлекшего многочисленных жертвы. Одна из причин этого трагического происшествия — отсутствие надлежащего систематического контроля за противопожарным состоянием помещения клуба. По правильному ли пути пошел законодатель, постоянно ограничивая контрольно-проверочную деятельность государственных органов? Существуют, вероятно, и другие пути наведения порядка в этой сфере.

От широкого — к узкому определению объектов технического регулирования. Как уже отмечалось, Федеральный закон «О техническом регулировании» исключает из сферы действия данного закона «социально-экономические, организационные, санитарно-гигиенические, лечебно-профилактические, реабилитационные меры в области охраны труда». Считается, что все эти требования должны устанавливаться трудовым законодательством. Однако это создает возможность противоречий между техническими нормами и нормами трудового законодательства. Дискредитируемый ныне «советский подход», ориентированный на приоритет защиты жизни и здоровья трудящихся, был, как нам представляется, в данном случае вполне оправдан, а разрыв преемственности — нанес ущерб.

Ликвидация монополии государства на разработку системы обязательных требований. Современное законодательство о техническом регулировании сделало решительный шаг к демократизации процедур разработки технических регламентов. В соответствии со статьей 9 Федерального закона «О техническом регулировании» разработчиком проекта технического регламента могут быть: госу-

¹ Из «Обращения к Президенту Российской Федерации Д.А.Медведеву об отмене Закона «О техническом регулировании» // Промышленные ведомости. — 2010. — № 5—6.

дарственные органы, отвечающие за проведение государственной политики в той или иной сфере; предпринимательские структуры, в том числе саморегулируемые организации, заинтересованные в установлении технических норм и правил в своей сфере деятельности потребители, которым важно защитить свои права и интересы.

Законом установлена открытая публичная процедура, включающая в качестве обязательных этапов опубликование и публичное обсуждение проектов. Правда, предусмотрен и особый порядок, который задействуется в экстренных случаях. Общество участвует в разработке и экспертизе стандартов через технические комитеты, которые организуются на профильных предприятиях и организациях и регистрируются в национальном органе по стандартизации и техрегулированию.

На сайте Росстандарта зарегистрировано более 60 технических комитетов. Вроде бы, немало. Однако исследователи с сожалением констатируют низкую активность технических комитетов и отсутствие реальных мотивов вести сложную работу по разработке и совершенствованию отечественных стандартов.

Формирование единого экономического пространства внутри Таможенного союза предполагает единство подходов участников такого союза к вопросам технического регулирования. Россия, Белоруссия и Казахстан подписали ряд соглашений, направленных на формирование единой системы технического регулирования, в том числе «Соглашение об обращении продукции, подлежащей обязательной оценке (подтверждению) соответствия, на таможенной территории Таможенного союза». Данное Соглашение запускает процесс разработки единых технических регламентов и дает основания приостановить как подготовку, так и вступление в силу национальных регламентов в каждом из трех государств.

Как будут разрабатываться и приниматься новые регламенты? Каждый из них закрепляется за определенной страной — участницей Таможенного союза. Приоритет при этом отдается той, где уже есть аналогичный национальный нормативный акт или проект в высокой степени готовности. Ответственная за разработку сторона представляет разработанный ею документ в секретариат Комиссии Таможенного союза, и после одобрения профильными министрами трех стран он выносится на публичное обсуждение. Доработанный вариант утверждается комиссией из трех вице-премьеров.

Порядок простой и достаточно оперативный. Но нетрудно разглядеть в нем существенное уязвимое место — в нем практически не предусмотрен учет интересов бизнеса на ранних стадиях подготовки документа. То есть из одной крайности — предельной демократизации процесса техрегулирования мы шагнули в другую — ураганную спешку и решение всех проблем в узком кругу заинтересованных лиц.

О.Д. Калашников

Калашников Олег Дмитриевич — кандидат юридических наук, доцент кафедры криминологии, социологии и обеспечения прав человека Нижегородской академии МВД России

Преимственность права зарубежных государств как эффективное направление предупреждения преступности несовершеннолетних в Российской Федерации

Одной из функций современного российского государства, как отмечает профессор В.К. Бабаев, является охранительная функция¹, сущность которой заключается в охране прав и свобод граждан, общественных интересов и интересов государства посредством пресечения, предупреждения правонарушений и борьбы с ними².

Предупреждение преступлений, как отметил Президент РФ Д.А. Медведев на расширенном заседании коллегии МВД России 22 марта 2011 года, является первой и основной задачей, стоящей перед МВД России³.

Одним из приоритетных направлений борьбы с преступностью в настоящее время в Российской Федерации является предупреждение преступности несовершеннолетних.

Сотрудники МВД России ежегодно задерживают более одного миллиона несовершеннолетних за различные правонарушения. Кроме того, в нашей стране около одного миллиона беспризорных детей, два миллиона подростков неграмотны⁴.

В 2010 году несовершеннолетними или при их соучастии совершено каждое восемнадцатое преступление⁵.

В преступности несовершеннолетних в последнее время наблюдаются тревожные тенденции: она приобретает отчетливо выраженный насильственный, агрессивный и корыстный характер; продолжается ее «омоложение»⁶.

Предупреждение преступности несовершеннолетних — это деятельность государственных, общественных органов и отдельных граждан, направленная против преступности несовершеннолетних, с целью удержания ее на социально терпимом уровне, посредством устранения или нейтрализации порождающих ее причин и условий.

Для предупреждения преступности несовершеннолетних на общесоциальном уровне характерен весь комплекс мер экономического, политического, культурно-воспитательного характера, направленных на повышение социального и культурного уровня жизни граждан, в том числе несовершеннолетних и молодежи. Основными направлениями общесоциального предупреждения в настоящее время являются:

— социальная защита граждан, в том числе несовершеннолетних: создание дополнительных рабочих мест и, тем самым, снижение уровня безработицы, льготные условия трудоустройства несовершеннолетних и молодежи, повышение размера заработных плат, стипендий, пенсий, восстановление ранее функционирующей сети санаторно-курортных и оздоровительных учреждений⁷;

— повышение уровня культуры, необходимо ограничить демонстрацию в средствах массовой информации фильмов и передач с проявлением садизма, жестокости, насилия и вандализма, средствам массовой информации, активно участвующим в формировании духовных ценностей граждан, необходимо оказывать поддержку, особенно со стороны руководства регионов Российской Федерации;

— вытеснение стереотипов алкогольного общения как причины многих правонарушений⁸, совершаемых несовершеннолетними; пропаганда здорового образа жизни путем проведения в учебных

¹ Бабаев В.К. Теория современного советского права. Фрагменты лекций и схемы. — Н. Новгород, 1991. — С. 28—29.

² Бабаев В.К. Функции современного российского государства / В.К. Бабаев, С.В. Бабаев. — Н. Новгород, 2001. — С. 42.

³ Дмитрий Медведев принял участие в расширенной коллегии МВД России // <http://pda.kremlin.ru>

⁴ Обращение Министра внутренних дел России Р. Нургалиева и Председателя Общественного совета при МВД России И. Резника к гражданам России // Российская газета. — 2007. — 20 июня.

⁵ www.mvd.ru

⁶ Идрисова С.Ф. Уголовно-правовые и криминологические аспекты предупреждения преступности несовершеннолетних (на примере Удмуртской Республики) / С.Ф. Идрисова, Л.М. Дусяцкая. — Ижевск, 2008. — С. 18—20.

⁷ Бабаев В.К. Функции современного российского государства / В.К. Бабаев, С.В. Бабаев. — Н. Новгород, 2001. — С. 27.

⁸ Бабаев В.К. Правомерное поведение. Правонарушения // Общая теория права / Под общ. ред. В.К. Бабаева. — Н. Новгород, 1993. — С. 452.

заведениях различных культурных, спортивных мероприятий и т. д. В этой связи, заслуживают поддержки инициативы субъектов РФ, в которых приняты законы, ограничивающие продажу алкогольной продукции в вечернее и ночное время, а также в определенных случаях. Данные меры действуют в Республике Коми, Нижегородской области¹, Камчатском крае, ряде других регионов России, а также, в большинстве развитых зарубежных стран². В частности, в Нижегородской области не допускается розничная продажа алкогольной продукции с содержанием этилового спирта более 15 процентов объема готовой продукции для потребления на месте покупки с 22 часов до 10 часов. Запрещается розничная продажа алкогольной продукции в детских, образовательных и медицинских организациях; на всех видах общественного транспорта городского и пригородного сообщения; в организациях культуры, в физкультурно-оздоровительных и спортивных сооружениях. Не допускается продажа данной продукции также в местах массового скопления граждан³. Данные инициативы необходимо внедрять и в других субъектах Российской Федерации.

В перечень алкогольных напитков, запрещенных к продаже в вечернее и ночное время, необходимо включить и пиво, получившее широкое распространение в подростковой и молодежной среде⁴. Возможно, также проработать вопрос об увеличении возраста, с наступлением которого разрешается продажа алкогольных напитков, в том числе и пива, до 21 года, как это сделано в ряде зарубежных стран, например, в США:

— совершенствование правового просвещения и воспитания несовершеннолетних. Доведение правовой информации до несовершеннолетних должно начинаться как можно раньше, осуществляться более доходчиво, с учетом подростковой психологии, в эмоционально привлекательных формах⁵. Заслуживает поддержки и внедрения в других регионах России инициатива подразделения по делам несовершеннолетних ГУВД Нижегородской области, сотрудники которого издали уголовный комикс для школьников. В комиксах в доступной для детей форме разъясняются преступления, которые чаще всего совершают несовершеннолетние, приводятся санкции, за их совершение, а также даются практические рекомендации как не стать жертвой преступления. Яркие рисунки и легко запоминающиеся четверостишия сопровождаются в книге комментариями юриста⁶. Сотрудникам милиции необходимо регулярно проводить в школах открытые уроки по правовой тематике, организовывать совместно с руководством учебных заведений дни правовых знаний, с освещением их в средствах массовой информации⁷;

— возрождение оправдавших себя ранее и создание новых центров организованного досуга детей и подростков: кружков, секций, оздоровительных и трудовых лагерей и т. д. В этих целях необходимо использовать не только возможности государства, но и коммерческих структур, благотворительных организаций, общественных объединений и движений, религиозных конфессий. Важно установить жесткий контроль за использованием денежных средств, выделяемых на организацию досуга несовершеннолетних. Государству следует всячески поддерживать физических и юридических лиц, выделяющих денежные средства в дело помощи подросткам, оказавшимся в неблагоприятных жизненных условиях, малообеспеченным семьям, специальным учебно-воспитательным учреждениям, детским домам.

В Ульяновской области с начала года реализуются целевые программы «Комплексные меры профилактики правонарушений», «Дети и семья», «Молодежь», в результате реализации которых планируется провести инвентаризацию всех подростковых клубов, два миллиона рублей будут выделены за счет средств попечительского совета по спорту на восстановление и строительство спортивных площадок. Согласно данным программам при каждом образовательном учреждении региона откроют спортивные клубы. Каждый преподаватель физической культуры из областного бюджета будет получать ежемесячную доплату в размере одной тысячи рублей за обеспечение занятости детей и подростков во второй половине дня⁸.

Несмотря на важность общесоциального предупреждения, большое значение отводится специальным мерам, непосредственно направленным на предупреждение преступлений, совершаемых несовершеннолетними.

¹ Закон Нижегородской области от 1 июня 2005 года. № 67-З «О лицензировании розничной продажи алкогольной продукции на территории Нижегородской области» с изм. и доп. на 30 апреля 2009 года // Нижегородские новости. — 2005. — 8 июня; Нижегородские новости. — 2009. — 7 мая.

² www.sobornoedelo.ru

³ Закон Нижегородской области от 1 июня 2005 года. № 67-З «О лицензировании розничной продажи алкогольной продукции на территории Нижегородской области» с изм. и доп. на 30 апреля 2009 года. — Ст. 5 // Нижегородские новости. — 2005. — 8 июня; Нижегородские новости. — 2009. — 7 мая.

⁴ www.pravoslavie.ru

⁵ Алексеев А.И. Криминология. — М., 1998. — С. 215.

⁶ Нижегородским школьникам раздадут Уголовный кодекс в виде комиксов // <http://www.liberty.ru>

⁷ Магомедов Д.Б. К вопросу о социально-педагогических аспектах профилактики преступлений среди молодежи // Российский следователь. — 2008. — № 10. — С. 30—31.

⁸ Чиликова Л. В Ульяновске установят около сотни видеокamer наблюдения для профилактики уличной преступности // <http://volga.rian.ru>

Основная тяжесть непосредственной борьбы с правонарушениями несовершеннолетних лежит на подразделениях по делам несовершеннолетних органов внутренних дел. Сотрудникам данного подразделения во взаимодействии с другими службами ОВД следует регулярно проводить такие оперативно-профилактические операции как: «Условник», «Лидер», «Беглец», «Подворотня», «Каникулы» и др.

В целях раннего предупреждения правонарушений несовершеннолетних, выявления неблагополучных семей во всех учебных заведениях России необходимо внедрять институт школьных инспекторов милиции.

В связи с тем, что в воспитательных колониях, в среде несовершеннолетних правонарушителей активно пропагандируются обычаи и традиции преступного мира (иерархия, жаргон, татуировки, институт прописки)¹, необходимо, как это делается в ряде зарубежных стран (например, в Японии, Испании)², расширять практику применения к несовершеннолетним правонарушителям мер, не связанных с лишением свободы, либо небольших сроков, надеясь на дальнейшее исправление несовершеннолетнего.

За рубежом такие меры активно применяются. В частности, в Испании закон предписывает суду в отношении лиц старше 16 лет, но моложе 18 лет применять наказание ниже на одну или две ступени или заменять его помещением в специальное учреждение³.

В целях эффективного предупреждения преступности несовершеннолетних в Российской Федерации целесообразно изучение и внедрение в практическую деятельность правоохранительных органов передового опыта зарубежных стран. То есть, в данном случае, речь идет об институте *преемственности в праве*.

Преемственность в праве — заимствование правом того или иного государства положений прошлых либо современных ему правовых систем⁴.

Как справедливо отмечает профессор В.К. Бабаев, к преемственности будут относиться все случаи восприятия нашим правом положений ныне существующего и действующего права современных зарубежных государств⁵.

Одной из действенных мер, направленных на снижение количества правонарушений, совершаемых несовершеннолетними, является принятие во всех субъектах РФ законов, ограничивающих передвижение несовершеннолетних в вечернее и ночное время, которые давно действуют во многих зарубежных странах.

Подобные меры действуют в большинстве крупных городов США (в 59 из 77 крупных городов), некоторых графств Великобритании, Израиле⁶. Ограничения, в основном, устанавливаются по будням с 23 часов до 6 часов утра и с 0 до 5 часов по выходным и праздничным дням. В частности, в штате Новый Орлеан в США после введения таких ограничений преступность несовершеннолетних в ночные и вечерние часы снизилась на 38%, а общий уровень преступности — на 14,6% в течение 60 дней действия ограничительного режима для подростков. Уровень вооруженных ограблений уменьшился на 29%, а убийств — на 26%⁷.

Первым регионом РФ, в котором был принят данный закон, был Краснодарский край. На уровне региона был принят закон «О мерах по профилактике безнадзорности и правонарушений несовершеннолетних в Краснодарском крае»⁸. Согласно закону, несовершеннолетним запрещено появляться на улице без сопровождения взрослых после 22 часов. В случае нарушения данного требования, сотрудники милиции проводят разъяснительные беседы с родителями несовершеннолетних, а в случае повторного нарушения — налагают штраф в размере от 500 до 4000 рублей.

Предупредительные меры и активная работа рейдовых групп, выявляющих подростков находящихся без присмотра в ночное время, позволили только в августе 2008 года *снизить преступность несовершеннолетних в Краснодарском крае почти на 40%*, в том числе на треть были снижены кражи чужого имущества и разбойные нападения⁹.

В Кемеровской области также действует закон, согласно которому детям до 16 лет запрещено находиться на улице, в общественных местах, в общественных зданиях, в вокзалах, в аэропортах, в раз-

¹ См.: 1000+1 совет осужденному / Авт-сост. Н.Н. Крутов. — М., 2000. — С. 34.

² См.: Каневский Л.Л. Актуальные проблемы совершенствования ранней профилактики преступности и иных правонарушений несовершеннолетних // <http://law.edu.ru>

³ См.: Прудников Б. Опыт зарубежных стран в области предупреждения детской беспризорности, безнадзорности и наркомании / Б. Прудников, О. Рыбалкина // <http://www.narcom.ru>

⁴ См.: Бабаев В.К. Понятие права // Теория государства и права / Под ред. В.К. Бабаева. — М., 2006. — С. 227.

⁵ См.: Бабаев В.К. Теория современного советского права. Фрагменты лекций и схемы. — Н. Новгород, 1991. — С. 35.

⁶ Там же.

⁷ См.: Прудников Б. Опыт зарубежных стран в области предупреждения детской беспризорности, безнадзорности и наркомании / Б. Прудников, О. Рыбалкина // <http://www.narcom.ru>

⁸ Закон Краснодарского края «О мерах по профилактике безнадзорности и правонарушений несовершеннолетних в Краснодарском крае» // <http://www.nvros.ru>

⁹ См.: <http://www.nvros.ru>

влекательных заведениях без сопровождения взрослых с 22 до 6 часов. За нарушение закона предусмотрен штраф с родителей в размере 3 тысяч рублей. Ответственность за правонарушение возлагается также на хозяев ночных клубов, дискотек и т. п. Они могут быть оштрафованы на сумму до 25 тысяч рублей, а юридические лица — до 50 тысяч рублей¹.

Аналогичные инициативы есть и в других регионах: в Астраханской, Ростовской, Нижегородской областях и в других регионах России. По нашему мнению, необходимо скорейшее принятие подобных законов во всех субъектах нашей страны.

Необходимо внедрять в Российской Федерации и другой передовой опыт зарубежных стран в борьбе с преступностью несовершеннолетних, практику привлечения родителей к ответственности за совершение несовершеннолетними правонарушений.

В штате Калифорния в случае участия детей в бандах взрослые подвергаются штрафу или тюремному заключению.

В штате Арканзас родителей тех детей, которые не посещают школу без уважительной причины, могут подвергнуть штрафу.

Во Флориде родители могут быть подвергнуты тюремному заключению, если их несовершеннолетний ребенок воспользуется оружием, оставленным взрослыми в доступном месте.

В 29 штатах США и округе Колумбия, семья несовершеннолетнего лишается права на государственную жилплощадь, если ребенок уличен в употреблении или продаже наркотиков².

По отношению к несовершеннолетним правонарушителям в качестве профилактической меры воздействия в большинстве штатов США используется метод «шоковой терапии». Данный метод, по нашему мнению, будет эффективен и в нашей стране, если его широко использовать. Его цель заключается в психологическом воздействии на подростков, состоящих на учете в полиции. Данный метод предусматривает посещение несовершеннолетним полицейского участка, где подросток будет наблюдать своих сверстников, арестованных за преступления. После этого несовершеннолетнему демонстрируют центр по лечению несовершеннолетних наркоманов, исправительный центр для подростков, где содержатся несовершеннолетние, ожидающие суда. Такое знакомство оказывает на несовершеннолетних сильное воздействие и дает положительные результаты. 76% несовершеннолетних, подвергнутых такому воздействию, по статистике, не попадали впоследствии в полицию за совершение правонарушений³.

Снижению преступности несовершеннолетних, особенно в вечернее и ночное время, способствует также установка камер видеонаблюдения в общественных местах, размещение на улицах табличек с надписью «Здесь можно вызвать милицию»⁴, увеличение штатной численности патрульно-постовой службы милиции в местах, где наиболее часто совершаются преступления.

¹ См.: Кемеровская область: введен «комендантский час» для детей до 16 лет // <http://www.iq-control.ru>

² См. там же.

³ См.: Прудников Б. Опыт зарубежных стран в области предупреждения детской беспризорности, безнадзорности и наркомании / Б. Прудников, О. Рыбалкина // <http://www.narcom.ru>

⁴ См.: Лопаткин И.Н. Профилактика уличной преступности в общественных местах // <http://balnp.ru>

М.В. Карпычев

Карпычев Михаил Владимирович — кандидат юридических наук, доцент, доцент кафедры гражданского права и процесса Нижегородской академии МВД России

Преемственность российского законодательства о представительстве

В российской истории существовало три кодификации гражданского законодательства — Гражданский кодекс РСФСР 1922 года¹, Гражданский кодекс РСФСР 1964 года² и ныне действующий Гражданский кодекс Российской Федерации (части 1—4).

Дореволюционное гражданское законодательство России было систематизировано в рамках свода законов Российской империи. Работа по кодификации активно велась, был подготовлен Проект гражданского уложения³, который в связи с Первой мировой войной и последующей революцией 1917 года так и не был принят.

Следует отметить, что, несмотря на то, что каждый из гражданских кодексов России принимался в различных политико-экономических условиях, он вбирал в себя все лучшие правовые идеи, сформированные авторами предыдущих законопроектов, в том числе и дореволюционных.

Одним из традиционных институтов гражданского права России является институт представительства, получивший распространение на территории России еще в XIV или XV веках. Первоначально представительство возникло, главным образом, при совершении сделок от имени юридических лиц (монастырей). Н.О. Нерсесов убедительно доказывает это со ссылкой на ряд археологических документов⁴. Он же приводит ссылки на Устав таможенный и ряд других законов XVII—XVIII веков, содержащих нормы о добровольном представительстве, особенно о судебном представительстве⁵, хотя и указывает, что «простота правовых отношений и бедность юридического творчества были причиной того, что институт представительства, особенно добровольного, почти не получил законодательной регламентации»⁶.

О том, что определенные суррогаты представительства существовали уже в Псковской судной грамоте, писал Н.Л. Дювернуа⁷. Он же указывал на развитие законодательства о представительстве, главным образом, процессуального, начиная с актов, принятых при Петре I⁸.

Российское частное право конца XIX — начала XX века в отличие от наиболее развитых европейских законодательств (германского и французского) не имело дуалистической структуры, то есть не подразделялось на право гражданское и право торговое⁹. Гражданские законы применялись к регулированию торговых отношений субсидиарно по отношению к немногочисленным актам торгового права. Помимо общеимперских законов торговые отношения регулировались также местным законодательством (Польша, Финляндия, Прибалтика) и торговыми обычаями.

В отличие от законодательства Германии и Франции, где были приняты и гражданский, и торговый кодексы (уложения), в России отсутствовал кодифицированный акт гражданского права. В основном нормы гражданского права, включая право семейное и опекуное, содержались в Законах Гражданских (Свод Законов Российской Империи¹⁰).

¹ Гражданский кодекс РСФСР от 11 ноября 1922 года // СУ РСФСР. — 1922. — № 71. — Ст. 904.

² Гражданский кодекс РСФСР 11 июня 1964 года // Ведомости ВС РСФСР. — 1964. — № 24. — Ст. 406.

³ Гражданское уложение. Проект Высочайше учрежденной Редакционной Комиссии по составлению проекта Гражданского уложения. — СПб., 1905.

⁴ См.: Нерсесов Н.О. Избранные труды по представительству и ценным бумагам в гражданском праве. — М., 1998. — С. 127.

⁵ См. там же — С. 129.

⁶ Там же. — С. 128.

⁷ См.: Дювернуа Н.Л. Чтения по гражданскому праву. — СПб., 1898. — Т. 1: Введение и часть Общая. — Вып II. — С. 784—785.

⁸ См. там же. — С. 787—788.

⁹ По этому поводу очень показательно высказался Г.Ф. Шершеневич: «Русское законодательство не знает разделения частного права на гражданское и торговое. Следовательно было бы ошибочно искать в нем особых торговых законов, представляющих единую систему и предшествующих в порядке применения общегражданским законам» (Шершеневич Г. Ф. Курс торгового права: В 4 т. — СПб., 1908. — Т. 1: Введение. Торговые деятели. — С. 67.)

¹⁰ Далее — Св. зак. Ссылки даются по: Свод Законов Российской Империи. — Т. X. — Ч. 1. Свод законов гражданских. — СПб., 1900.

Общие нормы о представительстве в Законах Гражданских отсутствовали. Вместе с тем очень детально регламентировались вопросы законного представительства, вытекающего из опеки и попечительства — в Книге первой Законов Гражданских выделялся специальный раздел — раздел третий «Об опеке и попечительстве в порядке семейственном», предусматривающий установление опеки над несовершеннолетними, над безумными, сумасшедшими, глухонемыми и немыми (ст. 212).

Третья книга Законов Гражданских, посвященная обязательственным отношениям, в разделе четвертом «Об обязательствах личных по договорам в особенности» включала главу вторую «О доверенности и верующих письмах», фактически предусматривающую нормы, регулирующие отношения добровольного представительства, включая порядок исполнения данного поручения, оформления доверенности и ее прекращения.

Русское дореволюционное торговое право также нельзя считать кодифицированным, поскольку имевшийся крупный акт торгового права — Устав торговый¹ (Св. зак. Т. XI, ч. 2) не имел по-настоящему кодифицирующего значения. Устав торговый выдержал несколько изданий с неоднократными продолжениями.

В последней редакции 1887 года Устав торговый² (после этого он неоднократно дополнялся) представлял собой три книги. Книга первая, именуемая «О договорах и обязательствах, торговле свойственных», включала две статьи общего характера, раздел, посвященный вопросу о найме приказчиков и о торговых поручениях, договору торговой комиссии³, и раздел, содержащий нормы о торговых товариществах⁴. Книга вторая регламентировала отношения в сфере торгового мореплавания, книга третья — нормы, носившие, главным образом, полицейский (административный) характер (о биржах и ярмарках, о купеческих и маклерских книгах, о мерах и весах и т. д.).

Таким образом, даже беглый анализ структуры Устава торгового позволяет сделать вывод о том, что он практически оставил в стороне регулирование торговых сделок. Однако в области регулирования посреднических и представительских отношений данный нормативный акт содержал достаточно подробные предписания. Институту представительства в торговых отношениях, как впрочем и представительству вообще, русское законодательство и юридическая наука уделяли очень пристальное внимание.

Среди дореволюционных коммерциалистов преобладающим было мнение о том, что деятельность торгового поверенного (например исполнение обязанностей торговых приказчиков, лавочных сидельцев, судовщиков) относится к категории торговых сделок, а соответственно все отношения хозяев к поверенным по торговле отличаются торговым характером, а все споры между ними относятся к компетенции торговых судов⁵.

Так же, как в настоящее время, законодательство и доктрина дореволюционной России проводили разграничение между представительством, осуществляемым работниками предпринимателя (купца), и представительством, осуществляемым самостоятельными (независимыми) агентами. Так, П.П. Цитович проводил классификацию торговых представителей в зависимости от обстановки их деятельности на приказчиков и уполномоченных (доверенных), первые из которых действуют в обстановке и на сцене торгового заведения, а последние вне заведения⁶.

Для обозначения работников торгового предприятия Г.Ф. Шершеневич использовал термин «вспомогательный персонал», под которым понимал всю совокупность лиц, которые под руководством предпринимателя посвящают свой труд данному торговому предприятию⁷. А.Х. Гольмстен писал: «Торговец может вести свое предприятие и один; но это совершенное исключение; обыкновенно при каждом предприятии имеется свой торговый персонал, как совокупность отдельных лиц, которые находятся к владельцу предприятия в известных юридических отношениях, Исчерпать все разнообразные отношения владельца к персоналу нет ни надобности, ни возможности — все сводится или к чистому найму, или к чистому представительству, или же к самым многообразным формам сплетения того и другого (поверенные по делам, приказчики, управляющие заводами, коммивояжеры, кассиры, бухгалтеры, артельщики и т. п.)»⁸.

¹ Далее Уст. торг. (Ссылки даются по Устав торговый (Свод законов, Том XI, часть 2) измененный и дополненный по продолжениям 1876—1879 гг. и позднейшим узаконениям; с разъяснениями по решениям Правительствующего Сената и Коммерческих судов с приложением положения о пошлинах за право торговли и других промыслов и правил производства дел о несостоятельности. Изд. 8-е. — СПб., 1881. и по Устав торговый (Св. зак. т. XI ч. 2, изд. 1903 г. и по прод. 1906 г.). К делу по проекту закона о комиссии и комиссионерах. — б. м., б. и., б. г.

² Далее по тексту, если иное специально не оговаривается делаются ссылки на статьи Устава торгового по состоянию на 1879 год, а в квадратных скобках на статьи Устава в изд. 1903 года по состоянию на 1906 год.

³ Первоначально в раздел входили статьи 3—54 о найме приказчиков и торговых доверенностях, статьи 54¹—54²⁵ о договоре торговой комиссии были включены Продолжением Свода Законов 1912 года.

⁴ Статьи 55—93.

⁵ См.: Азаревич Д. Очерки по торговому праву. — СПб, 1897. — Вып. 1. — С. 34.

⁶ См.: Цитович П. Учебник торгового права. — Киев, 1891. — Вып. 1. — С. 76.

⁷ См.: Шершеневич Г. Ф. Учебник торгового права (по изданию 1914 г.). — М., 1997. — С. 87.

⁸ Гольмстен. А. Х. Очерки по русскому торговому праву. — СПб, 1895. — С. 70.

Развивая свою идею, Г.Ф. Шершеневич торговый персонал разделял на две разные группы: приказчиков¹ и торговых служащих. Деятельность приказчика в основном сводилась к совершению торговых сделок от имени предпринимателя, тогда как предметом деятельности торговых служащих являлось совершение фактических действий². Приказчик, хотя и занимался совершением торговых действий, но не рассматривался в качестве самостоятельного предпринимателя (купца)³. Таким образом, под приказчиками понимались те торговые сотрудники, которые в силу договора личного найма обязались совершать торговые сделки в интересе предприятия, за счет и от имени хозяина⁴.

Закон же называл приказчиком всякого, кто управляет торговыми делами своего хозяина или только исполняет поручения в течение определенного времени (Ст. [3] Уст. торг., Ст. 54 Положения о пошлинах⁵).

Отношения между приказчиком и хозяином торгового предприятия строились на основе договора личного найма, в силу которого первый обязывался предоставить в распоряжение хозяина свой труд, направленный на совершение торговых сделок. Такой договор должен был быть заключен в письменной форме нотариальным или домашним порядком. В договоре обязательно делалась отметка о том, что стороны ознакомлены с существующими нормативными положениями о деятельности приказчиков. Однако, как указывал К. Победоносцев, правило об обязательности заключения письменных договоров с приказчиками первого класса на практике было найдено неудобным и стеснительным, о чем неоднократно заявлялось со стороны купечества⁶. Такую же позицию занимал Г.Ф. Шершеневич⁷.

Договор о найме приказчика являлся срочной сделкой, срок которой не должен был превышать пяти лет — общего срока установленного законом для личного найма (ст. 2214 т. X, ч. 1. Св. зак.).

В литературе высказывалось мнение о возможности заключения договора найма приказчика на срок не более, чем на три года. В качестве аргумента указывалось на то, что торговая доверенность может быть выдана не более, чем на три года (Ст. 731 [41] Уст. торг.). И применению должна подлежать специальная норма торгового законодательства, а не общегражданская⁸.

Вышеуказанная позиция была подвергнута вполне обоснованной критике со стороны Г.Ф. Шершеневича, который указал, что в данной ситуации отсутствует коллизия законов, так как договор личного найма относится к внутренней, а выдача доверенности — к внешней стороне деятельности приказчика⁹.

В отличие от общегражданского представительства смерть доверителя (хозяина торгового предприятия) не влекла прекращение договора личного найма с приказчиком. Данное положение прежде всего обусловлено необходимостью стабилизации торгового оборота и призвано предохранить торговое предприятие от различных негативных последствий смерти их хозяина.

Инструкции приказчику определялись в торговой доверенности.

Г.Ф. Шершеневич подразделял доверенности по сфере деятельности приказчика на общую и частную¹⁰. Общая доверенность давала приказчику право управлять торговым предприятием и заключать все сделки, необходимые для этого. Частная доверенность предоставляла право выполнить одно или несколько определенных поручений и заключить все сделки, необходимые для этого. Помимо этого он различал полную и ограниченную торговые доверенности¹¹. И общая и частная доверенности могли быть как полными, так и ограниченными. Полная доверенность предоставляла приказчику право совершать сделки, обычно принятые в данной отрасли торговой деятельности. Ограниченная доверенность сужала этот круг, специально запрещая ему совершать те или иные общепринятые сделки.

¹ В Курсе торгового права — на торговых доверенных и торговых служащих. (См.: Шершеневич Г.Ф. Курс торгового права: В 4 т. — СПб., 1908. — Т. I: Введение. Торговые деятели. — С. 217).

² См.: Шершеневич Г.Ф. Учебник торгового права (по изданию 1914 г.). — М., 1997. — С. 87.

³ См.: Азаревич Д. Очерки по торговому праву. — СПб, 1897. — Вып. 1. — С. 73.

⁴ См.: Шершеневич Г.Ф. Курс торгового права: В 4 т. — СПб., 1908. — Т. I: Введение. Торговые деятели. — С. 220.

⁵ Здесь и далее — Положение о пошлинах за право торговли и других промыслов от 9 февраля 1865 года Приложение к статье 464 V т. Уст. о пошл. (по прод. 1876 и 1879 гг). Цит. по: Устав торговый (Свод законов, Том XI, часть 2) измененный и дополненный по продолжениям 1876—1879 годов и позднейшим узаконениям; с разъяснениями по решениям Правительствующего Сената и Коммерческих судов с приложением положения о пошлинах за право торговли и других промыслов и правил производства дел о несостоятельности. Изд. 8-е. — СПб., 1881.

⁶ См.: Победоносцев К. Курс гражданского права. — СПб., 1880. — С. 400—401. — Ч. 3: Договоры и обязательства.

⁷ См.: Шершеневич Г.Ф. Курс торгового права: В 4 т. — СПб., 1908. — Т. I: Введение. Торговые деятели. — С. 233.

⁸ См.: Гольмстен. А.Х. Очерки по русскому торговому праву. — СПб., 1895. — С. 75. В настоящее время также иногда высказывается мнение о том, что договор поручения несмотря на отсутствие формального запрета в законе не может носить бессрочный характер, поскольку доверенность поверенному должна в соответствии со статьей 186 ГК РФ выдаваться на срок до трех лет (См., например: Гражданское право / Под ред. В.В. Залесского. — М., 2001. — Ч. 2: Обязательственное право. — С. 505).

⁹ См.: Шершеневич Г.Ф. Учебник торгового права (по изданию 1914 г.). — М., 1997. — С. 90.

¹⁰ См. там же.

¹¹ См. там же.

В.И. Фармаковский также выделял (на основании статей 725, 726 и 727 Уст. торг.) частные, общие и полные (неограниченные) торговые доверенности¹.

Глава вторая «О торговой поверенности» книги II «О торговых обязательствах и договорах» Устава торгового² давала юридическую классификацию торговых доверенностей. В соответствии со статьей 721 [32] договоры торговой поверенности заключались посредством актов, именуемых доверенностями. Торговые доверенности разделялись на два рода: 1) доверенности на производства торга и 2) доверенности на хождение по таможенному производству дел.

Доверенностью на производства торга (кредитом, кредитным письмом, кредитной доверенностью) признавался письменный акт, силою коего имеющий право торга уполномочивал другое лицо к производству торговых дел своих или оборотов на свой счет и на свое имя (ст. 722 [33] Уст. торг.). Предметом такой доверенности могли быть любые торговые действия и обороты, на отправление которых веритель имел законное право (ст. 723 [34] Уст. торг.).

Доверенность на производство торга могла быть выдана не только приказчику, но и поверенному, комиссионеру.

Частная доверенность предоставляла полномочие единовременно отправить какое-либо, означенное в доверенности торговое поручение, или целую торговую операцию, как-то: принять отпущенные на имя, счет и страх верителя товары, продать оные на наличные деньги, или променять на другие товары, заключить в том торг, с покупщиком разделку учинить, деньги получить и расписку дать; купить и отправить на имя верителя, по данной от него росписи, товары на наличные деньги, или в долг до известной суммы, и прочие сим подобные поручения (Ст. 725 [36] Уст. торг.).

Общая доверенность предоставляла полномочие в продолжение определенного в ней срока вообще отправлять торговые дела верителя и входить во все с оными сопряженные соотношения, как-то: к известному порту торговать, принимать, продавать и покупать товары и в оных разделку чинить и расписываться, контракты заключать и оные, где следует записывать, векселя к платежу надписывать, давать, брать и протестовать, а по обстоятельствам дела мириться (Ст. 726 [37] Уст. торг.).

Полной (неограниченной) доверенностью признавалась доверенность, данная в общих выражениях и без определения условий, качества и количества товаров. Полная доверенность предоставляла поверенному, приказчику или комиссионеру право действовать в таких случаях по собственному своему усмотрению (Ст. 727 [38] Уст. торг.).

Требования к реквизитам торговой доверенности устанавливались статьей 728 [39] Уст. торг., согласно которой в торговой доверенности должны указываться: имя, прозвание и состояние поверенного, приказчика или комиссионера; какое ему дается поручение и какие дозволено заключать условия и производить дела; какое определено ему вознаграждение; срок доверенности (для общих доверенностей); обязанность поверенного ежегодно давать отчет хозяину³; обязательство хозяина отвечать как за долги, так за всякие действия, совершенные поверенным на основании доверенности⁴.

В кредитном письме, выдаваемом лавочному приказчику или сидельцу, помимо этого должен был содержаться запрет покупки товаров в лавку (Ст. 729 [40] Уст. торг.). Доверенность, выдаваемая от купцов, должна была быть совершена в установленной форме и подписана верителем или его уполномоченным (Ст. 732 [41] Уст. торг.). Доверенность, выданная с несоблюдением формы или в неопределенных выражениях, в соответствии со статьей 733 [43] Уст. торг. считалась недействительной. Доверенность на производство торга и управление торговыми делами в соответствии со статьей 734 подлежала специальной регистрации в думе или ратуше, у нотариуса или мирового судьи (по ст. 44 Устава торгового в издании 1903 г. — у нотариуса).

Исходя из статьи 2293 тома X части 1 Св. зак., устанавливавшей, что доверенность может быть выдана частным лицом, когда оно может вступать в договоры и притом по таким делам, кои могут

¹ Фармаковский В. И. Законы о гражданских договорах и обязательствах общедоступно изложенные и объясненные, с указанием ошибок, допускаемых в совершении, толковании и исполнении договоров и приложением образцов всякого рода договоров. — СПб., 1884. — С. 243.

² В Уставе торговом в ред. 1887 года — глава вторая «О торговой поверенности» книги I «О договорах и обязательствах, торговле свойственных».

³ Г.Ф. Шершеневич по поводу требований закона к содержанию доверенности писал: «Ст. 39 Уст. Торг., очевидно, смешивает доверенность с договором личного найма, потому что первый акт вовсе не должен содержать условий о жаловании, содержании, отчетности» (См.: Шершеневич Г.Ф. Курс торгового права: В 4 т. — СПб., 1908. — Т. 1: Введение. Торговые деятели. — С. 235).

⁴ Данное положение Уст. торг. по сути дублировало ст. 2307 Св. Зак. Т. X ч. 1. Однако применительно к статье 2307 судебная практика достаточно определенно исходила из того, что непомещение в доверенности выражения, изъясняющего, что во всем, что поверенный по доверенности сделает, доверитель ему верит, спорить и прекословить не будет, не делает доверенность недействительной, поскольку обязанность доверителя, выражаемая этими словами, вытекает из самого существа данного им другому лицу уполномочия (См., например: Решение Гражданского кассационного департамента Правительствующего сената № 1039 за 1870 г. // Журнал гражданского и торгового права. — 1871. — Кн. 3. — С. 510).

быть в силу закона совершаемы без личного его присутствия, торговые доверенности могло выдавать лишь лицо, обладающее правом вести торговлю, то есть имеющее торговое свидетельство¹.

Доверенность на производство торгового дела выдавалась приказчикам сроком на один год, на два года и на три года (ст. 731 [41] Уст. торг.). Однако, как указал И. М. Тютрюмов со ссылкой на решения Правительствующего Сената № 30 за 1906 год и № 38 за 1910 год, неуказание в доверенности срока, на который она выдана, само по себе не должно служить основанием для признания ее недействительной².

В проекте Гражданского уложения предусматривалось несколько глав, относящихся, так или иначе, к институту представительства. Центральной из которых должна была стать глава IV «Представительство», устанавливающая общие положения о представительстве, законном представительстве, представительстве юридических лиц (ст. 67, 68), а также полномочиях представителя и последствиях превышения полномочий (ст. 69, 70).

Отдельная глава, посвящалась договору поручения, который традиционно также именовался доверенностью (глава XII «Доверенность»).

В положениях данной главы закреплялись понятие договора поручения (доверенности), обязанности сторон, требования к форме договора, основания прекращения договора. Следует отметить, что количество норм, посвященных договору поручения, значительно превышает их количество в ныне действующей главе 49 ГК РФ.

По традиции континентального права предполагалось отграничение от представительства и договора поручения договора, в котором исполнитель действует хотя и в интересах заказчика, но от своего имени — договора комиссии, которому посвящалась глава XIII проекта «Комиссия».

ГК РСФСР 1922 года содержал значительно меньше норм, чем Свод законов Российской империи, и чем предполагалось Проектом гражданского уложения, но основные идеи института представительства сохранились, в частности о том, что:

— лица дееспособные могут совершать сделки и через избранных ими представителей, за исключением тех случаев, когда законом это воспрещено (ст. 38);

— сделки, совершенные представителем от имени представляемого в пределах полномочия, имеют обязательную силу для представляемого и порождают непосредственно для него права и обязанности (ст. 39);

— представитель не может совершить сделки от имени представляемого ни в отношении себя (представителя) лично, ни в отношении третьего лица, представителем коего он одновременно является (ст. 40).

— несовершеннолетние, достигшие 14 лет, и лица, взятые под опеку, как расточители, могут совершать сделки с согласия своих законных представителей (родителей или опекунов). Они вправе самостоятельно распоряжаться получаемой ими заработной платой и отвечают за вред, причиненный их действиями другим лицам (ст. 9).

Также отдельно регулировалось договорное обязательство по оказанию представительских услуг (глава IX, включающая подглаву А «Поручение» и подглаву Б «Доверенность»). Комиссионные отношения отдельно не регламентировались.

ГК РСФСР 1964 года включал отдельную главу, посвященную представительству — главу 4 «Представительство и доверенность», по структуре практически соответствующую ныне действующей главе 10 ГК РФ.

Также ГК РСФСР предусматривал специальные главы для договора поручения (глава 35) и договора комиссии (глава 36).

Ныне действующее законодательство отличается от ГК РСФСР 1964 года в части регулирования отношений представительства незначительно, за счет включения положений о коммерческом представительстве и об агентском договоре.

В настоящее время наблюдается попытка реформирования гражданского законодательства России, 13 марта 2009 года на сайте Исследовательского центра частного права размещен проект «Концепции совершенствования общих положений Гражданского кодекса Российской Федерации», рекомендованный Президиумом Совета к опубликованию в целях обсуждения (протокол № 2 от 11 марта 2009 г.), подготовлен проект соответствующего закона³, в том числе предполагается внесение изменений и в положения о представительстве и доверенности⁴.

¹ Фармаковский В. И. Законы о гражданских договорах и обязательствах общедоступно изложенные и объясненные, с указанием ошибок, допускаемых в совершении, толковании и исполнении договоров и приложением образцов всякого рода договоров. — СПб., 1884. — С. 236.

² Законы гражданские (Свод Законов Т. X ч. 1, изд. 1914 г.) с разъяснениями Правительствующего Сената и комментариями русских юристов, извлеченными из научных и практических трудов по гражданскому праву (по 1 февраля 1915 г.) / Сост. И.М. Тютрюмов. — 5-е изд., испр. и доп.: В 2 т. — Пг., 1915. — Т. 1 и 2. — С. 1946, 1948.

³ <http://www.privlaw.ru>

⁴ Подробный анализ данного документа дан нами ранее. См.: Карпычев М.В. Некоторые замечания к проекту Концепции совершенствования положений Гражданского кодекса Российской Федерации о представительстве // Право и проблемы юридической практики в сфере имущественных отношений: Материалы Всероссийской научно-практической конференции. — Н. Новгород, 2009. — С. 83—89.

А.В. Карягина

Карягина Анжелика Владимировна — преподаватель кафедры уголовного права и процесса Таганрогского института управления и экономики

**Правопреемство и систематизация
как условия развития института рекламы
в переходный период российской государственности**

Правопреемство, с точки зрения логики является приемом ограничения понятия с целью его актуализации для регулирования определенной группы правоотношений. Преемственность и правопреемственность соотносятся друг с другом как общее и особенное, так как понятие правопреемства выводится из родового понятия преемственности, а, следовательно, будет всегда иметь определенную сферу приложения, как в теории права, так и в его отдельных отраслях. Это подтверждается рассуждением В. А. Белова, считающего, что право всегда формируется под влиянием социальных условий и идеологических установок, поэтому один и тот же термин в разные эпохи и в разных странах имеет совершенно разное содержание¹. Заметим лишь то, что независимо от изменений конкретных социальных условий преемственность имеет свое основание в форме перехода от одной правовой системы к другой и так далее, а поскольку трудно предположить утверждение всеобщей правовой системы, постольку само правопреемство представляет из себя непрерывный и нескончаемый процесс, в основе которого лежит вечно развивающееся общественное бытие. Отражение этого бытия составляет предмет юридической науки.

Критерием преемственности в правовом обеспечении рекламной деятельности, по-нашему мнению, выступает та часть перенесенного из старого права, которая находит свое место в новой правовой системе, и чем эта пропорция больше, тем преемственность очевиднее. В условиях переходного государства в Российской Федерации формирование правового обеспечения рекламной деятельности связано с рядом этапов, которые отражают политико-правовые, экономические и социокультурные изменения, произошедшие в обществе. При этом начало развития современного российского рынка рекламы (1990—1995 гг.) характеризовалось отсутствием законодательной базы, регулирующей отношения в сфере рекламы, а негативное отношение к ней большей части населения было вызвано разочарованием в достоверности ее информации в связи с крахом широко рекламированных банковских и финансовых пирамид. Другая особенность этого периода заключалась в большом объеме «новой» рекламы, обрушившейся на непривыкших к этому потребителей. Преобладающими в этот период являлись коммуникативные функции рекламы над маркетинговыми, поэтому и не существовало конкретного ее правового регулирования, а те нормы, на основе которых она функционировала, принадлежали различным отраслям права. Кроме того, рекламная деятельность развивалась крайне неравномерно по распределению объемов рекламы, средствам ее размещения по регионам России.

Попытки законодательного регулирования рекламной сферы начали предприниматься с 1991 года, что было связано с ее коммерциализацией. Первым законом стал Закон РСФСР «О конкуренции и ограничении монополистической деятельности на товарных рынках» от 22 марта 1991 года № 948-1², регламентирующий содержание рекламы, посредством введения запрета на некорректные сравнения в ней, как формы недобросовестной конкуренции. Таким образом, данный Закон закрепил правовые основы рыночных отношений в России и ввел в правовое пространство рекламную деятельность, которая к этому времени имела достаточное правовое обеспечение в международной практике. Поэтому преемственность правового зарубежного опыта в регулировании рекламы и рекламной деятельности должна была учитывать особенности российской правовой культуры, ментальности, уровня развития рыночных отношений и т. д.

Проблема защиты от ведения конкурентной борьбы незаконными средствами и методами, распространение ложных, неточных или искаженных сведений, способных причинить убытки другому хозяйствующему субъекту либо нанести ущерб его деловой репутации, нашло отражение в положениях Закона «О конкуренции и ограничении монополистической деятельности на товарных рынках». Он был ориентирован на установление ответственности за недобросовестную конкуренцию, что нашло отражение в статье 10, которая запрещала некорректное сравнение производимых товаров с товарами

¹ См.: Белов В.А. Сингулярное правопреемство в обязательстве. Опыт исторического исследования, теоретической и догматической конструкций и обобщения российской судебной практики. — М., 2000. — С. 11—17.

² Российская газета. — 1991. — № 89.

других производителей. Кроме того, в этой статье устанавливалась ответственность за «введение потребителей в заблуждение относительно характера, способа и места изготовления, потребительских свойств, качества и количества товара или его изготовителей»¹. Однако данные положения ситуацию в рекламном бизнесе практически не изменили, так как необходимы были более конкретные и обоснованные механизмы правового воздействия на развивающуюся деятельность экономических субъектов.

В науке существует потребность заполнять хотя бы теоретически перерывы постепенности, которые образуются во время крупных экономических и политических переворотов. Сущность правоприменения в такие периоды связана со сложностью определения правовой состоятельности актов и существованием иных регуляторов, действовавших вне правового поля. Отсутствие правовых критериев регламентирования рекламы и рекламной деятельности в традициях российского права было частично восполнено в принятых в декабре 1991 года двух нормативных правовых актах:

— Закон РФ от 27 декабря 1991 года № 2118-1 «Об основах налоговой системы в Российской Федерации» в состав местных налогов ввел налог на рекламу;

— Закон РФ № 2124-1 «О средствах массовой информации» устанавливал ответственность за распространение недостоверной информации и указывал на недопустимость злоупотребления свободой слова. Таким образом, было положено начало правового регулирования в сфере рекламы.

Отсутствие в Российской Федерации теоретико-правовой базы, юридической техники и правовых механизмов обеспечения рекламы и рекламной деятельности поставили проблемы их формирования с целью отражения в нормативных правовых актах, произошедших социально-экономических и политических изменений применительно к практике обслуживания правом противоречивой российской информационной политики. Таким образом, позднее был принят Закон РФ «О защите прав потребителей» от 7 февраля 1992 года № 2300-1, установивший требования к информации о товарах, работах, услугах, которая должна быть добросовестной, ввел ответственность за нарушение права потребителей на информацию. В результате действия указанного Закона у потребителей появилась возможность защитить свои права и интересы от недобросовестности коммерческих организаций, предприятий и предпринимателей.

В то же время было очевидно, что отдельные нормативные правовые акты, частично регулирующие сферу рекламы, нуждались в систематизации и замене прежней системы ее государственного контроля. Рынок и рыночные отношения в Российской Федерации привели к необходимости установления запрета на рекламу продукции, подлежащей сертификации, но не имеющей ее, что нашло отражение в Законе РФ от 10 июня 1993 года № 5151-1 «О сертификации продукции и услуг». В дальнейшем в Основах законодательства РФ об охране здоровья граждан от 22 июля 1993 года были введены запреты на рекламу алкогольных напитков и табака, пропаганду неразрешенных методов лечения и лекарственных средств и т. д. Таким образом, начала складываться правовая база регулирования сферы рекламы, которая приобрела особую значимость в период формирования новых экономических отношений в условиях переходного государства.

Впоследствии в Конституции РФ 1993 года были сформулированы общие требования к рекламной деятельности в статье 29, запрещающей пропаганду и агитацию, призывающих к возбуждению вражды и ненависти по национальным, этноконфессиональным, политическим и другим принципам в средствах массовой информации и в рекламе в частности. Таким образом, Конституция ограничила свободу рекламы, не позволяя использовать ее в целях информационного экстремизма, радикализма и терроризма, несущих угрозу национальным интересам и безопасности государства. В статье 34 Конституции РФ закреплено положение о недопущении экономической деятельности, направленной на недобросовестную конкуренцию и монополизацию рынка, что является защитой экономических интересов личности, общества и государства.

Конечно, современные реформы — это не эволюционный процесс, на этом пути возможны прерывность, сопровождающаяся попятным движением, замедлением или даже их приостановлением. Поэтому процесс преемственности в праве не имеет полной завершенности, так как достигнув одной цели, он продолжается дальше до тех пор, пока существует в нем потребность. П. Сорокин по этому поводу писал: «Каждое последующее поколение становится наследником предыдущего. Живя и действуя, потомки в свою очередь вносят в это наследство результаты своей жизни и труда»². В этом заключается смысл принципа преемственности в праве и культуре. Увеличение информационных ресурсов, создание новых информационных технологий породили проблемы защиты информации, которые нашли свое разрешение в Федеральном законе от 20 февраля 1995 года № 24-ФЗ «Об информации, информатизации и защите информации», который фактически начал регулировать отношения и в сфере рекламы как особым информационным продукте. Мобильность системы массовых коммуникаций начала обеспечи-

¹ См.: Закон РСФСР от 22 марта 1991 года N 948-1 «О конкуренции и ограничении монополистической деятельности на товарных рынках» // Российская газета. — 1991. — № 89.

² Сорокин П. Система социологии. — М., 1993. — С. 440.

вать быстрое и всеобщее распространение разнородной информации, не всегда соответствующей нормам права. Особую роль в этом процессе сыграла денационализация СМИ и, в частности, телевидения как эффективного многоканального информационного потока. На объем рекламы стало влиять наличие определенных прав у производящих и распространяющих информацию организаций, которые становились самостоятельными и заинтересованными как в ее качестве, так и количестве.

Процесс изживания советизма из законодательства продолжается до настоящего времени, о чем свидетельствует его перманентное обновление и непрерывная административная реформа. Преемственность здесь проявляется в виде упорядочения движения общественного маятника для придания ему необходимого диапазона колебаний, чтобы юридические нормы уместились в пределах политической воли власти. В политическом, экономическом и социальном пространстве России в период с 1995 по 2006 год происходят значительные изменения, которые находят отражение в модернизирующемся информационном пространстве, где увеличивается количество средств коммуникации и общество начинает приобретать черты информационного. Появляются новые средства распространения и источники получения рекламы — по факсу, по электронной почте, на сайтах Интернета, по мобильному телефону, в телемагазинах, через компакт-диски, видеокассеты и т. д. В этих условиях реклама становится аккумулятором развития рыночных отношений и начинает способствовать созданию российского бизнеса. В свою очередь это приводит к увеличению количества рекламных агентств, их ассоциаций, бюро, фирм, то есть появляются юридические лица, которые непосредственно включены в рекламную деятельность.

В период переходного государства «реклама, — пишет Л.Н.Федотова, — реализует свои прагматические цели, функционируя в потоке массовой информации по ее законам: она дает информацию о внешнем мире, ретранслирует ценности, разделяемые в обществе, задает ориентиры социополитического действия в формах и знаковых образцах привычной для данного общества культурно-знаковой парадигмы»¹. В таком контексте она влияет на формирование информационного и политико-правового пространства. Постепенно в России начался процесс увеличения рынка товаров и услуг, и, следовательно, реклама стала востребованной во много раз больше, чем это было раньше, а появление новых информационных технологий позволило рекламодателям обходить установленные запреты и ограничения. В то же время из преемственности были исключены те правовые отношения, которые не выдержали проверку практикой рынка с точки зрения позитивистского критерия полезности.

Именно в этот период между различными государственными ведомствами, агентствами и специалистами рекламного дела велись дискуссии о необходимости специального нормативного акта, регулирующего рекламу. Первым кодифицированным источником стал Федеральный закон «О рекламе» от 18 июля 1995 года № 108-ФЗ², регулирующий отношения, возникающие в процессе производства, размещения и распространения рекламы товаров, работ, услуг, включая банки, страховые и иные компании, связанные с использованием денежными средствами граждан (физических лиц) и юридических лиц. В процессе подготовки закона был использован опыт регулирования рекламной деятельности в США, Канаде, государствах Европы и других стран мира. В большинстве государств реклама относилась к виду информации, поэтому приоритетным являлась защита свободы информации, но с учетом оправданных ограничений. Таким образом, преемственность принципов демократии выразилась в правопреемстве норм международного права, закрепившего новые отношения в системе государственного и правового регулирования в Российской Федерации. Тем самым был осуществлен принцип правопреемства, в силу которого в Законе о рекламе нашли отражение не только российские правовые реалии, но и сложившиеся в международной практике.

В рассматриваемый период правовой истории рекламной деятельности усиливается роль СМИ и рекламных агентств, стоящих у истоков отечественной рекламной индустрии. Российский бизнес первоначально практически не выступал в качестве рекламодателя, либо использовал рекламу лишь для достижения краткосрочных целей. В это время было снижено уровня товарного производства, и следовательно, рост экспорта привел к засилью иностранной рекламы. «В январе 1996 года, — пишет Л.Н. Федотова, — из десяти крупнейших по затратам на рекламу рекламодателей, восемь были зарубежными, что составило в затратах этой десятки 81%; в общем числе выходов в эфир десяти самых крупных по этому признаку рекламодателей 75% оказались роликами зарубежных товаропроизводителей».³ Финансовый кризис августа 1998 года повлек сокращение импорта, резкую смену потребительских предпочтений, изменение структуры потребления в сторону более дешевых товаров, что привело к удешевлению расценок на размещение рекламы, и для отечественных рекламодателей сформировались более благоприятные условия деятельности, чем для иностранных компаний.

Несмотря на недостаток Закона о рекламе 1995 года, рассматриваемый период можно характеризовать как время осмысления возможностей правового регулирования рекламы, демонстрации

¹ Федотова Л.Н. Социология рекламной деятельности. — М., 2007. — С. 31

² Собрание законодательства РФ. — 1995 года. — № 30. — Ст. 2864.

³ Федотова Л.Н. Социология рекламной деятельности. — М., 2007. — С. 282.

способности государства оказывать реальное воздействие в сфере рекламного бизнеса. Постепенно у населения меняется отношение к рекламе как объективно необходимому рыночному инструменту и механизму продвижения товаров, услуг, работ, предпочтений, интересов и т. д. В целом деятельность организаций по саморегулированию в направлении повышения качества и морально-нравственной чистоты рекламы еще были далеко не эффективными, а антимонопольное законодательство не отличалось системностью в силу отсутствия методически и технически налаженного правового мониторинга рекламной среды.

Переходный период в истории российского государства и права на рубеже XX—XXI веков отразил только момент в развитии и становлении рекламного права, тогда как преемственность в праве представляет собой фактически процесс правопреемственности, в ходе которого осуществляется сохранение позитивного содержания в качестве исходного материала для последующего правотворчества. Конечно, на становление правовых идей влияют и другие факторы, например, материальные, но рождение новых правоотношений начинается с примерки к ним сложившихся правовых конструкций и лишь впоследствии в новой форме они отражают новые правовые реалии. Старые исходные формы как бы отодвигаются в тень, но присутствуют в новых концепциях по умолчанию. Мы рассматриваем это как специфическую черту юридической техники, которая возможна на базе преемственности, а применительно к теории права — правопреемственности, так как право в общем смысле является юридическим оформлением политических решений. Поэтому на смену Закону 1995 года пришел Федеральный закон от 13 марта 2006 года № 38-ФЗ¹ «О рекламе», который ожидали не только участники рекламной деятельности, правоприменители, но и научная общественность.

Специалистов в области рекламного законодательства в значительной степени интересовало, каким образом в новом законодательном акте будут решены наиболее дискуссионные вопросы и, в частности, отдельные аспекты понятийного аппарата, сферы действия законодательства о рекламе, компетенции контрольно-надзорных органов и др. Нормы, регулирующие отношения в сфере рекламы, хотя и входят в состав различных правовых отраслей, но большей частью относятся к конституционному, гражданскому и административному праву². Действующий закон «О рекламе» институционально закрепил ряд новых понятий, расширил и конкретизировал требования к рекламе, установил требования к рекламе отдельных видов и групп товаров по сравнению с ранее действовавшим Законом «О рекламе» 1995 года, однако в правоприменительной практике возникает ряд дискуссионных вопросов. Закон постоянно претерпевает изменения, поскольку развиваются экономические отношения, меняются требования общества, появляются новые, либо совершенствуются уже имеющиеся средства массовой информации, а также технические возможности для размещения рекламы. В настоящее время рекламная деятельность является одним из самых прибыльных легальных способов получения доходов. В силу этого возникает много вопросов к законодательной базе ее регулирования и в частности споры о том, что считать наружной рекламой, проблемы завуалированной (скрытой) рекламы (что касалось алкоголя) или реклама других товаров, которые ограничены к рекламированию, о влиянии рекламы на правосознание, на избирательный процесс и другие стороны социально-экономического развития государства.

Законодательством о рекламной деятельности предусмотрены общие и специальные требования к содержанию, способу и месту распространения рекламы. Современная реклама «не должна использовать иностранные слова и выражения, которые способны привести к искажению смысла информации, что обусловлено нормами закона о государственном языке РФ»³. К запрещающим мерам следует отнести недопущение использования в рекламе указания на то, что объект рекламирования одобряется органами государственной власти, местного самоуправления или их должностными лицами, что, впрочем, не запрещено в отношении популярных актеров, деятелей науки и искусства. Особое значение в связи с развитием науки приобретают моральные и этические нормы правового регулирования рекламной деятельности, которые, например, не позволяют рекламировать товары, произведенные с использованием тканей эмбриона человека, стволовых клеток и т. д. Дело в том, что запрещенная реклама может причинить не только нравственный, но и материальный вред, как обществен-

¹ Собрание законодательства РФ. — 2006. — № 12. — Ст. 1232.

² См.: Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях; Гражданский кодекс Российской Федерации; Федеральный закон от 13 марта 2006 года № 38-ФЗ «О рекламе»; Закон Российской Федерации от 7 февраля 1992 года № 2300-1 «О защите прав потребителей»; Федеральный закон от 26 июля 2006 года № 135-ФЗ «О защите конкуренции»; Постановление Правительства РФ от 30 июня 2004 года № 331 «Об утверждении Положения о Федеральной антимонопольной службе»; Постановление Правительства РФ от 17 августа 2006 года № 508 «Об утверждении правил рассмотрения антимонопольным органом дел, возбужденных по признакам нарушения законодательства РФ о рекламе»; ГОСТ Р 52044-2003. «Наружная реклама на дорогах и территориях городских и сельских поселений. Общие технические требования к средствам наружной рекламы. Правила размещения» (принятый постановлением Госстандарта РФ от 22 апреля 2003 года № 124-ст).

³ См. статью 68 Конституции РФ, согласно которой государственным языком Российской Федерации на всей ее территории является русский; республики вправе устанавливать свои государственные языки.

ным отношениям, так и непосредственно гражданам. Поэтому диспозиция подпункта 6 пункта 5 статьи 5 Закона содержит запрет в рекламе на указание лечебных свойств объекта рекламирования, за исключением рекламы лекарственных средств и медицинских услуг. Анализируя риск в рекламной деятельности, следует иметь в виду, что он является величиной переменной и то, что было приемлемо вчера, может стать неприемлемым завтра. Каждое новшество как-то и в чем-то меняет те или иные обстоятельства жизни и не только добавляет новый риск, но может и уменьшать или вообще снимать некоторые факторы риска.

Трансформации, которые произошли в обществе в процессе модернизации и индустриальных революций, к середине XX века потребовали новых, более оперативных способов приспособления отдельных граждан к социальным последствиям новейшего времени. «Действительно, изменение среды обитания в ходе промышленной и хозяйственной деятельности человека, осознавшие общество довольно давно, к середине XX века уже привели к постоянно растущему чувству тревоги и обеспокоенности людей... Комплекс отрицательных эффектов, вызываемых новейшими технологиями, поставил на повестку дня проблемы физического выживания человечества»¹.

Подводя итог, необходимо указать, что предпринятую попытку реформирования рекламного законодательства нельзя признать неудачной только на том основании, что в ее результате не были устранены все недостатки, пробелы или появились новые. Всякая попытка достойна положительной оценки, так как в законотворческой практике нет и не может быть примеров создания идеального нормативно-правового акта. Кроме того, нормативный акт, более или менее устраивающий в данный момент, может стать неприемлемым спустя определенное время. Однако это не означает, что ученые должны устраняться от участия в процессе совершенствования законодательства и поиска путей решения обозначенных выше проблем. Поэтому важно проследить преемство основных правовых идей и юридической техники из предшествующего опыта для их приспособления к обслуживанию рекламных правоотношений. Правопреемство в этом процессе выразилось в систематизации всего того, что способствовало и закрепляло институт рекламы в российском праве, обеспечивало свободу информации и защищало интересы участников рекламной деятельности.

¹ Федотова Л.Н. Социология рекламной деятельности. — М., 2007. — С. 309—310.

О.В. Карягина

Карягина Оксана Владимировна — заведующая кафедрой уголовного права и процесса Таганрогского института управления и экономики, адвокат Адвокатской палаты Ростовской области

**Преимственность института медиации
в российском уголовном процессе: проблемы и перспективы
использования зарубежного опыта**

Процесс формирования новых правоотношений всегда происходит под влиянием изменяющихся социально-экономических условий и идеологических установок, поэтому один и тот же термин в разные эпохи и в разных странах может иметь совершенно разное содержание. Однако, независимо от изменений конкретных социальных условий преимущество имеет свое основание в форме перехода от одной правовой системы к другой в форме непрерывного и нескончаемого процесса, в основе которого лежит вечно изменяющееся человеческое бытие, отраженное в правосознании, из которого вырастает наличное право. Медиация является старым инструментом международного права, ориентированным на достижение мира и правопорядка посредством переговоров. Медиация в сегодняшнем виде появилась только во второй половине двадцатого столетия в англосаксонской правовой семье, а позднее распространилась и в романо-германской. Применение медиации позволило в некоторых случаях избежать судопроизводства, и стать методом во многом его превосходящим. Поэтому страны Европы, имеющие богатую традициями, хорошо функционирующую систему правосудия, взяли ее на вооружение, интегрировав в правовую систему. Преимущество в этом случае выступила как способ взаимодействия и сохранения правовых пространства и времени в условиях противоречивости правовых семей.

Введение института медиации в правовое пространство Российской Федерации, как альтернативной процедуры разрешения конфликтных ситуаций, также явилось преимуществом, позволившим субъектам права разрешать их наиболее приемлемым для сторон способом и с помощью посредника заключать мировые соглашения или прекращать производство по делу. Создание условий для применения альтернативной процедуры урегулирования споров с участием в качестве посредника независимого лица — медиатора ориентировано на формирование гражданского общества, развитие партнерских деловых отношений, этики делового оборота и стабилизацию общественных процессов. «Медиация, — пишет О.А. Львова, — это новый метод нахождения консенсуса, который, признавая право на индивидуальность, создает комфортные условия для жизни людей в обществе. И, что не менее важно, она может стать своего рода шансом для включения людей в политическую активность, что ведет к укреплению в обществе демократических институтов»¹. Поэтому ее можно рассматривать как элемент гражданского общества, который способствует реализации прав и свобод граждан, их законных интересов, примирению сторон, не доводя дело до судебного разбирательства. В отличие от рассмотрения дела в суде, медиация позволяет минимизировать финансовые затраты, урегулировать конфликтные ситуации в кратчайшие сроки, снять социальную напряженность в обществе, ограничить сутяжничество, характерное для российской ментальности. Другой особенностью медиации является то, что если в судебном процессе статус истца обычно воспринимается как сторона обвинения, и это заранее влечет определенную психологическую напряженность, явно не способствующую компромиссному решению конфликта, то в процессе медиации стороны ощущают себя равными и настроены на достижение обоюдовыгодного результата.

Правовая преимущество медиации выступает как закономерность, отражающая не дискретный, а непрерывный характер развития общественных отношений, в основе которых лежат те нормы права, которые ориентированы на сохранение правовых институтов, способствующих защите стабильного развития общества посредством примирительных процедур. Совершенствование судебной системы России связано с вступлением в силу Федерального закона от 27 июля 2010 года № 193-ФЗ «Об альтернативной процедуре урегулирования споров с участием посредника (процедуре медиации)»², позволяющего использовать институт медиации в сферах гражданского и арбитражного судопроизводства. Примирение, как достижение взаимного согласия, компромисса в деятельности людей, их объединений и так далее является целью правового регулирования. В правовой истории Рос-

¹ Львова О.А. Медиация — шаг вперед к гражданскому обществу // Российская юстиция. — 2010. — №1. — С. 12.

² См.: Федеральный закон от 27 июля 2010 года № 193-ФЗ «Об альтернативной процедуре урегулирования споров с участием посредника (процедуре медиации)» // Российская газета. — 2010. — № 168.

сии уже в древности были известны примирительные процедуры, которые осуществлялись посредством обряда побратимство, направленного на ограничение применения обычая кровной мести¹. Дело заключается в том, что конфликты невозможно исключить из общественной жизни, и они не всегда носят негативный характер. Поэтому в целях предотвращения или уменьшения их отрицательных последствий складываются механизмы управления конфликтами посредством государства, религии, общественных организаций, отдельных лиц и т. д. В правоприменительной практике все чаще стали использоваться примирительные процедуры, призванные обеспечить стабильность общественных отношений, сохранить правопорядок и безопасность государства и права.

В Федеральном законе «Об альтернативной процедуре урегулирования споров с участием посредника (процедуре медиации)» ничего не говорится о медиации как альтернативном способе разрешения уголовно-правового конфликта, так как многие теоретики и практики уголовного судопроизводства с настороженностью относятся к идеи медиации в уголовном процессе в силу как объективных, так и субъективных причин. Следует согласиться с мнением Л.В. Головки, что «уголовно-правовая медиация полностью выпала из поля зрения или даже считается теоретически невозможной и на концептуальном уровне логически противоречивой, поскольку идеи и техника якобы несовместимы с механизмом действия уголовного права и уголовного процесса»². Кроме того, Федеральный закон указывает, что целью медиации является создания альтернативной процедуры урегулирования споров с участием в качестве посредника независимого лица — медиатора, который должен содействовать развитию партнерских деловых отношений и формированию этики делового оборота, гармонизации социальных отношений. Следовательно, исходя из статьи 1 Федерального закона процедура медиации не может быть использована в уголовном процессе.

Примирительные процедуры в качестве альтернативы уголовному судопроизводству содержатся в нормах международного права, которые рекомендует использовать институт медиации как упрощенное судопроизводство по уголовным делам небольшой степени тяжести. Комитетом министров Совета Европы 15 сентября 1999 года была принята Рекомендация N R (99) 19 государствам — членам Совета Европы, посвященная медиации в уголовных делах. Современное российское уголовное и уголовно-процессуальное законодательство ориентируются на принципы гуманизма, защиту прав человека и гражданина, на использование неперепрессивных начал разрешения криминальных конфликтов. Введение института медиации в российскую уголовно-правовую систему может быть связано с определенными сложностями и, прежде всего, с тем, что медиационные правоотношения должны носить трехсторонний характер, включающий наличие специальных субъектов (медиаторов), которые выступают в качестве посредника между подозреваемым, обвиняемым, подсудимым и потерпевшим. К сожалению, такого института в современной России нет.

В мировой практике институт медиации в уголовном судопроизводстве применяется с целью:

- усовершенствования судебной системы в сфере уголовного судопроизводства и ее элементов;
- использования альтернативных способов разрешения конфликтов, которые существуют параллельно с судебной системой;
- рассмотрения преступлений небольшой степени тяжести, когда возможно примирение сторон или достаточно возмещения причиненного морального и материального вреда.

Возникнув как инструмент упрощения уголовного процесса, институт медиации постепенно превратился в неотъемлемую составную часть англосаксонской правовой системы, который используется для преодоления кризисных ситуаций в правосудии. В ряде зарубежных стран медиация применяется, когда возможности институтов, традиционно занимающихся разрешением правовых конфликтов, оказываются недостаточными, и возникает необходимость поиска альтернативных подходов к разрешению уголовно-правовых споров. Это связано с тем, что правовые решения лишь отчасти могут охватить стремительно меняющуюся в последние десятилетия социально-экономическую реальность.

Медиация в странах англосаксонской правовой системы развивалась в процессе становления особых механизмов разрешения гражданских конфликтов, которые принято обозначать общим термином «альтернативное разрешение споров» (alternative dispute resolution). Медиация как внесудебное разбирательство дел несовершеннолетних нарушителей получила распространение в рамках уголовного судопроизводства Австрии с 1985 года. Впоследствии она распространилась и на дела взрослых правонарушителей, сначала в виде экспериментальной модели, а с июня 2003 года применяется на законных основаниях, в связи с принятием Федерального закона о медиации.

В зарубежной уголовно-правовой теории медиация рассматривается как ускоренное или толерантное производство, допускающее различные варианты законного решения, а законодатель и правоприменитель используют ее как механизм упрощения уголовно-процессуальных процедур. Такой

¹ См.: Ширяева Ю.В. История примирительных процедур в России // Исполнительное право. — 2008. — № 2.

² Головки Л.В. Институт уголовно-правовой медиации и его перспективы в Российской Федерации // Закон. — 2009. — № 4. — С. 127.

подход позволил разработать модель ускоренного уголовного судопроизводства по различным категориям дел. Некоторые теоретики и практики видят в этом определенную опасность для механизма надлежащего обеспечения прав и свобод человека в рамках российского уголовного судопроизводства. Однако, «право каждого на справедливое судебное разбирательство в разумные сроки в настоящее время входит в так называемые международные стандарты прав человека, — пишет Е.В. Марковичева. — При этом следует помнить, что чем дольше срок производства по делу, тем выше риск существенного нарушения прав как обвиняемого или подсудимого, так и потерпевшего»¹. Применение медиации в уголовном процессе заключается в том, чтобы разрешить конфликт в более короткие сроки, вне рамок уголовной юстиции, прибегая к посредничеству третьих лиц, ориентированных на профилактику и борьбу с преступностью.

В случае успешной реализации процедуры медиации лицо, совершившее правонарушение, должно восстановить нарушенное право в приемлемой для потерпевшего форме: извинения; уплаты денежной суммы; выполнения работ на благо общества (пробация); возмещение имущественного ущерба и т. д. Если причинен незначительный ущерб, то потерпевший может удовлетвориться извинениями, как фактом раскаяния преступника. Сложность заключается в том, что, например, медиация в Англии вообще не урегулирована никакими правовыми нормами, и является инициативой юристов-теоретиков, правоприменителей или обществу, поэтому английский уголовный процесс содержит различные варианты медиации, зависящие от местных особенностей и условий.

В англосаксонской правовой системе судебная медиация используется по всем категориям дел. Она тесно связана с такой особенностью процесса, как отложение провозглашения приговора и назначение наказания только после признания лица себя виновным. Иными словами, между рассмотрением двух ключевых вопросов уголовного дела — о виновности и наказании — имеет место, как правило, длительный временной промежуток (и не только в суде присяжных) с целью сбора информации о личности виновного и доказательств его причастности к совершенному преступлению и т. д. В этот момент служба пробации (или какая-либо «профильная» общественная организация) старается выступить посредником между потерпевшим и осужденным, убеждая последнего в необходимости возместить причиненный вред.

В случае успеха медиации и подписания соответствующего соглашения судья должен учитывать действия виновного как раскаяние при назначении наказания. При этом в англосаксонской модели уголовного процесса обе стороны получают удовлетворение, так как потерпевший реально участвует в решении вопроса о мере наказания преступника и получает тот размер компенсации, который сам определяет как обязательное условие соглашения. Выгоды для виновного также очевидны, так как раскаяние и возмещение причиненного ущерба смягчает наказание, а иногда и исключает уголовную ответственность вообще.

В связи с вступлением в силу Федерального закона «Об альтернативной процедуре урегулирования споров с участием посредника (процедуре медиации)» перед российскими учеными и правоприменителями встает вопрос о том, в какой степени может быть использован зарубежный опыт медиации в уголовном процессе в рамках российской правовой системы, и насколько он может быть эффективным. В настоящее время в статье 25 УПК РФ указывается, что прекращение уголовного дела в связи с примирением сторон допускается, в случае если лицо, подозреваемое или обвиняемое в совершении преступления небольшой или средней тяжести, примирилось с потерпевшим и загладило причиненный ему вред, а статья 76 УК РФ определяет круг лиц и условия освобождения от уголовной ответственности в связи с примирением сторон.

Следует отметить, что в законе неизвестно почему использование процедуры медиации ограничивается только частно-правовыми (гражданскими, трудовыми и семейными) отношениями. По нашему мнению, необходимо расширить область применения данного закона и добавить к существующему перечню уголовно-правовые отношения по делам небольшой тяжести, чтобы с одной стороны, разгрузить мировые суды от уголовных дел, относящихся к категории дел частного обвинения, а с другой, — предоставить пострадавшему право самому решать, что делать — продолжать уголовное преследование или нет, при условии, если подобным преступлением не нарушены также законные интересы государства и иных лиц.

Итак, не все деяния могут быть прощены потерпевшим, но лишь те из них, которые допускают извинение, то есть утрачивают общественную опасность в результате прощения. Именно при рассмотрении такой категории дел должна использоваться процедура медиации, поскольку потерпевшему иногда достаточно получения морального удовлетворения от того, что обидчик публично принесет извинения при участии официального лица (лиц). В подобных случаях было бы целесообразно делегировать полномочия медиатора в уголовном судопроизводстве, лицам, пользующимся общественным признанием и уважением, имеющим высокий профессиональный образовательный уровень,

¹ Марковичева Е.В. Роль института медиации в ускорении уголовного судопроизводства // Российский судья. — 2009. — № 9. — С. 27.

безупречную репутацию и заслуги перед обществом и государством и т. д., а не лицам, достигшим восемнадцатилетнего возраста и желающим быть медиаторами.

Таким образом, становление медиации в конечном счете отвечает интересам любого правового государства, ибо способствует: созданию эффективной судебной системы; снижению объема судебных дел и затрат, связанных с их рассмотрением; обеспечению быстрого урегулирования конфликтов и погашению их отрицательных последствий; поощрению такого урегулирования конфликтов, которое отвечает интересам сторон; обеспечению доступности и разнообразия процессуальных форм; вытеснению неправомерных, силовых способов разрешения конфликтов. Такая гибкая, доверительная и творческая уголовно-процессуальная процедура, как медиация, может стать эффективной частью совершенствования механизмов урегулирования споров, вытекающих из уголовных дел небольшой тяжести. Следовательно, современная динамика юридических процессов становления института медиации в российском процессуальном праве сопровождается преимством, как универсальным способом передачи накопленных знаний и опыта от поколения к поколению, от одной правовой культуры к другой.

М.В. Клепоносова

Клепоносова Марина Вячеславовна — кандидат юридических наук, доцент, декан факультета права Нижегородского филиала Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики»

Преемственность принципов защиты гражданских прав в третейском судопроизводстве

В настоящее время имеет место проблема преемственности принципов защиты гражданских прав в третейском судопроизводстве. Данное обстоятельство связано с тем, что институт третейского разбирательства переживает возрождение после длительного застоя в связи с переходом России к рыночной экономике, сопровождающимся неизбежным признанием права частной собственности и свободы договорных отношений. Стремительный рост числа постоянно действующих третейских судов на фоне отсутствия единого понятия природы третейского судопроизводства и единообразной правоприменительной практики в совокупности повлекли за собой целый комплекс вопросов законодательного, теоретического и практического характера.

Согласно статье 4 Федерального конституционного закона «О судебной системе Российской Федерации» (далее — ФКЗ «О судебной системе РФ») третейские суды являются альтернативным способом разрешения споров и не входят в судебную систему РФ. На это обстоятельство обратил, в частности, внимание Конституционный Суд РФ в своем Определении от 13 апреля 2000 года № 45-О, указав, что ни Конституция РФ, ни ФКЗ «О судебной системе РФ» «не относят третейские суды... к судебной системе».

В этой связи, интересным остается вопрос, о том, осуществляют ли третейские суды правосудие, несмотря на свой «квазисудебный» характер. Так, Е.А. Суханов придерживается точки зрения, что третейский суд осуществляет правосудие¹ и основывается, в первую очередь на том, что согласно пункту 1 статьи 11 Гражданского кодекса Российской Федерации (далее — ГК РФ) третейский суд, как и государственный суд общей юрисдикции или государственный арбитражный суд, отнесен к органам судебной защиты гражданских прав. Н.А. Чечина, напротив, настаивает на том, что «правосудие традиционно рассматривается как государственная деятельность, одна из форм реализации суверенитета государства»². Сторонники данной позиции чаще всего апеллируют к статье 4 ФКЗ «О судебной системе РФ», которая определяет, что «правосудие в Российской Федерации осуществляется только судами, учрежденными в соответствии с Конституцией РФ и настоящим Федеральным конституционным законом».

В настоящий момент ответ на данный вопрос не найден. Действительно, деятельность по осуществлению правосудия возложена Конституцией РФ и ФКЗ «О судебной системе РФ» на федеральные суды, конституционные (уставные) суды и мировые судьи субъектов Российской Федерации. Однако, сложно согласиться и с выводом А.В. Цихоцкого, который определяет, что третейское разбирательство — не правосудие, а посредничество, основанное на гражданско-правовом договоре об установлении прав³, в силу того, что решения третейских судов имеют обязательный для сторон характер и при необходимости могут быть исполнены в принудительном порядке.

Проблема соотношения третейского и гражданского (арбитражного) разбирательства проявляется и в принципах третейского разбирательства и гражданского (арбитражного) процессуального права.

М.Э. Морозов и М.Г. Шилова утверждают, что принципы третейского разбирательства не имеют самостоятельной природы.

Как отмечает Е.А. Виноградова, все названные в Законе «О третейских судах в РФ» принципы являются одноименными, но не полностью тождественными по содержанию аналогичным принципам осуществления гражданского (арбитражного) судопроизводства. По ее мнению, иное, нежели в государственных судах, значение применительно к третейскому разбирательству имеют принципы законности и диспозитивности⁴.

¹ См.: Комментарий к Федеральному закону «О третейских судах в Российской Федерации» / Под ред. А.Л. Маковского и Е.А. Суханова. — М., 2003.

² Чечина Н.А. Новеллы и проблемные вопросы в новом Гражданском процессуальном кодексе Российской Федерации // Третейский суд. — СПб., 2003. — № 1 (25). — С. 143.

³ См.: Цихоцкий А.В. Теоретические проблемы эффективности правосудия по гражданским делам. — Новосибирск, 1997. — С. 66.

⁴ См.: Курочкин С.А. Третейское разбирательство гражданских дел в Российской Федерации: теория и практика. — М., 2007.

К признанию самостоятельного характера принципов третейского разбирательства склоняется О.Ю. Скворцов, который отмечает, что, кроме наличия принципов, характерных только для третейского разбирательства, имеется разница и в содержании, которым наполнены одноименные принципы гражданского процесса, с одной стороны, и третейского судопроизводства — с другой¹.

Сложно спорить с тем фактом, что некоторые принципы гражданского (арбитражного) процесса разнятся коренным образом. Так, статья 10 Гражданского процессуального кодекса РФ (далее ГПК РФ) закрепляет принцип гласности. При рассмотрении же дела третейским судом сторонам гарантирована конфиденциальность, которая закреплена в качестве принципа в статье 18 Закона «О третейских судах в РФ».

Что касается одноименных принципов, таких как: законность, диспозитивность, состязательность, — то и их содержание разнится с принципами гражданского (арбитражного) процесса.

Принцип законности означает, что третейское разбирательство споров, во-первых, дозволяется государством, а во-вторых, оно должно основываться на применении норм материального и процессуального права, а не «ex aequo et bono». В связи с этим принцип законности ограничивает усмотрение третейского суда и сторон при рассмотрении дела рамками обязательных норм, установленных федеральным законом².

Принцип конфиденциальности, как мы уже отмечали, характерен именно для третейского разбирательства. Данный принцип направлен на ограничение распространения информации, которая раскрывалась в рамках третейского разбирательства. Обязанность нераспространения подобной информации закон возложил не только на стороны, но и на лиц, которые выполняют технические функции по обеспечению третейского разбирательства (ведению протокола, получению и направлению корреспонденции и т. п.) на основании гражданско-правового договора с одной или обеими сторонами либо с третейским судьей (третейскими судьями). Кроме этого, данный принцип предусматривает закрытость доступа общественности, если стороны не предусмотрят иное. Конфиденциальность относится к одному из важнейших преимуществ третейского разбирательства, так как помогает сторонам исключить огласку спора, а, следовательно, неблагоприятные экономические последствия.

Принцип независимости и беспристрастности третейских судей отражен в статье 8 Закона «О третейских судах в РФ», которая предусматривает, что третейским судьей избирается (назначается) физическое лицо, способное обеспечить беспристрастное разрешение спора, прямо или косвенно не заинтересованное в исходе дела, являющееся независимым от сторон и давшее согласие на исполнение обязанностей третейского судьи. Обращаем внимание на факт того, что отсутствует требование к судье о наличии гражданства РФ. Независимость судей необходимо рассматривать в двух аспектах. Во-первых, ни органы государственной власти, ни учредители постоянно действующих третейских судов, ни их должностные лица или сотрудники — никто не вправе оказывать влияние на рассмотрение судом спора. Во-вторых, между сторонами и третейским судьей должны отсутствовать денежные и иные связи. Независимость и беспристрастность тесно взаимосвязаны между собой, так как, будучи зависимым от сторон, суд не сможет оставаться беспристрастным, а, значит, обеспечить справедливое и законное разрешение спора.

Принцип диспозитивности играет важную роль как в гражданском (арбитражном) процессе, так и в третейском разбирательстве. Сущность данного принципа состоит в предоставлении сторонам права распоряжаться своими материальными и процессуальными правами³. В третейском разбирательстве принцип диспозитивности имеет более широкое развитие, чем в гражданском (арбитражном) процессе. Стороны сами определяют порядок рассмотрения их спора третейским судом, язык, место, третейских судей. Кроме того, передача дела на рассмотрение в третейский суд осуществляется по решению сторон путем заключения третейского соглашения.

Категории «равноправие сторон» и «состязательность» тесно взаимосвязаны между собой. О наличии состязания можно говорить только тогда, когда стороны находятся в равном положении. О.Ю. Скворцов отмечает, что состязательность в третейском разбирательстве реализуется в более «чистых» формах, чем при рассмотрении дела в государственном суде⁴, так как фактически третейский суд лишен возможности влиять на процесс без согласия сторон.

Кроме этого, в качестве принципов третейского разбирательства необходимо назвать принципы «компетенции-компетенции» и автономности третейского соглашения, хотя они прямо и не поимено-

¹ См.: Скворцов О.Ю. Третейское разбирательство предпринимательских споров в России. Проблемы, тенденции, перспективы. — М., 2005.

² См.: Прохоренко В.В. Принципы третейского разбирательства: Принцип законности // Цивилистическая практика. — 2003. — № 2 (7). — С. 55.

³ См.: Скворцов О.Ю. Третейское разбирательство предпринимательских споров в России. Проблемы, тенденции, перспективы. — М., 2005.

⁴ См. там же.

ваны в законе. Их появление в третейском разбирательстве обусловлено спецификой его правовой природы, и они отсутствуют в гражданском или арбитражном процессах.

Принципы «компетенции-компетенции» и автономности третейского соглашения прямо в законе не поименованы, но данные категории следует считать принципами третейского разбирательства в силу их важности. Под принципом «компетенции-компетенции» следует понимать право третейского суда после возбуждения и в ходе третейского разбирательства решать вопрос о наличии у него компетенции. В случае, если третейский суд установит отсутствие у него компетенции, спор в дальнейшем по существу рассматриваться не будет.

Понятие третейского соглашения содержится в статье 2 Закона «О третейских судах в РФ», где оно определено как «соглашение сторон о передаче спора на разрешение третейского суда». Однако данное определение слишком лаконично и не отражает сути третейского соглашения.

Е.А. Виноградова предлагает расценивать третейское соглашение как соглашение сторон о передаче на рассмотрение третейского суда конкретного спора, определенных споров или всех споров, которые уже возникли или могут возникнуть между сторонами в будущем в связи с каким-либо правоотношением независимо от того, носило ли оно договорный характер¹.

В.В. Комаров считает, что третейское соглашение — это соглашение о разрешении третейским судом определенного гражданско-правового спора, возникшего между сторонами, исключающее компетенцию государственного суда².

Однако, несмотря на то, что третейское соглашение традиционно находится в центре внимания, проблема его природы на сегодняшний день не имеет однозначного разрешения. Причина кроется в том, что третейское соглашение имеет как черты частноправового, так и процессуального договора. По этой причине принято считать, что третейское соглашение относится к особому рода юридическим фактам, имеющим одновременно материально-правовой и процессуальный характер и обладающим дуалистическим значением³.

О.Ю. Скворцов отмечает, что в полном смысле третейское соглашение не может быть признано гражданско-правовым договором, оно не направлено на установление, изменение или прекращение гражданских прав и гражданских обязанностей, однако генетически относятся к области частного права⁴, так как является результатом воли частных лиц, и государство не принимает участия в его заключении. Тем не менее, заключение третейского соглашения влечет существенные процессуальные последствия, которые заключаются в изменении подведомственности спора и исключают его из-под юрисдикции государственного суда.

Анализ практики применения законодательства о третейском соглашении также не дает нам однозначного ответа о его правовой природе. Так, Федеральным арбитражным судом Северо-Западного округа в одном из постановлений было отмечено, что стороны, заключив третейское соглашение, распорядились своим правом на обращение в третейский суд, и на этом основании сделан вывод о процессуальном характере соглашения, а также о том, что третейское соглашение не является гражданско-правовой сделкой⁵. В то же время в одном из постановлений Президиум Высшего Арбитражного Суда РФ признал арбитражное соглашение (оговорку) сторон о передаче спора в третейский суд недействительным, основываясь на положениях статьи 168 ГК РФ⁶.

Очевидно, что единая позиция по этому вопросу судами еще не сформирована. По мнению С.А. Курочкина, третейское соглашение не является объектом регулирования собственно гражданского права, но к отношениям, возникающим в связи с признанием третейского соглашения недействительным, субсидиарно могут применяться нормы гражданского права в части, не урегулированной специальным законодательством о третейских судах, с учетом принципов третейского разбирательства вообще и специфических принципов института третейского соглашения в частности⁷.

Говоря о третейском соглашении, невозможно обойти стороной такое его свойство, как автономность. Норма об автономности третейского соглашения закреплена в статье 17 Закона «О третейских судах в РФ».

¹ См.: Арбитражный процесс / Под ред. В.В. Яркова. — 4-е изд. перераб. и доп. — М., 2010. — С. 660.

² См.: Комаров В.В. Международный коммерческий арбитраж. — М., 2005. — С. 38.

³ См.: Рожкова М.А. Договорное право: соглашения о подсудности, международной подсудности, примирительной процедуре, арбитражное (третейское) и мировое соглашения / М.А. Рожкова, Н.Г. Елисеев, О.Ю. Скворцов. — М., 2008.

⁴ См.: Скворцов О.Ю. Третейское разбирательство предпринимательских споров в России. Проблемы, тенденции, перспективы. — М., 2005.

⁵ См.: Постановление Федерального арбитражного суда Северо-Западного округа от 29 января 2004 года по делу № А42-914/03-9 // <http://www.kadis.ru/texts/index.php?id=3984&PrintVersion=1>.

⁶ См.: Постановление Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 10 апреля 2001 года № 3515/00 // <http://www.lawmix.ru/jude/12322>

⁷ См.: Курочкин С.А. Третейское разбирательство гражданских дел в Российской Федерации: теория и практика. — М., 2007.

Автономность третейского соглашения означает, что третейская оговорка независима от основного договора, не следует его судьбе, то есть признание договора недействительным не влечет автоматически недействительность третейского соглашения. Это означает, что третейский суд сохраняет право разрешить спор, возникший из признанного им недействительным договора.

Недействительность основного договора не влияет на действительность третейского соглашения. Оговорка сохраняет свою силу в случаях, когда основной договор не вступил в силу или был расторгнут сторонами, признан недействительным, утратил силу в результате истечения срока своего действия, ненаступления условия, которое было согласовано сторонами как основание для его вступления в силу или исполнения, и т. д. Данная позиция нашла поддержку Высшего Арбитражного Суда, который в своем информационном письме указал, что соглашение о передаче спора в третейский суд сохраняет свою силу и после окончания срока действия договора, содержащего такое соглашение¹.

Третейское соглашение может регулироваться нормами иного права, нежели основной договор, что имеет особую значимость для деятельности международного коммерческого арбитража².

Подобное свойство третейского соглашения связано с тем, что «действия сторон по заключению третейского соглашения и основного договора имеют различную направленность»³, и, кроме того, оно представляет собой дополнительные гарантии защиты их прав, вне зависимости от судьбы основного договора.

При классификации третейских соглашений, если отвлечься от терминологического многообразия, можно выделить два основных типа третейских соглашений: третейский договор (соглашение) и третейская оговорка⁴.

Третейское соглашение — самостоятельное соглашение между заинтересованными лицами, в соответствии с которым они достигают договоренности о третейском разбирательстве споров, которые могут возникнуть в связи с исполнением или толкованием какого-либо материально-правового договора, заключенного этими же лицами.

Третейская оговорка — это включенное в текст основного договора, регулирующего материально-правовые отношения сторон, условие о третейском разбирательстве споров, которые могут возникнуть в связи с данным договором в будущем.

К заключению третейского соглашения необходимо подходить с большой осторожностью, так как необходимо четко конкретизировать отношения, споры из которых в будущем будут подлежать передаче на рассмотрение в третейский суд. Целесообразно заключать третейское соглашение путем составления отдельного документа, если стороны предусматривают создание суда ad hoc для разрешения спора, и прописать там регламент создаваемого суда. Если же стороны планируют передать дело на рассмотрение в институциональный третейский суд, тогда, имеет смысл инкорпорировать третейскую оговорку в текст основного договора.

Стороны в третейском соглашении могут прописать полностью правила третейского разбирательства, в частности: число судей, распределение расходов, место, язык, а так же возможность оспаривания решения третейского суда в государственном суде. Согласно статье 40 Закона «О третейских судах в РФ» решение третейского суда может быть оспорено, только если в третейском соглашении не сказано, что решение третейского суда является окончательным. Поэтому независимо от того, закреплено или нет в регламенте (положении) третейского суда, что его решения являются окончательными, стороны должны четко определить для себя этот момент. Иначе решение, вынесенное третейским судом, должно считаться оспоримым, поскольку в этом случае нельзя утверждать, что стороны пришли к соглашению об окончательности такого решения⁵. Сторонам следует тщательно обдумать включать ли в текст третейского соглашения подобную оговорку, поскольку она исключает возможность последующего пересмотра решения. Однако, принимая во внимание высокую степень доверия, которой характеризуются отношения сторон и третейского суда, данную оговорку все же целесообразно включать. В противном случае рассмотрение дела третейским судом и денежные затраты сторон окажутся бессмысленными.

Далее мы остановимся на форме третейского соглашения. В статье 7 Закона «О третейских судах в РФ» сформулировано основополагающее требование относительно формы третейского соглашения.

¹ Информационное письмо Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 22 декабря 2005 года № 96 «Обзор практики рассмотрения арбитражными судами дел о признании и приведении в исполнение решений иностранных судов, об оспаривании решений третейских судов и о выдаче исполнительных листов на принудительное исполнение решений третейских судов» // «РГ-Бизнес». — 2006. — № 545.

² См.: Курочкин С.А. Третейское разбирательство гражданских дел в Российской Федерации: теория и практика. — М., 2007.

³ Ануров В.Н. Несостоятельность третейского соглашения // Третейский суд. — 2007. — № 2. — С. 96.

⁴ См.: Рожкова М.А. Договорное право: соглашения о подсудности, международной подсудности, примирительной процедуре, арбитражное (третейское) и мировое соглашения / М.А. Рожкова, Н.Г. Елисеев, О.Ю. Скворцов. — М., 2008.

⁵ Бондаренко В. Третейский суд: теория и практика // Корпоративный юрист. — 2006. — № 1. — С. 43.

Установлено, что такие соглашения должны быть облечены в письменную форму. Также достаточно жестко сформулированы последствия несоблюдения данного требования в виде признания третейского соглашения незаключенным. Речь идет не о недействительности третейского соглашения, а об отсутствии соглашения как такового.

Таким образом, необходимо разобраться, что подразумевает законодатель, говоря о письменной форме третейского соглашения. Закон приводит следующую формулировку: «Третейское соглашение считается заключенным в письменной форме, если оно содержится в документе, подписанном сторонами, либо заключено путем обмена письмами, сообщениями по телетайпу, телеграфу или с использованием других средств электронной или иной связи, обеспечивающих фиксацию такого соглашения». Анализ данного положения позволяет выявить существенные отличия в законодательном регулировании третейского соглашения Законом «О третейских судах в РФ» и Законом «О международном коммерческом арбитраже». Если Закон РФ «О международном коммерческом арбитраже» предусматривает, что арбитражное соглашение может быть заключено путем обмена «исковым заявлением и отзывом на иск, в которых одна из сторон утверждает о наличии соглашения, а другая против этого не возражает» (п. 2 ст. 7), то ФЗ «О третейских судах в РФ» не содержит соответствующих положений. Соответственно возникает вопрос: насколько подобный способ заключения третейского соглашения соответствует Закону «О третейских судах в РФ». Подобный способ вряд ли отвечает требованиям закона, так как превратить молчание в согласие можно только в силу закона.

Условия признания третейского соглашения недействительным совпадают с условиями признания недействительными сделок, указанными в ГК РФ. Подводя итог вопросу о третейском соглашении, отметим, что оно является основанием для передачи спора на рассмотрение в третейский суд, поэтому его содержание необходимо продумать с особой тщательностью. Именно из третейского соглашения будет впоследствии исходить суд при рассмотрении вопроса о наличии или отсутствии у него компетенции на разрешение спора.

В силу того, что процедуру третейского разбирательства стороны вправе определять самостоятельно, в основе правового регулирования третейского процесса лежит не только Закон «О третейских судах в РФ», но и третейское соглашение сторон, а также регламенты постоянно действующих третейских судов.

Третейское разбирательство принято разделять на несколько этапов, каждому из которых присущи определенные процессуальные действия: стадия возбуждения деятельности (производства); стадия подготовки правоприменительного акта; стадия принятия правоприменительного акта (вынесения решения)¹.

На стадии возбуждения производства по делу третейский суд решает вопрос о принятии искового заявления, проверяет наличие третейского соглашения, соблюдение истцом порядка обращения в третейский суд, уплату третейского сбора.

Сформированный состав третейского суда осуществляет действия по подготовке дела к разбирательству. Ключевым элементом данной стадии является разрешение судом вопроса о наличии у него компетенции рассматривать спор. Кроме этого в рамках данной стадии ответчик представляет отзыв на исковое заявление, а также судом может разрешаться вопрос о необходимости применения обеспечительных мер.

По общему правилу, третейское разбирательство осуществляется в заседании с участием сторон или их представителей. На данной стадии активно проявляют себя принципы состязательности и диспозитивности, так как стороны обязаны доказать те обстоятельства, на которые они ссылаются и завершается вынесением решения третейским судом.

Каждая стадия имеет существенные особенности, и на каждой активно себя проявляет тот или иной принцип третейского разбирательства. В основе ярко выраженного процессуального характера правоотношений между сторонами и судом лежит частный договор лиц, что свидетельствует о смешанной природе третейского разбирательства.

¹ См.: Курочкин С.А. Третейское разбирательство гражданских дел в Российской Федерации: теория и практика. — М., 2007.

С.Н. Клоков

Клоков Сергей Николаевич — кандидат юридических наук, старший преподаватель кафедры общеправовых дисциплин Нижегородской академии МВД России

Проблемы соблюдения стандартов Совета Европы по правам человека в уголовно-процессуальном законодательстве России

Права человека на протяжении многих веков продолжают оставаться одной из главных тем и в общественных науках, и в повседневной жизнедеятельности людей. При этом в теории прав человека до сих пор сохраняется круг вопросов, не получивших своего разрешения, поэтому сегодня тема обеспечения прав человека нуждается в серьезном исследовании и обосновании с различных позиций.

Как явление общественное, права человека показывают степень развития общества, которое всегда пытается совместить свободу и уважение отдельной личности с общим благом. Политическая суть прав человека — это способность противостоять произволу политической власти и способности граждан принимать участие в формировании и деятельности институтов государственной власти. С юридической точки зрения права человека представляют собой совокупность правовых норм, которые выражают способность личности приобретать определенные блага для удовлетворения тех или иных потребностей. Нравственная сторона прав человека выражается в побуждениях к добру и справедливости. Обеспечение прав человека предполагает их воплощение в правовом и культурном обществе, основанном на началах взаимопонимания, уважения и признания прав и интересов других людей.

Российское государство, провозгласив курс на приобщение к демократическим идеалам мирового сообщества, в формировании нового отношения к личности ориентируется на международные стандарты в области прав человека. Они предусматриваются международными правовыми актами, и, в первую очередь, Международным пактом о гражданских и политических правах от 16 декабря 1966 года¹, являющимся, согласно статье 15 Конституции России, составной частью правовой системы России. Кроме того, в современных условиях для обеспечения прав лиц, которым преступлением причиняется вред, особое значение приобретает Декларация основных принципов правосудия для жертв преступлений и злоупотребления властью, принятая Генеральной Ассамблеей ООН 29 ноября 1985 года, в которой подчеркивается, что к жертвам преступлений следует относиться с состраданием и уважать их достоинство, так как они имеют право на доступ к механизмам правосудия (п. 4)². В связи с этим государствам и их правительствам в форме детализированных рекомендаций предлагается создавать условия для реституции, компенсации, социальной помощи жертвам. Согласно статье 8 Всеобщей Декларации прав человека от 10 декабря 1948 года³ каждый человек имеет право на эффективное восстановление в правах компетентными органами государства в случаях нарушения его основных прав, предоставляемых конституцией или законом.

Среди правоохранительных органов Российской Федерации значительную роль в обеспечении прав человека играют органы внутренних дел. Многообразие функций и задач, а также «приближенность» к повседневной жизни граждан делают их центральным звеном в системе защиты прав индивида от противоправных посягательств. Обеспечение прав человека органами внутренних дел включает два направления, которые, выступая как самостоятельные элементы деятельности этих органов, тем не менее находятся в неразрывной связи друг с другом⁴.

Первое из этих направлений отражает интересы государства в части принудительного воздействия на индивидов в целях соблюдения законности и правопорядка. Второе предусматривает интересы человека, личности, когда его права и свободы становятся наиболее уязвимыми.

Обобщая международные стандарты в области соблюдения прав человека в уголовном судопроизводстве России, можно прийти к выводу, что реализация прав жертв преступлений при расследовании уголовных дел связана, во-первых, с предоставлением лицу информации о его роли и объеме

¹ Международный пакт о гражданских и политических правах от 16 декабря 1966 года // Международное гуманитарное право в документах. — М., 1996. — С.40—60.

² Декларация основных принципов правосудия для жертв преступлений и злоупотребления властью: Резолюция Генеральной Ассамблеи ООН 40/34 от 29 ноября 1985 года // Сборник стандартов и норм Организации Объединенных Наций в области предупреждения преступности и уголовного правосудия. — Нью-Йорк, 1992. — С. 242—244.

³ Всеобщая Декларация прав человека от 10 декабря 1948 года // Российская газета. — 1995. — 5 апреля.

⁴ Малько А.В. Стимулы и ограничения в праве: теоретико-информационный аспект. — Саратов, 1994. — С. 27—28.

принадлежащих ему прав, сроках и результатах их осуществления; во-вторых, с созданием ему условий для изложения заявлений, ходатайств на различных этапах расследования согласно национальной системе уголовного судопроизводства; в-третьих, с оказанием ему надлежащей помощи, обеспечением безопасности его самого и членов его семьи; в-четвертых, с предотвращением неоправданных задержек при расследовании преступлений; в-пятых, с созданием условий для справедливой реституции жертве, ее семье¹.

Вместе с тем, анализ действующего в настоящее время УПК РФ позволяет сделать вывод о недостаточности проработанности ряда его норм в части предоставления всем гражданам равных прав по защите своих прав.

Так, в соответствии с частью 1 статьи 319 УПК РФ мировой судья в случае подачи ему заявления о возбуждении дела частного обвинения, не соответствующего требованиям статьи 318 УПК РФ, должен вынести постановление о возврате заявления лицу, его подавшему, для приведения заявления в соответствие с указанными требованиями и устанавливает срок для этого. А в случае неисполнения данного указания — отказывает в принятии заявления к своему производству.

Однако, срока, в течение которого судья должен вынести постановление о возврате заявления, предельного срока, который он может установить для исправления недостатков заявления, срока принятия им решения об отказе в приеме заявления к своему производству УПК не содержит, что, безусловно, является определенным отступлением от принципа разумности сроков рассмотрения должностным лицом жалобы гражданина на нарушение его прав (п. 1 ст. 6 Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод²).

Остановившись на праве гражданина рассчитывать на возмещение вреда, причиненного преступлением, следует сказать, что анализ уголовно-процессуального закона позволяет составить примерный перечень действий компетентных государственных органов, направленных на обеспечение возмещения данного вреда:

- признание физических и юридических лиц гражданскими истцами (ч. 1 ст. 44 УПК);
- привлечение соответствующих субъектов в качестве гражданских ответчиков (ч. 1 ст. 54 УПК);
- доказывание характера и размера вреда, причиненного преступлением (ст. 73 УПК);
- розыск и возвращение законным владельцам предметов преступного посягательства (ст. 81 УПК);
- разъяснение обвиняемому или лицам, несущим за него материальную ответственность, необходимости добровольного возмещения (заглаживания) причиненного преступлением материального и морального вреда, признаваемого обстоятельством, смягчающим наказание, в соответствии с пунктом «к» статьи 61 УК РФ;
- наложение ареста на имущество и принятие предусмотренных законом мер к его сохранности в порядке статьи 115 УПК.

Приведенный перечень средств обеспечения гражданского иска не является исчерпывающим, так как по нашему мнению, в качестве иного действенного средства подобного обеспечения можно было бы рассматривать и залог (ст. 106 УПК).

Так, действующая редакция УПК рассматривает залог исключительно как меру пресечения, избираемую в целях обеспечения явки к следователю, дознавателю или в суд подозреваемого, обвиняемого и предупреждения совершения ими новых преступлений. То есть применение залога в настоящее время не преследует цель защиты имущественных интересов ни потерпевших, ни государства.

Вместе с тем, в дореволюционной России Устав уголовного судопроизводства 1864 года, напротив, предусматривал возможность применения залога не только как меры пресечения, но и как способ обеспечения возмещения вреда потерпевшему. Залогодателем мог быть как сам обвиняемый, так и другое лицо. В качестве залога применялись деньги и движимое имущество, сумма залога не могла быть меньше причиненного потерпевшему вреда. В случае побега обвиняемого указанная сумма расходовалась на возмещение вреда пострадавшему лицу³.

Такое применение залога в качестве меры обеспечения возмещения вреда потерпевшему, по нашему мнению, безусловно будет способствовать не только повышению уровня реального обеспечения возмещения вреда и стимулировать добровольное возмещение вреда, заглаживание причиненного ущерба, но и сокращению числа лиц, к которым в качестве меры пресечения на стадии предварительного расследования применяется заключение под стражу.

Данное положение дел в полной мере соответствовало бы европейской правовой доктрине, нацеленной на защиту личности от чрезмерного ограничения ее прав со стороны государства, согласно

¹ См. об этом подробнее: *Егоров С.Е.* Права человека в уголовном процессе: международные стандарты и российское законодательство. — М., 2008. — С. 72.

² Европейская конвенция о защите прав человека и основных свобод от 4 ноября 1950 года и Протоколы к ней // Международное гуманитарное право в документах. — М., 1996. — С. 69—93.

³ См.: *Петрухин И.Л.* Меры пресечения в дореволюционной России // Советское государство и право. — 1988. — № 7. — С. 123.

которой, нельзя только лишь на основании подозрения о существующей возможности совершения данным лицом малозначительного либо средней тяжести преступления, применять к нему меру пресечения в виде заключения под стражу ввиду явной несоразмерности средств и достигаемой цели.

Справедливо замечание о том, что полезный эффект от залога снижается, если обвиняемый (подозреваемый) все же скроется от органов предварительного следствия (суда) и совершит новое преступление. Но, во-первых, в этом случае государство сможет получить определенную компенсацию, так как в соответствии с частью 9 статьи 106 УПК в случае невыполнения или нарушения подозреваемым, обвиняемым обязательств, связанных с внесением за него залога, залог по судебному решению обращается в доход государства, хотя при этом интересы потерпевшего и гражданского истца будут существенно подорваны. А во-вторых, нельзя забывать, что назначением современного российского уголовного судопроизводства в полном соответствии с основными мировыми стандартами по соблюдению прав человека является, прежде всего, не защита интересов государства, а защита прав и законных интересов лиц и организаций, потерпевших от преступления. Именно поэтому в современных условиях назрела насущная необходимость выработки действенных мер, которые более эффективно защитили бы потерпевших от преступления в случае неисполнения обвиняемым (подозреваемым) уголовно-процессуальных обязательств, обеспеченных залогом.

Кроме того, законодателю следовало бы подумать и о возможности сохранения ареста на имущество при передаче иска на рассмотрение в порядке гражданского судопроизводства. Так, в настоящее время данная мера процессуального принуждения отменяется на основании постановления, определения лица или органа, в производстве которого находится уголовное дело, когда в применении этой меры отпадает необходимость (ч. 9 ст. 115 УПК РФ). В силу пункта 8 части 2 статьи 213 УПК на досудебных стадиях наложение ареста отменяется при прекращении уголовного дела и уголовного преследования независимо от оснований соответствующих процессуальных решений. Однако, по нашему мнению, такое положение не в полной мере отвечает интересам потерпевшего и гражданского истца. Безусловно справедливым выглядит решение об отмене наложения ареста при прекращении уголовного дела по основаниям, предусмотренным пунктом 1 части 1 статьи 24 УПК (при отсутствии события преступления), статьей 25 УПК (в связи с примирением сторон), при прекращении уголовного преследования по основаниям, предусмотренным пунктом 1 части 1 статьи 27 УПК (в связи с непричастностью подозреваемого или обвиняемого к совершению преступления).

В остальных же случаях (п. 2—6 ч. 1 ст. 24, п. 3—6 ч. 1 ст. 27, ст. 28 УПК) обоснованность отмены наложения ареста на имущество вызывает некоторые сомнения, так как в этой ситуации отмене данной меры принуждения может привести к тому, что вред окажется невозмещенным и в порядке гражданского судопроизводства. В связи с этим представляется актуальным в целях соблюдения основных прав лиц, пострадавших от преступления, закрепить за потерпевшим и гражданским истцом право ходатайствовать перед следователем (дознавателем) о сохранении мер обеспечения гражданского иска при прекращении уголовного дела по основаниям, предусмотренным пунктами 2—6 части 1 статьи 24 УПК, пунктами 3—6 части 1 статьи 27 УПК, статьи 28 УПК РФ. Логично было бы данных участников уголовного судопроизводства на досудебных стадиях наделять и правом напрямую ходатайствовать перед судом о наложении ареста на имущество, чтобы они не зависели от усмотрения следователя (дознавателя), если тот не посчитал необходимым применить данную меру процессуального принуждения.

Анализируя содержание статьи 8 Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод от 4 ноября 1950 года, декларирующей право каждого на уважение частной и семейной жизни, жилища и корреспонденции, а также соответствующей ей статьи 23 Конституции РФ, предписывающей ограничение права на тайну переписки, телефонных разговоров, почтовых, телеграфных сообщений только на основании судебного решения, нельзя не обратить внимание на содержание статьи 179 УПК РФ, которая допускает освидетельствование потерпевшего для обнаружения на его теле особых примет, следов преступления, телесных повреждений, выявления состояния опьянения или иных свойств и признаков, имеющих значение для дела, если для этого не требуется производство судебной экспертизы. При этом если для освидетельствования свидетеля требуется его согласие, то, исходя из буквального толкования указанной статьи, для потерпевшего выражения такого согласия законодателем не предусмотрено. Таким образом, по нашему мнению, указанная норма не соответствует требованиям статьи 8 Конвенции.

Рассматривая основные права участников уголовного судопроизводства, подвергающихся за совершение преступления уголовному преследованию со стороны государства, следует назвать некоторые проблемы по своему времени предоставляемые этим лицам возможности защищаться.

Так, часть 3 статьи 50 УПК предусматривает в определенных случаях возможность проведения следственных действий с подозреваемым или обвиняемым в отсутствие защитника независимо от воли и желания подозреваемого и обвиняемого. А статья 52 УПК предоставляет обвиняемому и подозреваемому право в любой момент отказаться от защитника.

В то же время часть 2 статьи 75 УПК устанавливает, что показания подозреваемого, обвиняемого, данные в ходе досудебного производства по уголовному делу в отсутствие защитника, включая слу-

чаи отказа от защитника, и не подтвержденные подозреваемым и обвиняемым в суде, являются недопустимыми доказательствами.

Фактически получается, что показания обвиняемого и подозреваемого, данные ими во время следственных действий, проведенных хотя и без защитника, но с соблюдением требований уголовно-процессуального законодательства, при отказе в суде от этих показаний, что случается практически по каждому уголовному делу, не только не могут быть проверены, сопоставлены с другими доказательствами, оценены, но и вообще даже не могут быть исследованы во время судебного разбирательства, поскольку закон автоматически признает их недопустимыми доказательствами.

Следующая проблема. В соответствии со статьями 42, 44, 45, 54, 55, 215, 216 УПК потерпевший, гражданский истец и гражданский ответчик вправе знакомиться с материалами уголовного дела по окончании предварительного расследования и следователь в силу части 2 статьи 215 УПК должен уведомить их об окончании следственных действий. Соответственно, при этом следователем назначается им время явки для ознакомления с материалами дела.

Статья 215 УПК предусматривает возможность отложения до 5 суток ознакомление с материалами дела участников уголовного судопроизводства, которые по уважительным причинам не могут явиться в срок, установленный им следователем. Но часть 3 этой статьи говорит о том, что такое отложение возможно в случае неявки по уважительным причинам только защитника, законного представителя обвиняемого, представителя потерпевшего, гражданского истца, гражданского ответчика.

Сами же обвиняемый, потерпевший, гражданский истец и гражданский ответчик в этот перечень не попали. Так сколько их следует ждать в случае неявки по уважительным причинам? Вместе с тем, часть 5 той же статьи 215 УПК содержит следующее правило: если обвиняемый, не содержащийся под стражей, не является для ознакомления с материалами уголовного дела без уважительных причин, (то есть по уважительным причинам может и не являться) то следователь по истечении 5 суток со дня объявления об окончании следственных действий либо со дня окончания ознакомления с материалами уголовного дела иных участников уголовного судопроизводства, указанных в части 2 настоящей статьи, составляет обвинительное заключение и направляет материалы уголовного дела прокурору.

Рекомендации Совета Европы о соблюдении принципа соразмерности применяемых мер пресечения совершенному деянию и избрание наиболее строгой из них — заключение под стражу лишь за тяжкие и особо тяжкие преступления, безусловно, отвечают уровню современного развития российского общества в целом и отечественной уголовно-процессуальной науки в частности. Вместе с тем, анализ ряда норм действующего УПК обнаруживает пробелы и в области применения мер принуждения. Так, в соответствии с частью 2 статьи 238 УПК при приостановлении по результатам предварительного слушания уголовного дела, по которому скрылся обвиняемый, не содержащийся под стражей, судья избирает ему меру пресечения в виде содержания под стражей и поручает прокурору обеспечить его розыск.

Поскольку данная норма содержит императивное указание об избрании такому лицу меры пресечения только в виде содержания под стражей, сразу же возникает вопрос о том, что она не соответствует положениями статьи 108 УПК, в соответствии с которой содержание под стражей ни при каких обстоятельствах не может быть избрано как в отношении несовершеннолетних, обвиняемых в совершении преступлений небольшой тяжести, так и в отношении взрослых лиц, обвиняемых в совершении преступлений, за которые уголовным законом вообще не предусмотрена возможность назначения наказания в виде лишения свободы.

Обозначенные проблемы в области соблюдения прав граждан при расследовании уголовных дел, к сожалению, являются не единственными в действующей редакции УПК и они требуют отдельного анализа и осмысления.

Сказанное выше наглядно показывает, что на современном этапе основными тенденциями преобразования уголовно-процессуальных норм в российском уголовном судопроизводстве должны стать гуманизация законодательства, в основе которого должен быть положен отказ государства от карательного подхода в осуществлении уголовно-правовой политики и формирование системы, основанной на идеях восстановительного правосудия, поиск альтернатив уголовному преследованию, предоставление гражданам, пострадавшим от преступления, дополнительных процессуальных возможностей для защиты своих прав при строгом соблюдении процедуры ограничения основных конституционных прав подозреваемых (обвиняемых). При этом гарантией реализации прав личности в сфере уголовного правосудия должен стать действенный механизм осуществления уголовного судопроизводства, отвечающий основным европейским стандартам соблюдения государством важнейших гражданских прав.

Н.Н. Ковтун

Ковтун Николай Николаевич — доктор юридических наук, профессор, профессор кафедры уголовного права и уголовного процесса Нижегородского филиала Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики»

Основные начала проверки судебных решений в уголовном процессе России — стереотипизация правовых установок

Смерть догмы — рождение реальности.

И. Кант

В октябре 2011 года юридическая общественность, скорее всего, будет отмечать двадцатилетие Концепции судебной реформы в России¹, естественно, особо выделяя при этом «...несомненные демократические преобразования» в функционировании отдельных уголовно-процессуальных институтов, и, видимо, несколько скромнее объясняя, почему в целом с реформами (по столь желательному состязательному образцу) получилось, извините, «как всегда». И первое, и второе, столь же естественно и с большим пониманием, будет воспринято юридической общественностью, ибо исторически России достаточно известна преемственность как реализации (столь долгожданных) реформ, так и весьма закономерно следующих за ними контрреформ², призванных, как правило, к восстановлению «пошатнувшихся» и незыблемых для власти устоев.

Скрупулезный анализ, как первого, так и второго — не предмет настоящей работы, ибо эти моменты, представляется, достаточно отражены в российской уголовно-процессуальной доктрине. Кроме того, «реформы», как известно, в развитии, и на новом витке «модернизации» российского государства и общества, его судебно-правовой системы «на слуху» уже инновационные составляющие, весьма активно внедряемых в последние годы новаций. Причем внедряемых, подчеркнем, с реформом все тех же известных идей: об утверждении судебной власти в государственном механизме как подлинно самостоятельной и влиятельной силы или об организации уголовного судопроизводства на принципах состязательности и равноправия сторон.

Помнится, именно эти идеи были столь же принципиально заявлены и при разработке известной Концепции судебной реформы (1991 г.), и в контексте принятия принципиально нового, как утверждалось, УПК РФ (2001 г.). В этой связи, демонстрируемая преемственность в отстаивании, как данных инновационных идей, так и перманентных усилий по их претворению в повседневную практику уголовного судопроизводства России — не может не радовать. Процесс, устроенный по состязательному образцу, действительно, являет примеры своей эффективности, традиционно характеризуется в качестве оптимального средства обеспечения интересов и прав заинтересованных лиц. Отсюда, последовательное стремление к указанным образцам, несомненно, отражает положительные свойства преемственности, ее стабилизирующий фактор.

Правда, при обращении непосредственно к сути (перманентно) внедряемых нормативных новаций явно настораживает то обстоятельство, что сама состязательность (в ее итоговом российском доктринально-нормативном контексте) несколько отличается от известных и, по идее, общепризнанных в целом стандартов. Особенно, в понимании и практической реализации этой идеи в странах с англосаксонской правовой традицией, где основополагающими для суда и сторон, как известно, являются следующие правовые идеи, отражающие квинтэссенцию состязательного строя процесса:

- «*nemo sine actor*» — «нет процесса без иска»;
- «*tantum devolutum quantum appellatum*» — «сколько жалобы — столько разбирательства»;
- «*judex ne eat ultra petita partium*» — «суд не может выйти за рамки требований сторон» (тождество иска);
- «*nemo invitus agere cogiture*» — «добровольный отказ стороны от иска прекращает дело».

¹ См.: Постановление Верховного Совета РСФСР от 24 октября 1991 года «О концепции судебной реформы в РСФСР» // Концепция судебной реформы в Российской Федерации. — М., 1992.

² Для примера: кардинальные реформы 1860—1864 годов во многом были нивелированы контрреформами 1889 года; элементы реформы уголовно-процессуального законодательства, нашедшие свое отражение в УПК РФ 2001 года, столь же последовательно (к 2010 г.) нивелированы актами конституционного правосудия, а затем и непосредственно законодателем.

Увы, но эти, достаточно апробированные почти тысячелетней практикой отправления правосудия, правовые идеи — весьма своеобразно «переработаны» российской уголовно-процессуальной доктриной и практикой отправления правосудия в российских судах. То ли посредством своеобразно понимаемой рецепции права, то ли вследствие *аккультуризации*, примененной в соответствии с национальной политико-правовой традицией, казалось бы, незыблемые начала состязательной формы процесса получили традиционное публично-правовое звучание. В итоге, и публичное начало (судебного) процесса с его принципом-доминантой всеобщей законности достаточно неожиданно являет себя в контексте сугубо диспозитивных отношений сторон, и категория объективной истины, как цель деятельности суда, публично «взывает» к его практически неограниченной активности в тех правовых ситуациях, когда задачей является лишь точное удовлетворение заявленного интереса сторон.

Объективно отражая собой наиболее устойчивые стереотипы (десятилетиями формировавшегося социалистического) правосознания относительно сущего и должного в уголовном процессе, указанные идеи с завидной настойчивостью обнаруживают себя в контексте (внедряемых) новелл, являя в итоге все тот же «советский» уголовный процесс, всецело публичный и инквизиционный, по сути. И в этом контексте, если о преемственности и следует говорить, то лишь как средстве стереотипизации правовых установок — механической подгонки сложного правового явления под устойчивую общую формулу (стереотип), а priori заявленную и единственно верной, и социально полезной.

В итоге, именно посредством догм-стереотипов обеспечивается такое состояние системы, при котором противоречия в состязательной форме отдельных из производств воспринимаются как данность, без излишних усилий, без внутренней борьбы и критического анализа явления в целом. Чтобы не быть голословными в этих моментах, обратимся к последним новеллам уголовно-процессуального закона России, отражающим, как (явно) заявлено, не просто очередной, а именно кардинальный этап судебной реформы, в соответствии с которым принципиально изменена сама суть апелляционного, кассационного и надзорного порядка проверки судебных решений. Речь, прежде всего, о Федеральном законе № 433-ФЗ от 29 декабря 2010 года¹.

Специалистам, практикующим в сфере уголовного судопроизводства России, в целом известны основные (социально-нормативные) детерминанты столь широко предложенных нормативных новаций.

Во-первых, это широко озвученные тезисы о том, что исключительно апелляционный порядок проверки судебных решений, в силу известных преимуществ (своей) процессуальной формы, единственно в состоянии обеспечить заинтересованным лицам, как надлежащую защиту их нарушенных интересов и прав, так и конституционное право на пересмотр уголовного дела по существу более опытным и компетентным судом.

Во-вторых, достаточно известны дискуссии о предмете и процессуальной форме проверки в судах кассационных и надзорных инстанций, ибо при распространении апелляции на все виды решений, вынесенных по первой инстанции, предмет кассационной проверки должны составлять исключительно свойства юридической законности проверяемых судебных решений, но никак не их обоснованности. Кроме того, по сути окончательных актов суда, как предмета кассационной и надзорной проверки, подлежал разрешению также вопрос об установлении достаточно кратких пресекательных сроков реализации подобной процедуры проверки. С учетом действия принципа правовой определенности и правовой стабильности окончательных актов суда актуализировалась также проблема нормативного определения особых оснований возможной отмены/изменения судебных решений, вступивших в законную силу.

В-третьих, на обсуждение был поставлен вопрос о сохранении в российском уголовном процессе самого надзорного порядка проверки. При распространении апелляции на все виды судебных решений и восстановлении в российском уголовном процессе классической, по сути, кассации, сохранение надзорного производства в структуре контрольно-проверочных производств, как утверждалось, уже не вызывалось действительными потребностями практики.² Кроме того, неоднократный пересмотр окончательных актов суда в различных судебных инстанциях не согласуется и с актами международно-правового характера, и с принципом правовой определенности судебных решений, вступивших в законную силу.

В-четвертых, озвучивая цели очередного этапа судебно-правовой реформы, законодатель однозначно декларировал приверженность к организации именно такого порядка проверки в судах вышестоящих инстанций, который был бы основан исключительно на исходных состязательных образцах.

¹ См.: Федеральный закон от 29 декабря 2010 года № 433-ФЗ «О внесении изменений в уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации и признании утратившими силу отдельных законодательных актов (положений законодательных актов) Российской Федерации» // Российская газета. — 2010. — 31 декабря.

² См., например: *Давыдов В.А.* Пересмотр в порядке надзора судебных решений по уголовным делам: производство в надзорной инстанции: Научно-практическое пособие. — М., 2006. — С. 18, 36; *Дорошков В.В.* Нельзя реформировать судопроизводство, не реформировав судоустройство // Уголовный процесс. — 2010. — № 12. — С. 13. *Романов С.В.* Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 5 февраля 2007 года № 2-П и проблема обеспечения исключительного характера проверки приговоров в порядке надзора в уголовном судопроизводстве // Журнал конституционного правосудия. — 2009. — № 1; и др.

Насколько эти идеи нашли реальное свое воплощение в предложенных нормативных новациях — можно понять при обращении непосредственно к тексту закона. При этом предметом анализа должны, видимо, стать именно узловые моменты введенных новаций, по сути, формирующие новую процессуальную форму реформированных контрольно-проверочных производств (гл. 45¹, 47¹, 48¹ УПК). Определяющими в этом контексте видятся нормы: формирующие предмет и пределы деятельности суда в рамках исследуемых производств; нормативно, закрепляющие суть его исходных (судоустройственных, по сути) начал; системно определяющие полномочия суда и сторон.

И здесь, как выяснилось, новации оказались не столь кардинальны. Заявления об исходно-состязательной сути проверки, реализуемой в судах вышестоящих инстанций, — во многом на уровне деклараций. На деле же в сути предложенных производств стереотипы все тех же публичных идей, основанные на концептах «советской» законности и объективной истины, как цели деятельности суда. Процесс проверки в вышестоящих судах остался публичным по сути и имеет своим конечным концептом не обеспечение интересов и прав заинтересованных лиц, а установление искомой законности. При этом стереотип искомой законности остался не только неизменным по сути, но и объявлен единственно верным, не подлежащим возможному обсуждению.

Для того, что бы понять явную ошибочность и нерациональность такого подхода обратимся непосредственно к нормам закона.

1. Пределы проверки в судах вышестоящих инстанций. Процессуальная форма проверки в судах вышестоящих инстанций всегда в той или иной мере (была) связана с действием ревизионного начала деятельности суда. Согласно последнему суд вышестоящей инстанции изначально обладал правомочием (в соответствии со своим убеждением) выйти за пределы требований сторон, изложенных в жалобе, и проверить в целом уголовное дело как в отношении всех осужденных (в том числе, жалоб не подававших), так и в отношении всех нарушений закона. В том числе, естественно, тех, на которые стороны вообще не ссылались.

Названное полномочие суда, по сути, традиционно воспроизводилось законодателем в УПК РСФСР 1923 или 1960 годов, и столь же традиционно объяснялось действием идеи публичной законности. Согласно данной идее, не должен считаться законным и справедливым акт правосудия, в котором выявленные (однородные) нарушения закона исправлялись в отношении одного осужденного и оставались без внимания суда в отношении другого, жалоб не подававшего. В итоге, в интересах публичной законности вышестоящий суд, реализуя процедуру проверки, был обязан ревизионно реагировать на любые, инициативно выявленные нарушения закона, обеспечивая правосудность итоговых актов суда. Для обеспечения искомой законности высшие должностные лица суда были, в том числе, наделены правомочием по принесению протестов на окончательные акты суда, с целью устранения нарушений закона.

В нормах УПК РФ 2001 года, заявленного по состязательному образцу, законодатель, в соответствии с концепцией судебной реформы, во-первых, отказался от указанных выше протестов, как в принципе несовместимых с ролью суда. Во-вторых, применительно к ревизионному началу кассационной и надзорной проверки категория «обязан» уступила место, по идее, диспозитивному «вправе». Кардинального изменения в векторах деятельности суда это, правда, не принесло, ибо, как справедливо указывалось в российской уголовно-процессуальной доктрине, при существующей организации деятельности суда и имеющемся правосознании судей, вышестоящие инстанции, как и ранее, в императивном порядке ревизионно реагировали на любые нарушения закона, как указанные, так и не указанные в отзывах сторон.

Для нас (пока) принципиально не это, а именно воля законодателя, изложенная в нормах части 2 статьи 360 УПК РФ. В первоначальной редакции указанной нормы суд, рассматривающий уголовное дело в апелляционном и кассационном порядке, как известно, проверял законность, обоснованность и справедливость обжалованного судебного акта лишь в той части, в которой он был обжалован. По сути, в соответствии с состязательным строем процесса проверка жалобы (не дела!) в вышестоящем суде была организована именно по образцу: «*tantum devolutum quantum appellatum*» — «сколько жалобы — столько разбирательства». И в соответствии с назначением исследуемых производств и ролью суда в состязательном уголовном процессе именно такую организацию проверки следовало бы считать оптимальной, соответствующей интересам сторон.

Однако принципиальности подхода хватило законодателю ровно на год. Уже 4 июля 2003 года в соответствии с Федеральным законом № 92-ФЗ часть 2 статьи 360 УПК РФ была дополнена нормой о том, что «...если при рассмотрении уголовного дела будут установлены обстоятельства, которые касаются интересов других лиц, осужденных или оправданных по этому же уголовному делу и в отношении которых жалоба или представление не были поданы, то уголовное дело должно быть проверено и в отношении этих лиц»¹.

¹ При этом, правда, не может быть допущено ухудшение их положения. Однако указанная оговорка закона была единственным, по сути, условием, сдерживающим восстановленную публичную активность суда.

Объяснения данной новелле известны, ибо относятся все к той же законности, согласно которой суд якобы а priori не вправе не реагировать на нарушения закона, инициативно выявленные им при реализации той или иной формы проверки, хотя стороны и не апеллировали к ним.

Еще более широко ревизионное начало деятельности суда по нормам УПК РФ (2001 г.) представлено в судах надзорной инстанции (ч. 1—2 ст. 410 УПК). В рамках этого производства суд вообще не связан волей сторон, изложенной в отзыве, и всегда проверяет уголовное дело в полном объеме¹. Именно последнее традиционно трактуется как в принципе несовместимое с исключительным порядком надзорного производства и принципом правовой определенности окончательных актов суда. Тем не менее, сложившиеся стереотипы в понимании публичной законности, превалируя и в процессуальной доктрине, и в воле законодателя, упорно формируют по своему образцу процессуальную форму проверки, которая если и объявлена состязательной, то лишь по сугубо конъюнктурным мотивам, но никак не по сути.

В соответствии с очередными «состязательными» новациями, предложенными Федеральным законом № 433-ФЗ, ревизионное начало проверки не только сохранилось в процессуальной форме исследуемых контрольно-проверочных производств, оно явно усилило свои позиции; и, прежде всего, в суде апелляционной (ст. 389¹⁹ УПК) и кассационной инстанции (ст. 401¹⁶ УПК).

В каждом из указанных производств речь (как и ранее) идет о проверке в целом уголовного дела, а не доводов жалобой заявителей применительно к конкретному предмету проверки. Тем самым, явно обозначены векторы на обеспечение именно публичной законности в целом производства по делу, а не интересов и прав заинтересованных лиц (апелляторов, кассаторов...), изложенных в отзыве. Как и ранее, при рассмотрении (в целом) уголовного дела суд апелляционной и кассационной инстанции в принципе не связан доводами внесенного отзыва, и вправе проверить производство по делу в полном объеме.

Естественно, при подобной организации пределов проверки жалоба/представление, внесенные в суд, служат лишь формальным поводом для инициации процедуры проверки, которая в дальнейшем уже не зависит от доводов заинтересованных лиц, а реализуется в интересах публичной воли закона. Декларируемая состязательная форма проверки, в итоге, подавлена публичным началом деятельности суда, основу которого составляет стереотип (искомой) публичной законности.

Между тем, если ревизионное начало деятельности суда и правомерно (отчасти) в качестве необходимого средства проверки, то лишь в суде апелляционной инстанции, где, во-первых, категория правовой определенности еще не является имманентно присущим свойством окончательного судебного акта, как это имеет место в суде кассационном или надзорном. Во-вторых, в силу того, что предмет апелляционной проверки, в отличие от кассации, включает в себя и фактическую, и юридическую сторону постановленных судебных решений, и свойства их справедливости. Именно это, нередко, в отличие от кассации или надзора, требует ревизионных начал деятельности суда. Что касается кассационного или надзорного производства, то здесь познавательные возможности суда значительно ограничены и (столь широко предложенное) ревизионное начало проверки не в состоянии их компенсировать.

Интересно изложены подходы законодателя и применительно к пределам деятельности суда надзорной инстанции (глава 48¹ УПК). С одной стороны, Президиум Верховного Суда РФ проверяет критерии законности обжалованных судебных решений исключительно в пределах доводов надзорной жалобы или представления, что есть установление правила: «*judex ne eat ultra petita partium*» — «суд не может выйти за рамки требований сторон». С другой стороны, в интересах публичной законности суд вправе выйти за пределы доводов жалобы/представления и рассмотреть дело в полном объеме (ст. 412¹² УПК)².

Суммируем: исключительный и диспозитивный по сути характер проверки окончательных актов суда в принципе несовместим с ревизионным характером деятельности суда, выступающего субъектом проверки. Это же начало несовместимо с принципом правовой определенности окончательных судебных решений, противоречат правилу *res judicata*, так как отсутствие ограничений в пределах подобной ревизии потенциально включает в предмет проверки и оценки суда не только свойства законности, но и фактической обоснованности его окончательных актов³.

Необъяснимое непонимание этих моментов — само по себе в состоянии нивелировать суть предложенных нормативных новаций. Состязательная форма процесса, на которой (по идее) «настаивает»

¹ При сохранении, правда, ограничительного условия, формирующего сущность и содержание начала недопустимости поворота к худшему в положении осужденного (оправданного).

² Учитывая, что предметом судебной проверки в суде надзорной инстанции (глава 48¹ УПК) также является вступившее в законную силу (окончательное) решение суда, достаточно сложно понять: в чем именно ценность различий в подходах законодателя к установлению исследуемых пределов проверки в суде кассационной и надзорной инстанции.

³ На это, к примеру, прямо указывается при оценке внесенных новелл. См.: Лазарева В.А. Какие недоработки в Законе № 433-ФЗ важно устранить до вступления его в силу // Уголовный процесс. — 2011. — № 3. — С. 37—43.

законодатель применительно к процессуальной форме проверки в контрольно-проверочных стадиях (производствах), не приемлет подобной организации деятельности суда. Поэтому, ревизионное начало проверки должно быть в принципе исключено из реформированного кассационного и надзорного порядка пересмотра судебных решений (если мы, конечно, признаем исключительный характер указанных производств и принцип правовой определенности окончательных актов суда). Предмет усилий суда в названных производствах, при подлинно состязательном строе процесса, должны составлять исключительно доводы заинтересованных лиц, приведенные в отзыве. И как бы это ни выглядело «кощунственным» для отдельных исследователей или руководства высших судебных инстанций страны, законным, обоснованным и справедливым выступает решение, которое готовы признать в качестве такового именно стороны, хотя бы вышестоящий суд и был убежден в обратном. В данной связи, если стороны не апеллируют к отдельным из нарушений закона, то и суд, реализующий кассационную или надзорную форму проверки, не должен являть активность в исследовании отмеченных нарушений, используя их в качестве оснований для корректировки состоявшихся и окончательных, по сути, актов суда.

2. Предмет проверки. По нормам статьи 389⁹ УПК РФ предмет проверки в суде апелляционной инстанции составляют свойства законности, обоснованности и справедливости обжалованных судебных решений. Предмет проверки в суде кассационной (ст. 401¹ УПК) и надзорной инстанции (ч. 2 ст. 412¹ УПК), напротив, составляют свойство исключительно законности состоявшихся судебных решений. В итоге, проверка фактической стороны приговора отнесена к компетенции только суда апелляционной инстанции. При инициации дальнейших механизмов обжалования (кассация или надзорное производство) заинтересованные лица вправе формулировать перед судом вышестоящей инстанции исключительно требования о проверке юридической законности состоявшихся и окончательных, по сути, актов суда.

И первое, и второе соответствует как актам международно-правового характера, так и принципу правовой определенности окончательных актов суда. В этой связи изменение подходов законодателя к определению предмета проверки, в целом, оправданно. Вместе с тем, принципиальность подходов законодателя в определении (указанного) предмета проверки может быть поставлена под сомнение. Во-первых, в силу того, что если свойства законности и обоснованности итоговых решений суда составляют самостоятельные основания для отмены или изменения проверяемых актов суда, то несправедливость приговора, по смыслу статьи 398¹⁸ УПК РФ, неразрывно увязывается с неправильным применением норм материального права. В данной связи, проверяя в порядке кассационного (ст. 401¹⁵ УПК) или надзорного (ст. 412⁹ УПК) производства искомые свойства законности, вышестоящий суд неизбежно войдет в оценку и справедливости (обжалованного) судебного акта. Во-вторых, в качестве средства проверки законодателем, как уже отмечалось, не только оставлено, но и явно усилено ревизионное начало деятельности суда в кассационной и надзорной инстанции, согласно которому суд вправе выйти за пределы внесенного отзыва и проверить дело в полном объеме.

Законодатель не поясняет, насколько указанным ревизионным началом охватывается проверка свойств не только законности, но и фактической обоснованности окончательных актов суда. Между тем, эта двойственность в понимании сути закона в состоянии нивелировать усилия законодателя по ограничению предмета проверки в судах кассационной или надзорной инстанции. Во всяком случае, в российской уголовно-процессуальной доктрине уже высказаны опасения относительно того, что посредством неограниченного использования ревизионного начала проверки суды кассационной или надзорной инстанции (для восстановления публичной законности) будут выходить за границы установленного предмета проверки и оценивать и фактическую сторону проверяемых судебных решений¹.

3. Инстанционность судебного пересмотра. Суть данного начала в организации деятельности суда заключается в том, что для апелляционного (ч. 2 ст. 389³ УПК), кассационного (ч. 2 ст. 401³ УПК) и надзорного (ч. 3 ст. 412¹ УПК) порядка проверки судебных решений законодателем установлена строгая очередность рассмотрения жалобы судами различных инстанций.

Ранее также уже отмечалось, что в преддверии очередного этапа реформ активно обсуждался вопрос о допустимости неоднократной проверки окончательных актов суда в различных судебных инстанциях. По идее, сложилась и общность подходов в вопросе о том, что окончательные акты суда, если и могут быть предметом возможной судебной проверки, то лишь в одной судебной инстанции, при наличии особых оснований для инициации подобного производства и еще более особых оснований для отмены или изменения окончательного акта суда. Иной бы подход, как утверждалось, вступал бы в явное противоречие с принципом *res judicata*, разрушал бы правовую определенность окончательных актов суда.

И в этом принципиальном контексте явно ошибочными, прежде всего, являются подходы законодателя, согласно которым кассационная проверка окончательных судебных решений (по нормам За-

¹ См., например: Лазарева В.А. Какие недоработки в Законе № 433-ФЗ важно устранить до вступления его в силу // Уголовный процесс. — 2011. — № 3. — С. 37—43.

кона № 433-ФЗ) может осуществляться неоднократно и в различных кассационных инстанциях. О том, что это не техническая, по сути, ошибка, а именно принципиальная позиция законодателя, последовательно проведенная в новом законе, свидетельствуют нормы:

— пункт 3 части 1 статьи 401⁴ УПК РФ, согласно которому в содержании кассационной жалобы (представлении) в обязательном порядке должно быть указание на суды, рассматривавшие уголовное дело по первой, апелляционной или кассационной инстанции, и (краткое) содержание принятых ими решений;

— часть 3 статьи 401⁴ УПК РФ, согласно которой, если кассационные жалоба, представление ранее подавались в суд кассационной инстанции, в (новой) кассационной жалобе или представлении прокурора должно быть указано на принятое по жалобе (представлению) решение;

— пункт 5 части 1 статьи 401¹⁴ УПК РФ, согласно которому одним из итоговых решений суда кассационной инстанции может быть отмена постановления суда (нижестоящей) кассационной инстанции и передача уголовного дела на новое кассационное рассмотрение.

Идея неоднократной кассационной проверки судебных решений, по сути, «скопирована» законодателем с действующего порядка проверки обжалованных судебных решений в суде надзорной инстанции (глава 48 УПК), где (отдельные) окончательные акты суда могут стать предметом неоднократной проверки, как минимум, в трех надзорных инстанциях, последовательно сменяющих друг друга. Однако в соответствии с составительным «духом» новелл, заявленных Федеральным законом № 433-ФЗ, она же является явно непродуктивной для реформированного кассационного производства (глава 47¹ УПК). Во-первых, в силу того, что по сути обновленной кассации — предметом проверки суда является решение уже вступившее в законную силу (окончательный акт суда). В данной связи, именно действие принципов правовой определенности и правовой стабильности призвано к ограничению неоднократного их пересмотра. Во-вторых, по смыслу предложенных новаций: кассационный суд вправе проверить исключительно свойства юридической законности обжалуемого решения, но никак не фактической его обоснованности. В связи с этим, вряд ли целесообразно повторно ставить на разрешение еще одной кассационной инстанции этот достаточно выясненный вопрос. Сохранение с учетом этих подходов неоднократного кассационного пересмотра окончательных судебных решений не является продуктивным, и противоречит основной идее реформы. Кроме того, в-третьих, законодатель не «не нашел сил» отказаться и от надзорной проверки окончательных актов суда (глава 48¹ УПК), которая по сути внесенных новелл является практически полным аналогом обновленного кассационного производства. В данной связи, дважды проверенный в различных кассационных инстанциях, окончательный акт суда — столь же легко может стать предметом еще одной (аналогичной) проверки в суде надзорной инстанции.

Более того, во многом именно стереотипы (искомой) законности побудили законодателя к принятию настолько радикальной новеллы, что предметом повторного пересмотра (проверки в надзорном порядке) может стать и решение Президиума Верховного Суда РФ (п. 5 ч. 3 ст. 412¹ УПК). Законодатель настолько не доверяет компетентности судей и правосудности итоговых решений судов первой, апелляционной, кассационных и надзорной инстанции, что уже позволяет ставить на повторную проверку даже решения высшей судебной инстанции страны. Тезис о том, как это соотносится с принципом правовой определенности окончательных актов суда, естественно, не обсуждается. Как конвенционально не обсуждается и то обстоятельство, что при постановке на (еще одну надзорную) проверку решений Президиума Верховного Суда РФ, по сути, нет законного судебного состава, ибо большинство членов президиума уже выполняли обязанности судей в ходе первичной проверки. Следовательно, либо надо признать, что правила отвода в данном случае конвенционально не действуют, либо «стыдливо» не обсуждать эти моменты, ибо задачи поиска истины и восстановления публичной законности оправдывают любые усилия законодателя или суда.

4. Обязательность указаний вышестоящего суда к суду нижестоящему. Еще одним средством к установлению публичного строя проверки, с его концептами объективной истины и публичной законности, в ходе реализации контрольно-проверочных производств выступает такое начало проверки, как обязательность указаний суда вышестоящей инстанции к суду нижестоящему.

В настоящее время данное начало проверки присуще лишь кассационному и надзорному производству (главы 43—45, 48 УПК). По нормам действующего УПК РФ суд апелляционной инстанции — не вправе направить уголовное дело на новое судебное рассмотрение в суд нижестоящей инстанции (ч. 3 ст. 367 УПК). Суть и основное отличие апелляционного производства как раз и заключаются в том, что вышестоящий, более компетентный и опытный суд, реализуя судебное разбирательство в полном объеме, обязан самостоятельно исправить все ошибки и нарушения суда первой инстанции, вынося в итоге новое судебное решение, полностью заменяющее собой предыдущее. В данной связи, как полномочия суда апелляционной инстанции, так и установленная процессуальная форма проверки должны быть максимально достаточны для решения этих задач исследуемого контрольно-проверочного производства, что, соответственно, исключает необходимость нормативной регламентации (обязательных для исполнения) указаний, адресованных нижестоящему суду.

Однако, при «реформировании» процессуальной формы (нового) апелляционного производства законодатель считает возможным поступиться этой весьма продуктивной процессуальной гарантией. В соответствии с частью 3 статьи 389¹⁹ предложенного Закона: «Указания суда апелляционной инстанции обязательны для суда первой инстанции и для прокурора, если уголовное дело возвращено для устранения обстоятельств, препятствующих вынесению законного и обоснованного решения». По сути указанной нормы суд апелляционной инстанции уже избавлен от ранее императивной обязанности к самостоятельному исправлению указанных в жалобе (представлении) или самостоятельно выявленных ошибок. Эта обязанность может быть переложена на суд первой инстанции. Обеспечена и императивность такого решения для нижестоящих инстанций, поскольку по смыслу части 4 статьи 389²⁰ УПК РФ указания апелляционного суда отныне обязательны для нижестоящего суда, под угрозой отмены вновь состоявшихся итоговых судебных решений при их игнорировании.

Таким образом, посредством сугубо административного ресурса руководство вышестоящих инстанций страны уже в состоянии обеспечить единообразие в применении закона всеми судами, входящими в иерархию судебной системы. Оставлено, естественно, это средство управления судами и обеспечения единой судебной практики и в суде кассационной (ч. 6 и 7 ст. 401¹⁶ УПК) и надзорной инстанции (ч. 2 и 3 ст. 412¹² УПК).

Озвученные новеллы, безусловно, не исчерпывают собой всех явных или весьма искусно закамуфлированных средств к установлению и реализации именно публичного строя проверки в судах вышестоящих инстанций. Более того, сама состязательность, как утверждается, весьма органично воспринятая нашей судебной системой, в силу сложившихся стереотипов о цели, задачах и основных началах деятельности суда, настолько интерпретирована в «привычном» публично-инквизиционном контексте, что если о свойствах последней и вспоминают в процессе, то лишь когда ее элементы не противоречат началу публичности. В итоге, со временем вполне ожидаема преемственность как в основных моментах научных дискуссий относительно оптимальной формы проверки в судах вышестоящих инстанций, так и преемственность очередных этапов реформ, призванных к «окончательному» установлению подлинно состязательной формы процесса. В стране с периодически разрушаемой и неуклонно восстанавливаемой «вертикалью власти», суд просто не может являться ни независимым органом власти, ни средством обеспечения интереса и прав заинтересованных лиц, тем более средством ограничения диктата исполнительной власти. При изначально установленной «тягловой» системе служения набор имеющихся судебно-следственных средств, соответственно, должен быть приспособлен только «к служению». И наиболее оптимальным средством последнего в уголовном процессе, безусловно, выступает публичность всех действий и решений суда. В данной связи, если преемственность и наблюдается в российском уголовном процессе, то лишь в перманентном воспроизведении этого исходного начала проверки под предлогом «состязательных» или «социально-ориентированных» реформ.

С.В. Кодан

Кодан Сергей Владимирович — доктор юридических наук, профессор, заслуженный юрист Российской Федерации, профессор кафедры теории государства и права Уральской государственной юридической академии

Исторический подход в изучении преемственности и новаций в юридической политике Российского государства (XIX — начало XX в.)

Взгляд на развитие государственно-правовых институтов в России через призму политики в историческом контексте позволяет исследовать и понять место и роль преемственности и новаций в совершенствовании нормативно-регулятивной системы российского общества и на современном этапе. В исторических исследованиях юридическая и правовая политика Российского государства как исследовательская проблема лишь в последние годы начинает получать свои очертания. При обилии публикаций, прямо или косвенно связанных с изучением государственно-правовых институтов России на различных этапах ее истории, собственно юридическая политика лишь становится предметом историко-юридических исследований. В данном ключе представляется актуальным изучение юридической политики Российского государства на различных этапах его истории, ретроспективный взгляд на которую позволяет выявить закономерности политико-правового развития страны, показать сохранение традиций и модернизационные процессы в государственно-правовой сфере деятельности, что особенно интересно в рассмотрении политико-юридического ракурса преемственности и новаций в развитии государства и права. Рассмотрим следующие вопросы в данном контексте.

1. Политико-юридический подход в изучении истории государственно-правового развития России.

Процесс формирования и развития государства и права в России, как и в других странах, неразрывно связан с государственной политикой, в которой постепенно выделяется особая ее сфера — юридическая. Исследуя исторический контекст юридической политики государства, необходимо остановиться на понятии юридической политики в данном аспекте, направлениях изучения юридической политики и модернизационном значении политического воздействия Российского государства на юридическую сферу XIX — начала XX века.

Юридическая политика и государственно-правовая сфера жизнедеятельности общества, их развитие отражают политические процессы и с ранних форм формирования государственной власти и государства показывают характер использования аппарата государственного управления и законодательства как средств управления обществом. По мере решения проблем развития страны, стоящих перед государственной властью, и сам юридический инструментарий, юридическая сфера деятельности государства все более становятся объектом воздействия верховной власти, которая отработывает свои управленческие и законодательные средства воздействия на различные сферы жизнедеятельности общества. В процессе развития в отдельную, обособленную сферу политической деятельности выделяется собственно и сама юридическая политика как специфическое явление, связанное с формированием и институциональной реализацией государственной политики в юридической сфере деятельности¹.

Понятие «политика» весьма многообразно и рассматривается в широком диапазоне — от «искусства управления» до «искусства возможного, искусства компромиссов, искусства согласования желаемого и объективно возможного», отмечает Н.И. Матузов. При этом заметим, что политика как специфическая сфера человеческой деятельности связана с принятием и реализацией решений, в большинстве случаев затрагивающих интересы всего общества. Не вдаваясь в детализацию этой проблемы, согласимся с А.И. Демидовым, который считает, что термин «политика» при множественности понятийного изложения «чаще всего и в теории, и на практике употребляется в двух» смы-

¹ См.: Алексеев С.С. Основы правовой политики России: Курс лекций.— Екатеринбург, 1995; Матузов Н.М. Общая концепция и основные приоритеты российской правовой политики // Правовая политика и правовая жизнь. Академический и вузовский юридический журнал. — 2000. — Ноябрь; Матузов Н.М. Актуальные проблемы российской правовой политики // Государство и право. — 2001. — № 10; Матузов Н.М. Политическая и правовая жизнь России: актуальные проблемы. Учебное пособие. — М., 2000; Малько А.В. Правовая политика современной России: цели и средства / А.В. Малько, К.В. Шундигов // Государство и право. — 2001. — № 7; Исаков Н.В. Правовая политика современной России: проблемы теории и практики. — Саратов, 2003.

словых значениях: 1) «целенаправленная деятельность людей в сфере властных, государственных, классовых, национальных отношений» и 2) «характеристика атрибутов существования государственных институтов и иных политических формирований». Эти общие подходы для нас определяют общий контекст «политической жизни», но при этом заметим и значение политики в значении управленческого искусства. Б.А. Стародубский по этому поводу справедливо подчеркивает, что «политикой называют искусство управления государством — все то, что касается постановки перед государством определенных задач, указания способов разрешения этих задач и, естественно, самой деятельности государства по разрешению поставленных задач», он продолжает, что «политику потому и называют искусством, что она предполагает умение найти те задачи, на решение которых следует направить деятельность государства, и те пути, идя по которым государство способно решить поставленные задачи»¹.

Центральным субъектом политических отношений, максимально сосредоточившим в своих руках власть и различного рода ресурсы, является государство. Именно оно может определяющим образом влиять на различные процессы как внутри страны, так и в межгосударственном общении. По характеру поставленных и решаемых государством задач происходит и процесс выделения сфер его политической деятельности. И если первоначально различали всего две сферы политики — внешнюю (задачи, стоящие перед государством в отношениях с другими государствами) и внутреннюю политику (задачи, стоящие перед государством внутри страны), то в связи с расширением и усложнением деятельности государства внутри страны в рамках внутренней политики стали выделять более узкие сферы политической деятельности — экономическую политику, социальную политику, культурную политику и т. д. В качестве сферы политического воздействия выделяется и юридическая (от лат. *juridikus* — относящийся к праву) деятельность. При этом, исходя из дуализма явлений, входящих в юридическую сферу жизнедеятельности общества, связанных и с государством и правом, а также образующих соответствующий общий объект и предмет юридического познания, данное обозначение по смысловому содержанию можно использовать применительно к определению разновидности политики — юридической². Поэтому в целом государственная политика и рассматривается как деятельность и искусство управления государством различными процессами и сферами жизнедеятельности в стране, а юридическая политика одной из этих сфер — государственно-правовой (юридической). На базе изложенных общих концептуальных подходов и остановимся на характеристике юридической политики как многогранного явления³.

Государственно-правовая система общества выступает по отношению к политической деятельности государства как объект его политического воздействия на юридическую сферу и как средство реализации политики. Именно поэтому она в политике государства выступает в двух срезах. Во-первых, юридическая политика имеет *внутреннее содержание*, поскольку государственно-правовая система в целом выступает в роли одного из объектов государственной политики именно как юридической и объектом воздействия носителей государственной власти. Здесь политика, проходя через призму их мировоззрения, проявляется в формировании общей идеологии, практических проектов и программ по развитию государства и права, в их реализации на уровне государственно-правовых преобразований. При этом необходимо учитывать предшествующее развитие и ту базу — состояние политико-правовой системы, на которой базируется и от которой отталкиваются в своей деятельности «движущие силы политики» — политическая элита и политическая бюрократия, нередко персонально совпадающие в одних лицах, влияние системобразующих факторов юридической политики, связанных с формой государства как способом образования, организации и осуществления власти, большое значение имеет идеологический контекст, связанный с формированием и оформлением концепций, планов и проектов преобразований в политико-правовой сфере жизни общества. Во-вторых, юридическая политика имеет внешнюю сторону, поскольку государственно-правовая система выступает в качестве средства реализации различных видов политики государства, становится инструментом, с помощью которого субъекты государственной власти оказывают управленческое (организационное и норматив-

¹ См. также: Стародубский Б.А. Общая политология. Основы теории политической жизни общества. — Екатеринбург, 2000. — С. 151; Матузов Н.И. Правовая политика: понятие и приоритеты // Политология для юристов: Курс лекций. — М., 1999. — С. 121—122.

² См.: Нерсисянц В.С. Юриспруденция. Введение в курс общей теории права и государства. — М., 1999. — С. 58—63.

³ См. более подробно о формировании и содержании понятия «юридическая политика» в историческом и теоретическом планах: Юридическая политика Российского государства в 1800—1850-е годы: деятели, идеи, институты. — Екатеринбург, 2005; Юридическая политика российского государства как исследовательская проблема // Наш трудный путь к праву: Материалы философско-правовых чтений памяти академика В.С. Нерсисянца. — М., 2006. — С. 323—346; Бакарджиев Я.В. Юридическая политика государства: понятие, основные характеристики, факторы формирования и направления реализации: Дис... канд. юрид. наук. — Екатеринбург, 2006; Бакарджиев Я.В. Теоретико-методологические основы исследования юридической политики государства. — Курган, 2008.

ное) воздействие на разнообразные общественные отношения и процессы. В этом отношении своеобразный содержательно-инструментальный характер юридической политики как средства преобразующего воздействия на управление социальными отношениями придает юридической политике некое универсальное свойство в использовании властью юридических средств (государственных и правовых институтов) для решения стоящих перед государством управленческих задач и достижения политических целей, поскольку, подчеркивает С.С. Алексеев, «институты — это и есть “образованные” и “опредмеченные” социальные явления, которые в результате отчуждения обрели собственное бытие и воплощены во внешне очерченных, структурно определенных, твердых и устойчивых формах существования и функционирования»¹.

Юридическая политика становится именно тем каналом, который позволяет обеспечить правовую оформленность, закрепление в источниках права других направлений политической деятельности государства (экономической, социальной, образовательной и др. политики), позволяет оформить соответствующие решения в необходимых юридических формах и в них же обеспечить реализацию закрепленных политических установок. При этом юридическая политика как разновидность политической деятельности приобретает черты универсальности, ее инструментарий позволяет различного рода внутри- и внешнеполитические решения оформить соответствующим юридическим образом. Она становится в деятельности государства особой сферой, показателем определенного этапа его цивилизованности, когда необходимые политические решения могут через достаточно широкий юридический инструментарий получить соответствующее оформление и реализацию, когда появляется связанность и ограничение самовласти и чиновного произвола соответствующими юридическими институтами — представительными учреждениями, внятным и систематизированным законодательством, доступными изданиями узаконений, четко организованной и контролируемой на всех уровнях исполнительной системой, независимым правосудием, развитым юридическим образованием и наукой. Юридическая политика обеспечивается в своем оформлении наиболее действенным институтом ее реализации — правом. В рассматриваемом аспекте принципиально важна позиция И.Ю. Козлихина о том, что «право, заключающее в себе принципы юридического равенства, свободы и человеческого достоинства, получая свое выражение в публичных законах, цивилизует политику, приводит ее из дикого состояния, в котором имеет смысл только сила, а если и право, то право сильного, в такое состояние, в котором обеспечиваются права и интересы всех: меньшинства и большинства»². Поэтому изучение юридической политики, формирование ее направлений, институтов, инструментария позволяет в историко-юридическом плане более глубоко изучить и понять процессы формирования правовой мысли, правительственной правовой идеологии и механизмов ее реализации на уровне государственно-правовых институтов.

Исходя из рассмотренных положений, *юридическая политика Российского государства в XIX — начале XX века* выступает как сфера политической деятельности верховной государственной власти, которая выступает как следствие властной управленческой деятельности и направлена на определение стратегии и тактики развития юридической сферы государственной деятельности и совершенствование институтов, связанных с формой правления, политико-территориальным устройством, определением общественного устройства и системой взаимоотношений с подданными, а также с развитием механизмов издания и систематизации законодательных актов, преобразованиями в системе государственного управления и государственной службы, судебной системы, системы надзора, организации подготовки юристов и развитием правоповедения. При этом именно в формировании и реализации юридической политике особое место занимает проблема опоры на традиции, учет преемственности и определение места и эффективности предлагаемых и внедряемых новаций в государственно-правовое развитие страны.

2. Преемственность и новации в определении направлений юридической политики Российского государства в XIX — начале XX века.

В исследовании юридической политики государства в целом, а в рамках нашего исследования деятельности Российского государства в XIX — начале XX века в частности, важно определиться с системой своеобразных «координат» — направлений политико-преобразующей деятельности государства. В процессе политической деятельности государственной власти, ее влияния на развитие политико-правовой системы общества деятельность в юридической сфере получает и находит выражение в двух блоках явлений. С одной стороны, в качестве системообразующих факторов, в контексте преемственности влияющих на политическую деятельность государства, образующих сферу политического бытия выступают государственная власть (субъект политики), общество (объект политического воздействия) и политическое пространство (территория государства). С другой — сама политическая деятельность в юридической сфере становится одной из важнейших социально-преобразующих практик и воплощается в юридической практической деятельности. Д.И. Луковская, говоря о юриди-

¹ Алексеев С.С. Избранное. — М., 2003. — С. 181.

² Козлихин И.Ю. Право и политика. — СПб., 1996. — С. 187.

ческой практике, справедливо подчеркивает, что «в законотворческой и законоприменительной деятельности находит выражение юридическая политика, которая взаимодействует с экономической, культурной политикой и т. п.»¹.

Юридическая политика формируется, реализуется и находит внешнее выражение в своеобразной триаде «Личность — Идея — Институт». В ней присутствуют: персонифицированные лично и мировоззренчески участники политических процессов («личности» — государственные деятели), формирующие с учетом конкретных факторов развития страны идеологию преобразований («идеи» — идеологическое обоснование и оформление концепций и решений преобразовательного характера), которая находит выражение в государственно-правовом инструментарии деятельности государства («институт» — внешне выраженные формы, результат преобразующего воздействия в юридической сфере).

Именно поэтому, на наш взгляд, необходимо выделить конкретные направления и линии формирования и реализации юридической политики — ее составные «политики». В теории государства и права и юридической политологии определяется, что политика в правовой сфере выражается в направлениях этой деятельности — правотворческой, правоприменительной, правоинтерпретационной, доктринальной, правообучающей². Соглашаясь с этими подходами в целом, выделим пять направлений юридической политики, которые отражают государственное воздействие на юридическую сферу.

Основным направлением выступает законодательное, которое нередко выделяют и обозначают как «законодательную политику» и которое может рассматриваться как основной вид и направление юридической политики. В ходе ее реализации в процессе законотворчества происходит оформление и закрепление политических решений в положениях законодательных актов, нормах позитивного права. В сферу исследования данного направления входит изучение создания и совершенствования механизмов и процедур подготовки и обсуждения законопроектов до внесения на императорское утверждение — организации Государственного совета (а затем Государственной думы), отработки процесса прохождения законопроектов, порядка их утверждения верховной властью, поиска путей определения видов и нормативно-содержательной нагрузки отдельных видов узаконений, обнародования и определения параметров юридической силы узаконений, а также систематизации, создания системы и согласования общегосударственного и местного законодательства. При этом следует учитывать, подчеркивает В.Г. Графский, что «история законодательных реформ в России, помимо силы или слабости организационных и легитимных ресурсов правящего режима, демонстрирует тесную их взаимосвязь с особенностями законодательного процесса и с общим состоянием законодательства и комментирующим его прикладным и теоретическим правоведением»³. Это подчеркивает значение данного направления юридической политики.

Административное направление юридической политики Российского государства проявлялось в «административной политике», которая, как определяет Л.Е. Лаптева, является «целенаправленной, институционально и законодательно оформленной деятельностью органов государственной власти и управления, направленной на упорядочение жизни общества и осуществляемой присущими ей (административными) методами посредством административных органов»⁴. В русле данного подхода административное направление юридической политики Российского государства включает изучение создания министерской системы как перехода к созданию системы центральных органов управления по обеспечению реализации основных и достаточно четко определенных функций государства на началах отраслевого управления и на принципах бюрократической централизации, что повышало оперативность и организационную четкость в управлении делами по определенному направлению административной деятельности. Одновременно был осуществлен переход к созданию ведомств, в рамках которых была организована линейная и достаточно отчетливо выделенная система центрального министерского и местного отраслевого управления. Серьезное внимание в рамках этого направления уделялось и государственной службе.

Направление юридической политики, связанное с судебной деятельностью, в условиях обострения проблем с осуществлением правосудия, волокитой и несовершенством системы правосудия и судопроизводства определяется в качестве объекта политического воздействия по этим линиям. Оно вылилось в попытки отделения суда от администрации, меры по совершенствованию деятельности

¹ Луковская Д.И. Политические и правовые учения: историко-теоретический аспект. — Л., 1985. — С. 33.

² Малько А.В. Правовая политика современной России: цели и средства / А.В. Малько, К.В. Шундинов // Государство и право. — 2001. — № 7. — С. 15—17.

³ Графский В.Г. История права и правоведения: актуальные проблемы и темы // Евгению Алексеевичу Скрипилеву — ученики и коллеги: Сборник статей. — М.; Екатеринбург, 2003. — С. 13.

⁴ Лаптева Л.Е. Местное управление в пореформенной России (1864—1905 гг.): историко-правовое исследование: Автореф. дис... д-ра юрид. наук. — М., 2002. — С. 24; Лаптева Л.Е. Опыт типологии административной политики // Право и политика. — 2001. — № 8.

Сената, судоустройства и судопроизводства, управлению юстицией. К данной деятельности примыкает надзорно-контрольное направление в юридической политике, которое также получает дальнейшее развитие. Наряду с прокурорским надзором обособляется в организационную структуру финансовый контроль, а также получает дальнейшее организационно-правовое оформление цензурная деятельность и, особенно, система политического надзора за обществом и бюрократией, которые в николаевское царствование становятся одним из основных инструментов обеспечения консервативно-охранительной политики верховной власти.

Важным направлением юридической политики становится деятельность по развитию юридического образования и науки, что отразило повышение значения роста общего образовательного и профессионального уровня чиновничества и проявилось в комплексе правительственных мер по созданию юридических факультетов в университетах, ведомственных учебных заведений юридического профиля и периферийных юридических лицеев, созданию корпуса российских профессоров права, а также государственному участию в развитии и стимулировании государственно-правовых исследований — юриспруденции.

Указанные направления юридической политики Российского государства в XIX — начале XX века выделились и получили выражение в политической деятельности, что позволяет говорить об обособлении данной сферы политической деятельности государства. Исследование этих направлений показывает повышение роли государственно-правовых институтов в политике верховной власти, процессах модернизации страны. Одновременно следует учитывать и необходимость использования современных исторических подходов к изучению политико-правовых явлений в России, адаптируя их к истории государства и права России¹.

При этом следует учитывать, что юридическая политика Российского государства в условиях абсолютистско-имперской модели организации власти и сословного типа политического режима больше соответствует охранительной — преактивной модели политики с точки зрения взаимоотношений власти и общества. Л.Е. Лаптева определяет ее следующим образом: «Преактивная политика доминирует тогда, когда существующая организация власти и административно-приказного управления рассматривается всеми как самоценность и благо. Право не играет существенной роли как средство политической регуляции. Элементы гражданского общества безжалостно подавляются с помощью системы репрессивного управления во имя сохранения и упрочения существующего общественного порядка. Новые идеи (прежде всего, идеи свободы) часто сами по себе рассматриваются как преступление. Все реформы направлены на упрочение существующего порядка и не вносят в него качественных изменений. Для уяснения общественных настроений используется простейшая система судебно-административных информационных каналов: поощряемые или обязательные доносы, челобитные, доклады администраторов разных уровней»².

Исторический контекст изучения юридической политики Российского государства, взгляд на развитие государственно-правовых институтов в России через призму политики и модернизации страны позволяет понять «внутренние пружины и шестеренки» в механизме влияния на формирование и использование юридического инструментария в управлении страной. С этой точки зрения сложнейшее взаимовлияние объективных и субъективных детерминант позволяет выявить устойчивые процессы в использовании государства и права в решении политических проблем уже на константном уровне. Исследование формирования и развития институциональных проявлений юридической политики в виде отдельных институтов в деятельности государства позволит оценить этот опыт как в позитивном, так и негативном планах. При этом подчеркнем одновременно и то, что такие разделы отечественной истории науки, как социальная история, политическая история, история государственных учреждений, уже достаточно давно и активно внедряются в сферу историко-юридической тематики, исследуя в рамках своего предмета эволюцию форм государственного правления и устройства, политических институтов и структур власти, социальных движений и революций, реформы и контрреформы, которые реализуются в политической деятельности правительств и масс, партий и общественных организаций, то есть самые значительные события исторического процесса, но изучаемые через призму политики, ее целей, политических деяний и результатов³. Думается, что совершенно правы авторы учебного пособия «Политическая история России», когда в качестве двух неотъемлемых сторон единого процесса политической истории выделяют «не только государственно-политические институты и

¹ См.: более подробно: *Кодан С.В.* Юридическая политика Российского государства в первой половине XIX века: детерминанты, направления, институты // *Правоведение*. — 2003. — № 2. — С. 170—187.

² *Лаптева Л.Е.* Местное управление в пореформенной России (1864—1905 гг.): историко-правовое исследование: Автореф. дис... д-ра юрид. наук. — М., 2002. — С. 25.

³ См.: *Эйдельман Н.Э.* «Революция сверху» в России. — М., 1989; *Политическая история России: Учебное пособие* / Под ред. В.В. Журавлева. — М., 1998; *Мионов Б.Н.* Социальная история России периода империи (XVIII — начало XX в.). Генезис личности, демократической семьи, гражданского общества и правового государства. — СПб., 2000. — Т. 1—2; *Пушкарёв С.Г.* Россия 1801—1917: власть и общество. — М., 2001; и др.

отношения, события и деяния, составляющие как бы материальную ткань политического бытия общества, но и доктрины, идеи, теории политической идеологии, представляющие духовно-идеальную компоненту политической жизни»¹.

3. Методология исследования преемственности и новаций в юридической политике Российского государства в XIX — начале XX века.

Исследование юридической политики Российского государства в контексте изучения исторического опыта представляется весьма актуальным и с точки зрения преодоления сформированного в идеологических целях в России в большую часть XX столетия негативизма по отношению к истории государства и права России. Реализованные в историко-юридических исследованиях господствующие ранее идеологические парадигмы прочно окрасили отечественную историю государства и права (как и отечественную и мировую историю в целом) в черную тональность негативных оценок. Сложившиеся мифы и стереотипы во многом выросли (парадоксально, но это так) на оценках юристов второй половины XIX — начала XX столетия, для которых критика существовавшей государственно-правовой системы носила конструктивно-позитивный характер и во многом определялась стремлением к утверждению в России законности, правового государства, развитию гражданского общества. В советское время этим оценкам придали новую, вырванную их общего фона и контекста политических событий, классово-политическую направленность, основанную на отрицании «старой» власти и ее институтов и идеологизации и политизации юридической науки как в целом, так и в ее историко-правовой части. Хотя и многие современные историки права не смогли избежать «новой мифологизации» — идеализации российского политико-правового опыта, особенно конца XIX — начала XX века².

Согласимся с мнением известного специалиста в области социальной истории Б.Н. Миронова, определившего современное социальное и практическое назначение исторической науки: «Думаю, что в настоящий момент мы, россияне, нуждаемся в клиотерапии — в трезвом знании своих достоинств и недостатков, чтобы иметь возможность достоинства развивать, а недостатки лечить и устранять. Лучшее средство избавиться от недостатков — знать их происхождение, ибо как предрассудки — это осколки прежних истин, так и особенности социальных институтов, которые теперь являются недостатками, когда-то были достоинствами. Историки могут стать социальными врачами... и историки должны время от времени лечить свою методологию и избавляться от своих устаревших стереотипов»³. В полной мере это относится к истории государства и права России как части исторической науки и составной научной дисциплине юриспруденции, актуализируя ее общественно-политическое и познавательное значение для современного развития России.

Исследование юридической политики Российского государства в контексте развития государственно-правовой системы связано с процессами российской модернизации в целом и позволяет учесть традиции, обеспечить преемственность положительного исторического опыта и новации в преодолении негативных явлений. Проблема методологических ориентиров в условиях отказа от доминирующей марксистской теории социального развития, относящейся к конфликтным моделям, привела историков (затем и историков права) к принятию в теории познания исторических процессов эволюционных моделей социальных перемен, к которым относится и теория модернизации как некой универсальной метрологической опоры среди множества концепций, созданных в общественных науках. Ее основные идеи, сформулированные в конце XIX века и продолжившие сложившуюся в науке методологию эволюционизма Г. Спенсера, Э. Дюркгейма и М. Вебера, активно разрабатывались западными обществоведами с 1950-х годов для объяснения социальных перемен в мире для определенной идеализации и идеологизации западной модели развития общества и его социально-политических и экономических параметров как единственно верной и необходимой модели, уровня так называемых «цивилизованных стран». При этом в теории модернизации, как и в марксистско-ленинской теории последовательной смены общественных формаций, превалирует линейный подход в моделировании общественных изменений. Адепты теории модернизации в качестве исходного понятия идут от промышленной революции в контексте перевода аграрно-ориентированной экономики в плоскость ее индустриализации, что влечет за собой комплекс существенных и необратимых изменений во всех областях социальной жизни, в том числе в государстве, праве, правосознании и др. составляющих юридической сферы жизнедеятельности общества. В качестве цели развития определяется идеал современного общества западного типа, независимо от того, какое столетие при этом — прошлое или позапрошлое. Такая смена методологических ориентиров в изучении социальных про-

¹ Политическая история России. — М., 1998. — С. 6.

² См.: Кодав С.В. История государства и права России: трудный поиск теории и методологии исследований // Теория, методология и методика изучения и преподавания историко-юридических наук. — Екатеринбург, 2003. — Вып. 1. — С. 11—17.

³ Миронов Б.Н. Социальная история России периода империи (XVIII — начало XX в.). Генезис личности, демократической семьи, гражданского общества и правового государства. — СПб., 2000. — Т. 1. — С. 16.

цессов была с достаточной легкостью принята в качестве концептуального подхода к оценке исторического прошлого¹.

Но и с принятием теории модернизации как оценочной системы изучения российского прошлого все оказалось непросто. Развернувшаяся в последние годы активная дискуссия историков по проблемам методологии исторической науки и моделям изучения прошлого выработала на наш взгляд вполне обоснованную позицию относительно исследовательского инструментария специалиста в различных областях исторического знания, который вполне приемлем и для историко-правового исследования. В этом отношении представляется весьма продуктивным применение теории модернизации к изучению истории России в контексте учета ее национальных особенностей и детерминант развития, а также и того, что развитие российского общества объективно «сдвинуто» во временных рамках на несколько веков в более позднее время по сравнению с Западной Европой, и стремление к прогрессу отнюдь не определяется лишь моделью «догоняющего» стремления к западным образцам². Дихотомия подхода к оценке отдельных стран с позиции теории модернизации еще в XIX веке во внешней политике и международном праве нашла свое отражение в делении государств на три группы: цивилизованные, получивилизованные и нецивилизированные. При этом заметим, что Россия тогда бесспорно относилась к первым и как признанная мировая держава отнюдь не страдала ущербностью.

Именно в соединении исследовательского потенциала теории модернизации и всестороннего анализа собственного пути развития России, исходя из признания вариативности путей модернизации в различных странах можно усмотреть преодоление одностороннего, линейного понимания прогресса как движения общества от традиционности к современности лишь на основе «единственно верного» идеала — «западной модели цивилизации». Обратим внимание и на справедливость утверждения того, что при таком подходе «сохраняется и не противоречит присущий теории модернизации взгляд на развитие как комплексный эволюционный процесс, охватывающий все сферы человеческой мысли и деятельности и приводящий к коренным и масштабным изменениям жизнедеятельности общества»³.

В современных оценках теории модернизации как методологии исторического исследования наметились четкие тенденции на преодоление таких ее основных недостатков, как этноцентризм, ранжирование стран по шкале западных ценностей, линейность развития, всеобщность и универсальность теории модернизации. Это позволяет применить многие положения теории модернизации к изучению истории стран с самобытным прошлым и особенностями их развития в контексте преемственности в развитии государственно-правовых явлений. Согласимся с утверждением тех историков, четко обобщенным и сформулированным Е.В. Алексеевой, которые вполне обоснованно на основе изучения российского исторического опыта считают, что «Россия обязательно будет двигаться своим путем, который позволит сочетать достижения модернизационного развития западного типа со специфическими особенностями российского уклада, не ломать устоявшееся веками, а строить дальнейшую жизнь, опираясь на устойчивые традиционалистские элементы социального устройства российского общества. Не случайно неприятие реформ, до сих пор шедших скорее по разрушительному пути, сочетается с часто высказываемыми представлениями о самобытности России, которой не подходят модернизационные механизмы, выработанные в принципиально иных условиях Запада». Они вполне обоснованно считают неприемлемым «распространение идей, сформулированных для объяснения западноевропейской истории, на страны со своим самобытным прошлым, обусловленным климато-географическими, геополитическими и социо-культурными факторами», что «приводит к ситуации, когда применение западного опыта, например, к истории России постоянно вынуждает делать оговорки, идти на натяжки, прилаживать, в данном случае, «мерседесовские колеса к русской телеге»⁴. Думается, что этот подход весьма продуктивно может быть использован и в историко-юридических исследованиях.

Исследуя юридическую политику Российского государства, следует обратить внимание и на то, что историки и политологи в изучении истории России в XIX — начале XX века обращают внимание на

¹ См.: Алексеева Е.В. Объяснение российской истории с помощью теории модернизации pro et contra // Уральский исторический вестник. — 2001. — № 7. — С. 108—141.

² См.: Побережников И.В. Социальное измерение в теоретических проекциях // Уральский исторический вестник. — Екатеринбург. — № 7. Вопрос о начале модернизационных процессов в России является дискуссионным. Раннюю стадию модернизации синхронизируют с западноевропейской (Янов А. Тень Грозного царя. Загадки русской истории. — М., 1997) или российское общество рассматривают как традиционное до середины XVII века. Поляков Л. Методология исследования российской модернизации // Полис. — 1997. — № 3).

³ Алексеева Е.В. Объяснение российской истории с помощью теории модернизации pro et contra // Уральский исторический вестник. — 2001. — № 7. — С. 108—115.

⁴ Там же. — С. 115. См. также: Милов Л.В. Великорусский пахарь и особенности российского исторического процесса. — М., 2001; Миронов Б.Н. Социальная история России периода империи (XVIII — начало XX века). — СПб., 2000. — Т. 1; Кодан С.В. История государства и права России: трудный поиск теории и методологии исследований // Теория, методология и методика изучения и преподавания историко-юридических наук. — Екатеринбург, 2003. — Вып. 1. — С. 11—17.

так называемые волны политической модернизации в истории России, определенную цикличность в политике власти, определяемую рядом факторов экономического и социально-управленческого характера. Российская модернизация в контексте волнообразного (а не линейно-поступательного) развития дает представление о сложном процессе, не укладывающемся в классическую теорию модернизации. России, как и другим странам, в процессах политической модернизации были присущи «ускорения и замедления» — «волны», «политические качели», когда за периодами модернизации следовали периоды контрмодернизации, отражающие реакцию власти на угрозы для ее могущества и стабильности. Выделяется 3 цикла: I — реформы (1801—1811 гг.) — переход к контрреформам (1811—1825 гг.) — контрреформы (1825—1855 гг.) — переход к реформам (1855—1859 гг.); II — реформы (1859—1874 гг.) — переход к контрреформам (1874—1881 гг.) — контрреформы (1881—1894 гг.) — переход к реформам (1894—1905 гг.); III (укороченный) — реформы (1905—1911 гг.) — переход к контрреформам. За основу берется критерий либерализации внутренней политики, ориентации на европейские идеи и институты, когда ориентир на западные образцы сменялся на возврат к прежним принципам управления и регулирования отношений¹. Указанное позволяет в контексте преемственности исследовать и циклы модернизации в России в советский и постсоветский периоды ее развития. При этом заметим, что эта проблема требует особого исследования в связи с развитием и особенностями юридической политики в период после февраля 1917 года и до настоящего времени.

Указанный подход, безусловно, отражает политические процессы, но акцентирует внимание лишь на одной проблеме — ориентации политики власти на европейские политико-правовые ценности. В последнее время выработаны интересные и, главное, продуктивные подходы к изучению исторических процессов в России специалистами в области социально-политической истории — сферы исторического познания, наиболее близкой к историко-юридической. Так, Б.Н. Миронов, на наш взгляд, вполне справедливо считает необходимым при исследовании обеспечить «взгляд на проблему с точки зрения соответствия государственных структур и правительственной политики экономическим, социальным, психологическим и прочим возможностям общества и с точки зрения того, что было бы, если бы западноевропейская модель была осуществлена в России. Необходимо также принимать во внимание и то, что ни одно европейское общество в полной мере не реализовало провозглашаемых идеалов, в частности принципов гражданского общества и правового государства, но все к ним стремились и достигали больших или меньших успехов на этом пути. Русский народ, его элита и правительство тоже стремились к этому идеалу, и хотя Россия в меньшей степени приблизилась к нему сравнительно с другими европейскими странами, тем не менее и она достигла известного прогресса». При этом акцентируется внимание на том, что «обнаруживаются две закономерности исторического развития России: поступательность и нормальность. Трехвековой ход российской модернизации оказывается в целом успешным: движение России вперед время от времени прерывалось 15—25-летними кризисами... После кризиса поступательное движение возобновлялось с новой силой. ...Стоит особо подчеркнуть нормальность российского исторического процесса. Россия — не ехидна в ряду европейских народов, а нормальная страна, в истории которой трагедий, драм и противоречий несколько не меньше, чем в истории любого другого европейского государства»². В рамках именно этой «нормальности» развития России обратим внимание на то, что юридическая политика по ее основным направлениям в модернизации государственно-правовых институтов не совпадает с ориентированностью власти на либерально-конституционные ценности — реформами и контрреформами. Здесь процесс более результативен.

Итак, юридическая политика Российского государства в XIX — начале XX века была непосредственно связана с процессами модернизации страны, отражала челночный характер реформ с точки зрения либерализации политико-правовой системы России, но непрерывно обеспечивая проведение преобразований в государственно-правовой сфере, развитие юридических институтов. И в этом контексте в современной юридической политике современного Российского государства необходим учет опыта прошлого, традиций в обеспечении преемственности в политико-правовом развитии страны.

¹ См.: *Власть и реформы: от самодержавной к советской России*. — СПб., 1996; *Пантин В.И.* Циклы и ритмы истории. — М., 1996; *Пантин В.И.* Волны политической модернизации в истории России. К обсуждению гипотезы / В.И. Пантин, В.В. Лапкин // *Полис. Политические исследования*. — 1998. — № 2; *Ильин В.В.* Реформы и контрреформы в России. Циклы модернизационного процесса / В.В. Ильин, А.С. Панарин, А.С. Ахизер. — М., 1996; *Семенов А.В.* Ритмодинамический механизм социальной эволюции (сквозь призму российских реалий) // *Вестник Финансовой академии*. — М., 2001. — Вып. 2 (18).

² *Миронов Б.Н.* Социальная история России периода империи (XVIII — начало XX века). — СПб., 2000. — Т. 1. — С. 16—17.

А.В. Козлов

Козлов Александр Викторович — кандидат юридических наук, доцент, начальник отдела академического развития, доцент кафедры уголовного права и уголовного процесса Нижегородского филиала Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики»

Преемственность в вопросах правового регулирования и охраны авторских прав в отечественном законодательстве

В.К. Бабаев определяет преемственность в праве как «заимствование правом того или иного государства положений прошлых либо современных ему правовых систем»¹.

В большинстве современных исследований, посвященных правовой проблематике, прямо или косвенно поднимаются проблемы преемственности, в том числе в части целесообразности использования положительного исторического отечественного опыта в процессе современного правотворчества. И это не случайно. Как справедливо отмечает В.К. Бабаев: «За период своего существования и развития право накопило немало из того, что в полной мере относится к достижениям человеческой цивилизации. Не воспользоваться этим наследием — значит, сделать шаг назад в поступательном правовом движении»². Примерно об этом же говорит В.А. Рыбаков, указывая, что длительная история человечества выработала немало правовых ценностей, которыми не следует пренебрегать³.

В данной статье мы рассмотрим возможность преемства (заимствования) положений дореволюционного законодательства в сфере регулирования и охраны авторских прав. Правомерность такой постановки вопроса помимо приведенных выше доводов обусловлена тем, что постсоветскому отечественному законодательству в сфере регулирования и охраны авторских прав не исполнилось и 20 лет, в то время как дореволюционному законодательству в данной сфере более 200 лет. История авторского права в России началась в 1698 году, когда амстердамскому типографщику Тесингу была выдана первая привилегия на опубликование его трудов⁴. С этого времени и до революции 1917 года был принят целый ряд нормативно-правовых актов в сфере регулирования и охраны авторских прав, в том числе Положение о правах сочинителей 1828 года, Положение о правах сочинителей, переводчиков и издателей вообще 1830 года, Положение о собственности художественной 1844 года, Положение о собственности музыкальной 1845 года, Уложение о наказаниях уголовных и исправительных 1945 и 1985 года, Уголовное уложение 1903 года и, наконец, в 1911 году был принят Закон «Об авторском праве»⁵. С его принятием в дореволюционной России окончательно сформировалось законодательство в сфере регулирования и охраны авторских прав.

Современники высоко оценили значение вновь принятого Закона об авторском праве 1911 года в регулировании и охране общественных отношений, возникающих в связи с созданием и использованием произведений науки, литературы и искусства. Так, например, М.Г. Диканский говорил, что «Закон 1911 года является единственно новым среди всех обветшалых законоположений, которыми до сего времени нормируется наша творческая деятельность. Этот закон отразил в себе передовые взгляды ученых мужей на авторское право. И, несмотря на целый ряд недомолвок, произвел коренной переворот в нашем законодательстве об авторском праве»⁶. В свою очередь И.Я. Фойницкий отмечал, что «хотя авторское право в России зародилось гораздо позднее, чем на Западе, однако к началу XX века наши законы об авторском праве не уступали по своему уровню и даже превосходили зарубежные установления в этой области»⁷.

С.А. Беляцкий писал, что впервые в мировой практике Закон 1911 года объединил в одном акте нормы о праве литературном, музыкальном, художественном, фотографическом и об издательском договоре. Все области авторского права преобразованы, объединены и подчинены общим принци-

¹ Теория государства и права: Учебник / Под ред. В.К. Бабаева. — М., 2004. — С. 210.

² Там же. — С. 210.

³ См.: Рыбаков В.А. Преемственность в отечественном праве в переходный период: общетеоретические вопросы: Автореф. дис... д-ра юрид. наук. — Омск, 2009 — С. 1.

⁴ См.: Фойницкий И.Я. Курс уголовного права. Часть особенная. Посягательства личные и имущественные. — Пг., 1916. — С. 407.

⁵ См.: Собрание узаконений и распоряжений Правительства. Отдел I. — 1911. — № 61. — Ст. 560.

⁶ Диканский М.Г. Авторское право в архитектуре. — Пг., 1916. — С. 3.

⁷ Фойницкий И.Я. Курс уголовного права. Часть особенная. Посягательства личные и имущественные. — Пг., 1916. — С. 401.

пам. Права автора, моральные и материальные, признаются новым законом и, вместе с тем, согласуются с интересами и правами общества и общественными требованиями. Именно такая высокая оценка Закона 1911 года побудила нас проанализировать его и сравнить с действующим российским законодательством в сфере авторских прав.

Напомним, что основным принципом авторского права является сочетание частного и публичного интереса. С одной стороны, по поводу произведения у автора и правообладателя существуют имущественные и неимущественные интересы (частный интерес). И авторское право содержит нормы, позволяющие их реализовать (нормы частного авторского права). С другой стороны, в произведении, которое является важным источником образования и духовного развития человека, заинтересовано общество и государство (публичный интерес). Поэтому авторское право содержит нормы, которые ограничивают права автора, обеспечивая доступность произведения (нормы публичного авторского права)¹.

О том, что авторское право должно сочетать частные и публичные интересы, говорили еще философы, юристы и деятели культуры XVIII—XIX веков. Так, например, Ренуар говорил, что если закон будет учитывать только интересы авторов в отношении их произведений, то такие произведения не будут принадлежать человечеству².

Анализируя природу авторского права, отечественные дореволюционные юристы в своих теориях последовательно доказывали, что законодательная конструкция института авторского права определяется и должна определяться двойственным характером авторского права³. Этот двойственный характер авторского права обусловлен следующими факторами. С одной стороны, с момента создания произведения у автора возникают имущественные и неимущественные интересы. И авторское право должно обеспечить возможность их реализации. С другой стороны, во вновь созданном произведении заинтересовано общество, так как произведение науки, литературы или искусства является важным источником духовного развития человека. Так, например, отечественный цивилист М.Г. Диканский отмечал, что «авторское право должно преследовать своей целью сочетание личных и имущественных интересов автора с духовными интересами других людей»⁴. В свою очередь, И.Я. Фойницкий указывал, что «признание за отдельным лицом авторского права во всей его исключительности было бы губительно для общества и его дальнейшего культурного развития. Законодатель должен заботиться о том, чтобы произведения получали быстрое и широкое распространение. Личный интерес автора и его преемников мог бы поставить государству преграду для осуществления этой задачи, поэтому необходимо ограничивать такой интерес. Вот почему авторское право не может достигнуть той исключительности, как право собственности»⁵. Более того, И.Я. Фойницкий указывал, что установление права собственности на произведение было бы «фактом не только вредным для общества, но и несправедливым. Конечно, роль автора в создании произведения, безусловно, велика. Автор является творцом своего произведения, в произведении воплотилась мысль автора. Но в то же время и автор, и его мысль являются продуктом всемирного исторического и культурного развития. Ньютон был бы невозможен без Галилея, Гегель без Канта, Соловьев без Карамзина. В самом гениальном произведении, кроме лично принадлежащего автору есть много заимствованного у предшественников и современников, переработанного автором либо взятого целиком в основу его дальнейших построений. Поэтому было бы неправильно признать за одним лицом исключительное и неограниченное право на то, что является трудом целых поколений»⁶.

Частно-публичный характер современного авторского права отмечается в трудах ряда современных отечественных юристов. Так, например, И.А. Близнец указывает, что, «способствуя созданию условий для занятия творческим трудом, обеспечивая правовое признание и охрану достигнутых творческих результатов, закрепляя за авторами права на использование созданных ими произведений и получение доходов от такого использования, авторское право одновременно создает условия для использования произведения в интересах общества, в целях образования и просвещения, ознакомления самой широкой аудитории с культурным наследием и новыми творческими достижениями». Он же отмечает, что «историю законодательства об авторском праве на протяжении трех последних столетий можно рассматривать как поиск разумного баланса между интересами автора и интересами общества, как непрерывный ряд попыток сбалансировать потребности общества в свободном потоке идей и знаний с заинтересованностью автора в справедливом вознаграждении за свой труд.

¹ См.: Курбатов А.Я. Сочетание частных и публичных интересов при правовом регулировании предпринимательской деятельности. — М., 2001. — С. 74—78.

² См.: Спасович В.Д. Права авторские. Контрафакция. — СПб., 1865. — С. 43.

³ См.: Канторович Я.А. Литературная собственность. С приложением всех постановлений действующего законодательства о литературной, художественной и музыкальной собственности. — СПб., 1895. — С. 2.

⁴ Диканский М.Г. Авторское право в архитектуре. — Пг., 1916. — С. 6.

⁵ Фойницкий И.Я. Курс уголовного права. Часть особенная. Посягательства личные и имущественные. — Пг., 1916. — С. 401—402.

⁶ Там же.

Во всяком случае, именно на такой основе происходил перевод на юридический язык социальных и экономических требований».

Заведующий кафедрой Московского Государственного университета коммерции Д. Шестаков отмечает, что авторское право следует понимать как «многоплановое социальное явление, в котором тесно переплетаются частный интерес и общественные потребности. Это обуславливает двуединую природу авторского права, выступающего одновременно в двух ипостасях — частно-правовой и публично-правовой. Присутствие одновременно двух начал и их переплетение во многом и определяют содержание авторского права»¹.

Заместитель генерального директора Российского общества по мультимедиа и цифровым сетям К.Б. Леонтьев, в свою очередь, называет авторское право «конфликтной» отраслью права. Существуют интересы авторов, которые, как правило, противоречат интересам пользователей. Есть интересы просто граждан, общества, которые могут не совпадать ни с интересами авторов, ни с интересами лиц, осуществляющих коммерческую эксплуатацию творческих достижений. Наконец есть интересы государства. Авторское право содержит в себе разумный компромисс указанных интересов².

Принцип сочетания частных и публичных интересов реализован во всех цивилизованных государствах. В ряде государств он даже закреплен официально. В Великобритании, например, в сфере авторского права существует официальная Доктрина справедливого использования. В соответствии с указанной Доктриной допускается оправданное ограничение прав авторов в пользу общества³.

В США требование сочетать частные и публичные интересы закреплено в статье 1 главы 8 Конституции, в соответствии с которой «Конгресс должен иметь власть по обеспечению прогресса науки и полезного искусства путем охраны ограниченного во времени исключительного права автора и изобретателя на его произведения или открытия»⁴. Данная статья Конституции США говорит нам о том, что охрана интересов авторов не является самоцелью, а направлена на достижение общественного блага — прогресса науки и искусства. И одним из способов достижения интересов общества является ущемление прав авторов в виде ограничения срока охраны их произведений.

Принцип сочетания частных и публичных интересов находит свое отражение и в ряде определений Верховного Суда США по гражданским делам. Например:

— «устанавливается, что поддержка индивидуального усилия личной выгодой есть лучший способ увеличить общественное благосостояние, используя таланты авторов...» (Дело «Мазер против Стайна», 1973 г.)⁵;

— «творческая работа должна быть поощрена и вознаграждена, но частная мотивация должна в конечном счете уступать задаче продвижения и доступности литературы, музыки и других искусств для широкой общественности. Непосредственный эффект нашего закона об авторском праве состоит в гарантии справедливого вознаграждения за творческий труд автора. Но основная цель — стимулировать, таким образом, развитие художественного и творческого потенциала для блага широкой публики. Главный интерес Соединенных Штатов состоит в общественных выгодах, полученных публикой от труда авторов...» (Дело «Музыкальная корпорация Двадцатый век против Айкена», 1975 г.)⁶.

Следует признать, что современное отечественное законодательство в сфере авторского права предусматривает ограничения имущественных прав автора, направленные на обеспечения интересов общества в доступности произведения. Эти ограничения закреплены в статьях 1272—1282 Гражданского кодекса РФ. Так, например, допускается без согласия автора и без выплаты ему вознаграждения:

— воспроизведение гражданином исключительно в личных целях правомерно обнародованного произведения (ст. 1273 ГК РФ);

— цитирование в оригинале и в переводе в научных, полемических, критических или информационных целях правомерно обнародованных произведений в объеме, оправданном целью цитирования (ст. 1274);

— публичное исполнение музыкального произведения во время официальной или религиозной церемонии либо похорон в объеме, оправданном характером такой церемонии (1277 ГК РФ) и др.

Таким образом, ограничения прав автора предусмотрены. Но даже беглого их анализа достаточно, чтобы понять, что они явно не могут обеспечить интересы общества в доступности произведения.

¹ Шестаков Д. Интеллектуальная собственность в системе российского права и законодательства // Российская юстиция. — 2000. — № 5. — С. 19.

² См.: Защита права интеллектуальной собственности и его отражение в гражданском законодательстве // Интеллектуальная собственность. Авторское право и смежные права. — 2001. — № 7. — С. 16.

³ См.: Patterson L.R. Copyright and the Public Interest / Copyright: Current Viewpoints on History, Laws, Legislation. Ed. By Allen Kent and Harold Lancour. — New York&London, 1972. — P. 43.

⁴ Benjamin C.G. A Publisher's Viewpoint — Profit Seeking // Copyright: Current Viewpoints on History, Laws, Legislation. — New York&London, 1972. — P. 49.

⁵ Mazer v. Stain, 412 US 546, 555, 37 L Ed. 2d 163, 93 S Ct 2303 (1973).

⁶ Twentieth Century Music Corporation v. Aiken, 422 US 151, 156, 45 L Ed. 2d 84, 95 S Ct 2040 (1975).

И в этом смысле целесообразно внести в Гражданский кодекс РФ изменения, направленные на преследование реальных ограничений прав авторов. При этом следует использовать дореволюционный опыт ограничения прав авторов. Например, статью 50 Закона об авторском праве 1911 года, в соответствии с которой публичное исполнение музыкального произведения допускается без согласия композитора:

- 1) если исполнение ни непосредственно, ни косвенно не преследует целей наживы;
- 2) если исполнение совершается во время народных празднеств;
- 3) если выручка назначена исключительно для благотворительных целей и исполнители вознаграждения не получают.

В данной статье содержится реальное (а не мнимое, как в ГК РФ) ограничение прав авторов, действительно делающее произведение более доступным для общества. И мы полагаем целесообразным расширять в Гражданском кодексе РФ перечень оснований для свободного использования произведения, если такое использование не преследует извлечение прибыли и частной выгоды. Точнее даже не полагаем, а соглашаемся с В.П. Павловым, который утверждает, что для защиты интересов общества в достаточной мере необходимо разрешить гражданам использовать без разрешения автора и без выплаты авторского гонорара любое произведение в любых целях, не связанных с предпринимательской деятельностью¹. И дореволюционный опыт, нашедший отражение в Законе об авторском праве 1911 года, для достижения этой цели мог бы быть более чем полезен.

Следует отметить, что важная причина, по которой авторское право в большей мере отвечает интересам авторов, чем интересам общества, заключается в том, что данный правовой институт отнесен законодателем к отрасли гражданского права². Очевидно, что в данных условиях разработкой законодательства об авторском праве занимаются в первую очередь специалисты в области гражданского права, цивилисты. Но, как известно, гражданское право — частно-правовая отрасль, регулирующая, главным образом, имущественные отношения. Поэтому цивилисты специализируются на охране имущественных прав физических и юридических лиц. Неудивительно, что при разработке законов в сфере авторского права они успешно решили проблему удовлетворения имущественных прав авторов и правообладателей, но не в полной мере учли тот факт, что авторское право является частно-публичным институтом, и кроме интересов авторов существуют еще и интересы общества.

Не случайно Д. Шестаков утверждает, что «доминирование» гражданско-правового подхода при регулировании общественных отношений по созданию и использованию объектов авторского права негативно отражается на интересах общества³. В свою очередь, директор Института коммерческого права Т.М. Шамба отмечает, что неверно следовать традициям, когда вопросами интеллектуальной собственности занимаются специалисты в области гражданского права. Необходимы усилия юристов всех отраслей, социологов, экономистов и т. д.⁴. И предлагает, в связи с этим, вынести из Гражданского кодекса РФ положения об интеллектуальной собственности и поместить их в Интеллектуальный кодекс, выделив, таким образом, общественные отношения по использованию результатов интеллектуальной деятельности (в том числе объектов авторского права) из сферы гражданского права и сделав их самостоятельным предметом правового регулирования. Такая мера, по мнению Т.М. Шамбы привлечет к разработке законов в сфере авторских прав как лиц, отстаивающих интересы авторов, так и лиц, представляющих интересы общества⁵.

На то, что право интеллектуальной собственности необходимо выделить из гражданского права, указывает и профессор Л.А. Гантимирова. Она, в частности, отмечает, что «мне импонирует позиция французского законодателя, который пошел по пути составления Кодекса интеллектуальной собственности. Это представляется оптимальным вариантом и в большей мере отражает интересы общества»⁶. Кроме того, Л.А. Гантимирова указывает, что отнесение отечественным законодателем интеллектуальной собственности к гражданскому праву прямо противоречит Конституции Российской Фе-

¹ См.: Защита права интеллектуальной собственности и его отражение в гражданском законодательстве (Материалы «круглого стола» в Совете Федерации РФ // Интеллектуальная собственность. Авторское право и смежные права. — 2001. — № 7. — С. 13.

² Собрание законодательства РФ. — 1994. — № 32. — Ст. 3301.

³ См.: Шестаков Д. Интеллектуальная собственность в системе российского права и законодательства // Российская юстиция. — 2000. — № 5. — С. 20.

⁴ См.: Защита права интеллектуальной собственности и его отражение в гражданском законодательстве (Материалы «круглого стола» в Совете Федерации РФ // Интеллектуальная собственность. Авторское право и смежные права. — 2001. — № 7. — С. 6.

⁵ Там же.

⁶ Защита права интеллектуальной собственности и его отражение в гражданском законодательстве (Материалы «круглого стола» в Совете Федерации РФ // Интеллектуальная собственность. Авторское право и смежные права. — 2001. — № 7. — С. 9.

дерации¹. Действительно, в соответствии с пунктом «о» статьи 71 Конституции РФ к ведению Российской Федерации относятся: судостроительство; прокуратура; уголовное, уголовно-процессуальное и уголовно-исполнительное законодательство; амнистия и помилование; гражданское, гражданско-процессуальное и арбитражно-процессуальное законодательство; правовое регулирование интеллектуальной собственности². Исходя из этого, гражданское законодательство и законодательство об интеллектуальной собственности по Конституции РФ должны являться самостоятельными отраслями российского законодательства. И отнесение авторского права к гражданскому праву является фактом, не только не соответствующим интересам общества, но и противоречащим Конституции РФ.

Одну из наиболее критических позиций по отношению к современному российскому авторскому праву занимает ведущий научный сотрудник Российской правовой академии Минюста России профессор В.П. Павлов. Он утверждает, что законы в сфере авторского права в полной мере отвечают интересам правообладателей, но почти не отвечают интересам общества. Законы эти были разработаны в основном цивилистами при активном участии правообладателей. И правообладатели «преуспели» в лоббировании своих интересов³.

Мы поддерживаем мнение тех, кто является сторонником выделения права интеллектуальной собственности (включая, естественно, авторское право) в самостоятельную отрасль права. И в поддержку такой позиции отметим то обстоятельство, что Закон об авторском праве 1911 года был самостоятельным нормативным актом, не относящимся напрямую к дореволюционному гражданскому законодательству России.

В завершении статьи хотелось бы рассмотреть вопросы преемственности дореволюционного уголовного законодательства об ответственности за преступления против авторских прав. Как известно, статьи Уголовного уложения 1903 года (явившегося, по-сути, последним дореволюционным Уголовным кодексом) не вступали в юридическую силу автоматически, а вводились в действие последующими законами. В частности, статьи Уголовного уложения 1903 года об ответственности за преступления против авторских прав были введены в действие Законом об авторском праве 1911 года. И не просто введены. Текст этих статей непосредственно располагался в Законе об авторском праве 1911 года, а редакция этих статей претерпела определенные изменения.

В соответствии со статьей V Закона об авторском праве 1911 года:

а) статья 620. Уголовного уложения 1903 излагалась в следующей редакции: «Виновный в умышленном нарушении чужого авторского права наказывается:

— арестом или денежною пенею не свыше пятисот рублей.

Если нарушение сего права учинено самовольным изданием или размножением произведения, с целью его сбыта, то виновный наказывается:

— заключением в тюрьме.

Если же виновный самовольно издал чужое произведение под своим именем, то он наказывается:

— заключением в тюрьме на срок не ниже трех месяцев».

б) статья 622. Уголовного уложения 1903 излагалась в следующей редакции: «Торговец, виновный в хранении для продажи или ввоз из-за границы для продажи или в продаже предмета, заведомо изготовленного в нарушение авторского права или привилегии на изобретение, наказывается:

— арестом или денежною пенею не свыше пятисот рублей».

Диспозиции норм статей УК РФ, для толкования смысла которых необходимо прибегать к иным нормативно-правовым актам, принято называть бланкетными. К таким нормам, относятся и нормы, предусмотренные статьей 146 «Нарушение авторских и смежных прав» УК РФ. Как справедливо отмечает А.В. Сельский, «изменения позитивного законодательства представляют для правоохранительных органов, судов, практикующих юристов, занимающихся оценкой уголовно-правовых рисков для участников бизнес-процессов, значительные трудности в применении бланкетных диспозиций статей Особенной части УК РФ»⁴. Эти трудности связаны в том числе с тем, что изменения нормативно-правовых актов не всегда учитываются в уголовном законодательстве РФ.

Уголовный кодекс РФ 1996 года принимался во время действия Закона РФ «Об авторском праве и смежных правах» 1993 года. На смену Закону РФ «Об авторском праве и смежных правах» 1993 года пришла часть 4 Гражданского кодекса РФ, вступившая в силу 1 января 2008 года. При этом Гражданский кодекс РФ предусмотрел существенные изменения в правовом режиме создания и использования

¹ См.: Защита права интеллектуальной собственности и его отражение в гражданском законодательстве (Материалы «круглого стола» в Совете Федерации РФ // Интеллектуальная собственность. Авторское право и смежные права. — 2001. — № 7. — С. 9.

² См.: Российская газета. — 1993. — 25 декабря. — С. 3.

³ См.: Защита права интеллектуальной собственности и его отражение в гражданском законодательстве (Материалы «круглого стола» в Совете Федерации РФ // Интеллектуальная собственность. Авторское право и смежные права. — 2001. — № 7. — С. 13.

⁴ Сельский А.В. Бланкетные нормы в уголовном законодательстве России: Автореф. дис... канд. юрид. наук. — М., 2010. — С. 4.

объектов авторского права. Указанные изменения предполагали внесение изменений в Уголовный кодекс РФ для гармонизации его с Гражданским кодексом РФ. Но этого сделано не было. И в этом существенный минус современного отечественного законодательства в сфере регулирования и охраны авторских прав по сравнению с дореволюционным законодательством.

Как уже было сказано ранее, принятие Закона об авторском праве 1911 года не просто повлекло внесение изменений в уголовное законодательство. Такие изменения были непосредственно предусмотрены в самом Законе об авторском праве 1911 года. Помимо всего прочего это означает, что к разработке изменений в статьи об ответственности за преступления против авторских прав Уголовного уложения 1903 года привлекались специалисты и в уголовном, и в гражданском законодательстве.

Конечно, мы понимаем, что идея поместить статью 146 УК РФ непосредственно в Гражданский кодекс РФ (по аналогии с размещением ст. 620, 622 Уголовного уложения 1903 года непосредственно в Законе об авторском праве 1911 г.), выглядит революционной и встретит жесточайшую критику. Но, по крайней мере, создать механизм, при котором изменения в позитивном законодательстве должны обязательно сопровождаться анализом необходимости и целесообразности изменений в Уголовном кодексе РФ (для его гармонизации с позитивным законодательством), жизненно необходимо. При этом, к разработке таких изменений необходимо привлекать как специалистов в позитивном законодательстве, так и специалистов в уголовном законодательстве.

Н.А. Колоколов

Колоколов Никита Александрович — доктор юридических наук, профессор, профессор кафедры судебной власти и организации правосудия Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики», судья Верховного Суда РФ (в отставке)

Преемственность — важное свойство правовой материи

Термин «преемственность» академический «Словарь русского языка» трактует как свойство по значению к прилагательному «преемственный», в основе которого лежит существительное «преемство». Известно русскому языку и наречие «преемственно». Данному термину предшествуют понятия «преемник», «преемница». Еще выше мы найдем термины «предыстория», «предыдущий».

Диалектическое единство всех перечисленных понятий авторами словаря — сотрудниками Института русского языка АН СССР¹ раскрывается в контексте перехода того или иного объективно существующего явления из некоего его изначального качества к другому, пусть и принципиальному новому, но всего лишь качеству этого самого явления.

Нащупывая характеристики трансформаций, характерных для такого самостоятельного явления, как преемственность, толкователи русского языка всегда обращают внимание читателя на существование некоей закономерности, некоего порядка, наличие которых полностью исключает возможность переход явления из одного качества (состояния) в другое без сохранения в последнем некоей совокупности составляющих предыдущего.

Характерно, что все примеры, иллюстрирующие понятие «преемственность», а их в словаре приведено достаточно много, из сферы социальных отношений человека. Сказанное означает, что носители языка — качества, присущего развитому обществу — в перечисленных терминах интуитивно аккумулировали эмпирические наблюдения, суть которых в предопределенности трансформаций социальной жизни ее предыдущим состоянием².

Понятие «преемственность» следует отличать от такой категории, как «заимствование»³. Если в основе преемственности лежит фактор объективности, мало зависящей от воли человека высшей предопределенности, то последнее явление в базе своей характеризуется попытками лиц, обладающих определенной дискрецией, осознанно перенести понравившееся им явление на новую почву.

Преемственность в праве многими участниками конференции рассматривалась как заимствование в праве, что, впрочем, не удивительно, ибо практически все институты отечественного права изначально были заимствованы у наших соседей, создавших свои государственно-правовые системы задолго до образования Руси.

Чтобы правильно разобраться в сути таких явлений, как преемственность и заимствование в сфере государственно-правового строительства, следует четко понимать, что такое государство, что такое право, какова их природа, какие факторы способствуют их генезису и эволюции.

Современная российская юридическая наука довольно далека от выработки четких и ясных ответов на перечисленные выше вопросы. Не спешат с ними и зарубежные ученые. Суждение Харта о том, что нет ни одной книги, посвященной объяснению, что такое химия, и существование тысяч книг, посвященных объяснению, что такое право, яркое тому свидетельство.

Не ставя перед собой задачи дать определение таким понятиям, как «государство» и «право», считаем необходимым высказать следующие суждения, без наличия которых все последующие умозаключения окажутся беспочвенными.

Схема научных рассуждений о мире и обществе, доставшаяся нам в наследство от социализма (от преемственности не спрятаться, ни скрыться), до примитивности проста: есть — «базис» (производственные отношения). Что касается государства и права, то они, как элементы идеологии, где-то там, в «надстройке». Первые — нечто материальное, материальность же вторых, с точки зрения некото-

¹ О солидности цитируемого издания свидетельствуют такие факты: во главе проекта стоял известный каждому советскому школьнику член-корреспондент АН СССР С.Г. Бархударов, руководителем редакционной коллегии выступил доктор филологических наук А.П. Евгеньев.

² См. термины: «предыдущий», «предыстория», «преемник», «преемница», «преемственно», «преемственность», «преемственный», «преемство» // Словарь русского языка: В 4 т. — М., 1987. — Т. 3. — С. 374—375.

³ См. термин: «заимствование», толкуемый весьма просто: «перенять чужое» // Словарь русского языка: В 4 т. — М., 1987. — Т. 1. — С. 523.

рых, — весьма спорна. При этом совершенно очевидно, что разграничить отношения производственные от государственно-правовых практически невозможно, а если таковое разграничение и производится, то в его основе не объективные факторы, а вкус автора этих разграничений.

Именно за злоупотребления вкусовыми пристрастиями в свое время (конец XIX — начало XX века) и был раскритикован марксизм, ибо апологеты этого учения ничего не хотели (да сейчас не хотят) видеть кроме выдуманной ими аксиомы о классовой борьбе как важнейшей движущей силе в обществе. Никто не отрицает наличие классов, наличие классовой борьбы, однако уже давно установлено, что последняя — далеко не единственный фактор в развитии общества. Роль такового в социальном прогрессе весьма скромна. Более того, марксисты целью прогресса видели бесклассовое общество, движущие силы в котором ими разработаны не были. Результат известен: «уничтожив классы» к середине XX века, российские коммунисты во второй его половине прогресс погасили (застой), ибо все иные (кроме классовой борьбы) факторы социального развития ими быть купированы.

Так что же такое государство и право? Неужели первое — машина, созданная для управления (угнетения) одного класса другим (Ленин), узда, с помощью которого эксплуататор удерживает в повиновении раба, крестьянина или рабочего (Сталин)? А право — всего лишь воля правящего класса, возведенная в закон (Маркс, Энгельс)?

Очевидно, что все далеко не так, до примитивного, просто. В жизни все гораздо сложнее. Когда-то основатель позитивизма Огюст Конт обещал открыть все законы развития общества, столь же определенные, как и закон падения камня. Как известно, ничего такого открыть не удалось не только ему, но и его последователям. Спрашивать у современных специалистов о том, что такое государство и право, все равно, что было спрашивать жителей в XV веке о том, что такое свет. Это теперь каждый школьник знает: свет — электромагнитное излучение, а тогда: свет — дар Божий... Применительно к государству и праву современный ученый, если он не склонен к умолчаниям или к фальсификации, в лучшем случае скажет — это феномены. Явления, безусловно, существующие, однако реальный механизм их образования, развития современная наука прослеживает лишь в самых общих чертах...

Пока известно только, что государство и право — это присущие биологической и социальной природе человека необходимые условия функционирования политического общества, а средство всеобщей связи (коммуникации) между людьми в их целедостижении, обеспечивающий выполнение взаимных обязательств.

Государство и право — ресурс, который необходим народу, нации, политическому обществу для осуществления их определенных целенаправленных действий. Для государства и права характерны директивный, технологический и коммуникативный аспекты.

Государство и право обладают следующими признаками: 1) возникают в процессе жизни общества; 2) имеют в качестве обязательного носителя конкретное общество; 3) если государство всегда публично, то право преимущественно частное явление.

Генезис государства и права в каждом отдельно взятом государстве, как правило, проходит длительную эволюцию, порой государство и право одного периода внешне разительно отличаются от данных институтов в другие периоды, однако в генетической памяти живут те формы государства и права, которые в его понимании есть олицетворение некоего идеала. Общая тенденция в развитии государственно-правовых отношений традиционна: от простого — к сложному.

Действительно кардинальные инновации в развитии государства и права — величайшая редкость. В основе таких инноваций всегда лежит технологический прорыв, фактор, появление которого обусловлено тем или иным фундаментальным открытием. Как правило, открытие это так далеко от государства и права, что, на первый взгляд, какая-либо корреляция между данными явлениями просто невозможна.

Например, мало кто в состоянии проследить связь между такими изначально далекими друг от друга двумя достижениями: 1) чисто техническим — появлением в XVII веке в шведской армии легких полковых пушек; 2) социальным — появлением в той же Швеции многочисленной регулярной армии и современным российским военно-бюрократическим абсолютизмом.

В тоже время, такая связь налицо: полковая пушка + регулярная армия создали некогда великую Швецию, народ которой Петр Великий почитал «за учителей наших». Причем дело не столько в пушке и регулярной армии, сколько в создании шведами эффективной системы налогообложения, формировании в целях ее функционирования сильного бюрократического аппарата, многочисленный служилый люд которого с легкостью расправился с прежними сословиями. Вот так и началось новое время...

Воцарившись в обществе (в том числе и российском) военно-бюрократический аппарат тут же перераспределит все наличные доходы государства в свою пользу, не важно в чем это заключается: в дележе мирового пространства между империалистическими державами, помощи мировой революции или в Сочинской Олимпиаде.

Естественно, что проявления явления, начало доминирования которого в России пришлось на XVIII век, в разные годы внешне весьма различно, однако различия эти совершенно не меняют сути явле-

ния: неважно, кто во главе общества, государь или президент, главное, у него есть одобренный народом механизм управления социумом, которому «на всех нужна одна победа (не важно над кем), а уж за ценой он не постоит».

Эффект фундаментального открытия таков: народ-первооткрыватель получает решающее преимущество перед другими народами. Участь других — перенимать открытие или не перенимать. Россия — переняла, и в противостоянии со шведами, а затем и прочими соседями выстояла. Польша — перенять шведский опыт в плане создания военно-бюрократического аппарата не смогла, печальная судьба ее общеизвестна...

А что же Швеция? Фундаментальное открытие — не панацея, есть и иные факторы, влияющие на развитие государства: население, внешнее давление. Наполеон I, в 1807 году замирившийся с Александром I, дал добро на «раздел» Швеции, «глядевшей» в сторону Англии, и в 1809 году Финляндия в ходе некропролитной кампании отошла к России. В Норвегии воцарились Бернадоты. С тех пор десятиллионный народ Швеции нейтрален, насколько это возможно в окружении вооруженных ее технологиями агрессоров.

Переняв в XVIII веке форму государственного устройства, русский народ поспешил перенять и европейскую правовую культуру, апогей заимствований пришелся на середину XIX века. Однако социальной базы для сплошной рецепции чужих норм и правил в Отечестве нашем не оказалось, смена элит, начавшись бескровно в 1861 году, в 1917 году вылилась в «бессмысленный и беспощадный» бунт черни... Впрочем, официально смысл Октябрьской революции был объявлен: похороны эксплуататорских классов, а равно производного от них — государства и права. Однако законы мирового развития не обманешь: в 1991 году Россия вернулась в 1861 год, в котором, судя по всему, пока и задержалась.

Почему же это произошло? В первую очередь, по причине отсутствия массового собственника на средства производства. Несмотря на то, что Россия, приняв в 1993 году Конституцию РФ, а в 1994 году Гражданский кодекс РФ (копию ГК Наполеона I), декларирует незыблемость частной собственности, таковой в России как не было в XIX веке, так и нет в веке XXI. Право верховной собственности, как при царе-батюшке, Генеральном секретаре ВКП (б) Сталине, принадлежит верховному правителю. Олигарх Дерипаска честно признался: если В.В. Путин ему прикажет все отдать, он так и сделает...

Нет в России и не может быть ренессанса права (в том числе и права собственности), поскольку возрождать нечего: не было в генетической памяти русского народа ни права римского, ни права магдебургского, ни составительного судопроизводства.

Впрочем, почему споры следует разрешать в суде... Создатель фирмы «Sony» Акио Морита недоумевает, почему для того, чтобы разрешить конфликт (социальный, экономический) именно нужно судиться, неужели нельзя без этого обойтись? Ведь, они, японцы, без этого обходятся...¹

Другой японец Акио Коморида — профессор факультета права Университета Канагава на встрече с россиянами в рамках Независимого экспертно-правового совета (НЭПС) честно признался: «Заимствуя у Запада суд с участием народа, мы не были уверены, что это — хорошо. Данный институт мы ввели только потому, что он есть в демократических странах. Ценность его для нас по-прежнему сомнительна»².

Российская интеллигенция в начале века XX переживала, что «во Франции была Великая революция, а в России — нет». Наши современники — сторонники суда с участием присяжных заседателей считают, что «без большого процента оправдательных приговоров — правосудия нет». А в Японии, что с «народом», что без него число оправдательных приговоров (как и в современной России) менее 1%, да и адвокат в стадии предварительного расследования на допросы не допущен...

Сказанное позволяет сделать вывод, что преемственность, свойственная материи вообще, свойственна и материи правовой. Момент инертности правовой материи — качество, позволяющее стабилизировать развитие общества, оградить его от разного рода революционеров и прожектеров.

24 октября 2011 года НЭПС собрал сторонников суда с участием присяжных заседателей, чтобы послушать Вэлери Хэнс — специалиста по социологическим исследованиям этого общепризнанного инструмента разрешения конфликтов.

Примечательно, что именно в этот самый день исполнилось ровно 20 лет со дня одобрения Верховным Советом РСФСР Концепции судебной реформы в России, одним из ключевых положений которой было возрождение суда с участием присяжных заседателей в отечественном судопроизводстве.

Встречу открыл С.А. Пашин — один из «крестных отцов» последней российской судебной реформы. Достопочтимый мэтр посетовал, что это, безусловно, юбилейное событие осталось незамеченным...

В связи с этим хотелось бы напомнить, что в текущем году также практически незамеченным осталось куда более значимое событие — 150-летие отмены крепостного права, особого правового состояния нашего общества, в рамках которого основная часть населения Российской империи — кре-

¹ Морита А. Sony. Сделано в Японии // Америка и Япония. Различия. — М., 2006. — С. 159—161.

² Там же.

стьяне — пребывали фактически вне рамок правоотношений, характерных для подавляющего большинства стран европейской цивилизации.

Крестьянин — раб, крестьянин — вещь. Их, крестьян, можно было продавать «с землей» и «на вывод», оптом и поодиночке... Хозяева объектов частной собственности составляли около 1% населения.

В этом месте многие резонно заметят: а при чем здесь уголовный процесс? Расценим данный вопрос как не более чем риторический, ибо с освобождением крестьян преследование их за подавляющее большинство правонарушений из сферы права частного стремительно переместилось в сферу права публичного. С момента раскрепощения крестьянства российское уголовное судопроизводство по настоящему стало массовым. Кстати, именно крестьяне составили основу корпуса присяжных...

Великие реформы Александра II! Таковыми их называли еще «при жизни» их отцов — в XIX веке. Чем дальше уходят реформы в прошлое, тем очевиднее их величие. Величие их многогранно. Важнейшая составляющая это величия — строгая ориентация на Европу. Впрочем, основная цель реформ достигнута не была: собственник средств производства массовым классом так и не стал.

В 1917 году российское общество решило, что европейская культура ему чужда, отечественное правосознание приютило лишь «призрак коммунизма», с 1848 года «бродивший по Европе». Частную собственность провозгласили вне закона. Небогатые, зато в основном оседлые до этого россияне вмиг превратились в нищих кочевников. Понятие «право частное» ушло в прошлое, основой ключевых производств стал подневольный труд заключенного. В спецтюрьмах трудились даже ведущие авиа-конструкторы. 1917—1953 годы — апофеоз уголовного-правового принуждения.

1953—1985 годы затрачены на осознания того, что было утеряно...

В 1991 году очередной раз в уголовном процессе взят курс на европейскую культуру, признан, пусть и с оговорками, авторитет Европейского суда по правам человека!

И все же, несмотря на целый ряд бесспорных достижений 20-летие старта судебной реформы решили не отмечать. Причин тому множество... Главная, думается, в том, что реформы 90-х годов XX века столь же неудачны, как и реформы века предыдущего: в России как не было, так и не нет массового собственника, следовательно, все производные институты, в том числе и суд присяжных, никому не нужны...

Суд с участием присяжных — свидетельство демократичности общества. Последние годы в России взят курс на свертывание демократических институтов. Пострадал и суд с участием присяжных: число подведомственных ему дел постоянно снижается.

Уголовный процесс — самостоятельный вид государственной деятельности. По числу задействованных в нем лиц (миллионы), опять-таки ж многомиллионному числу производств, их особой значимости в общественно-политической жизни с уверенностью можно констатировать, что качество уголовного судопроизводства — визитная карточка и общества и представляющего его интересы государства.

Истекающий 2011 год в более чем тысячелетней эволюции отечественного уголовного процесса примечателен многими, без преувеличения, историческими событиями. В их числе: ФКЗ «О судах общей юрисдикции»¹; возвращение апелляции², пересмотр политики в области избрания мер пресечения³, расширение практики применения видео-конференц-связи⁴, легализация «сделки с правосудием»⁵.

Перечисленные достижения — бесспорный позитив. С сожалением, приходится констатировать, что в отечественном уголовном судопроизводстве далеко не все так благополучно, как этого хотелось, как это могло бы быть.

В частности, вызывает озабоченность сохранение различий в оценке одних и тех же правовых ситуаций Высшими судами РФ⁶, гибель подследственных в СИЗО⁷, увлечение полиграфом, а то и просто схоластикой, обнаружение ошибок в деятельности высшей судебной инстанции...

¹ См.: Глубокая модернизация «советской» судебной системы // Российская юстиция. — 2011. — № 4. — С. 29—33.

² См. подробнее: Апелляция, кассация, надзор: новеллы ГПК РФ и УПК РФ. Первый опыт критического осмысления / Под ред. Н.А. Колоколова. — М., 2011; Колоколов Н.А. Глава 32. Производство в суде апелляционной и кассационной инстанции // Уголовно-процессуальное право: Учебник / Отв. ред. В.М. Лебедев. — М., 2012. — С. 805—837.

³ См. подробнее: Актуальные проблемы уголовного судопроизводства. Избрание меры пресечения судом / Под ред. Н.А. Колоколова. — М., 2011.

⁴ Колоколов Н.А. Палочка-выручалочка — видео-конференц-связь // Правовые вопросы связи. — 2011. — № 1. — С. 2—4.

⁵ Колоколов Н.А. Назначение наказания лицу, с которым заключено досудебное соглашение о сотрудничестве // Российский судья. — 2011. — № 1. — С. 44—48; № 2. — С. 37—39.

⁶ Колоколов Н.А. Защита прав судьи: пределы действия принципа неприкосновенности // Уголовный процесс. 2011. — № 10. — С. 60—67.

⁷ В Интернете достаточно примеров. В СИЗО скончался директор школы, по делу которого прокурор отказался утвердить обвинительное заключение. Из Нижегородского СИЗО вывезен в Борскую колонию и запытан до смерти полковник госбезопасности, успевший шепнуть жене: «Меня везут убивать...».

Размеры журнальной публикации не позволяют обстоятельно остановиться на всех перечисленных проблемах, поэтому более или менее детально мы остановимся лишь на двух последних.

Вопрос о том, как отделить в показаниях правду от лжи, во все времена был в центре внимания специалистов в сфере доказывания. Истории известны различные приемы, позволяющие с той или иной степенью вероятности сделать вывод о достоверности сказанного участником процесса, однако ни один из них не гарантирует 100% надежности.

В середине прошлого века появился полиграф (именуемый тогда «детектором лжи») — многоканальный осциллограф, осуществляющий одновременную запись различных функций организма при его комплексном исследовании. Впрочем, вскоре выяснилось, что и он не застрахован от ошибок. Несмотря на это полиграфами обзавелись практически все региональные подразделения, осуществляющие оперативно-розыскную деятельность. Правда, информация, получаемая с помощью данного чуда техники, долгое время носила статус оперативной. Затем появились умельцы, трансформирующие ее в конкретные доказательства — заключения эксперта, полученные по результатам проведения психофизиологической экспертизы, достоверность которых с недавних пор признается судами различных уровней.

По приговору Забайкальского краевого суда от 14 июля 2010 года Шеломенцев и другие осуждены к различным срокам лишения свободы. Данное уголовное дело ничем не примечательно, за исключением, пожалуй, одного — Судебная коллегия по уголовным делам Верховного Суда РФ в своем кассационном определении от 8 февраля 2011 года сослалась на заключение, составленное на основе результатов психофизиологической экспертизы, как доказательство, указав при этом следующее.

Психофизиологическая экспертиза осуществлялась на основе постановления следователя Янченко Е.М. квалифицированным и опытным экспертом, которым являлся заведующий лабораторией специальных психофизиологических исследований Сибирской академии права, экономики и управления, кандидат юридических наук, доцент Яковлев Д.Ю., имеющий свидетельство на право опроса граждан с использованием полиграфа и общий стаж экспертной работы 15 лет.

Психофизиологическая экспертиза в отношении Шеломенцева проводилась в соответствии с Методическими рекомендациями по проведению психофизиологических исследований с использованием полиграфа (т. 15 л. д. 9—63).

Оснований не доверять выводам эксперта у судебной коллегии не имеется.

«Вывод суда о причинении Румянцевым совместно с Шеломенцевым тяжкого вреда здоровью потерпевшего П. основан на исследованных в судебном заседании и изложенных в приговоре доказательствах, включая:

— заключение психофизиологической экспертизы, согласно которой у Румянцева выявлены реакции, свидетельствующие о том, что он вступал в сговор с Шеломенцевым на совершение нападения на Петрякова...»

«Оценив исследованные доказательства в их совокупности, суд признал достоверными показания Шеломенцева о том, что он и Румянцев договорились о совершении разбойного нападения на водителя, поскольку они согласуются с заключениями психофизиологических экспертиз, подтверждающих согласованность, целенаправленность действий подсудимых»¹.

Мнения юристов относительно возможности использования результатов психофизиологических экспертиз, а равно допустимости их назначения и проведения, как говорится, разделились. Как видим, данное обстоятельство не мешает высшим судам формировать прецедентную практику, в обязательном характере которой мы не только не сомневаемся. Поскольку понятийно-категориальный аппарат, обслуживающий понятие «психофизиологическая экспертиза», пока не сложился, автор умышленно сохранил формулировки, предложенные авторами кассационного определения, тем более что докладчик по делу — судья Верховного Суда РФ, доктор юридических наук, профессор О.Н. Ведерникова, председательствовал в процессе известный российский процессуалист — судья Верховного Суда РФ А.С. Червоткин.

История развития института доказательств насчитывает не одно тысячелетие. Время от времени, некоторые из них становятся модными. Например, «царица доказательств» — признание обвиняемым своей вины. Обоюдострый характер информации, заключенной в данном доказательстве, общеизвестен. Перечень жертв самоговора как добровольного, так и вынужденного, слишком значителен, чтобы его можно было бы игнорировать.

Анализ современных уголовных дел свидетельствует, что в тех случаях, когда речь идет о преступлениях, совершенных в условиях неочевидности, доказывание превращается в игру «первое слово — дорожке второго». Порой описательно-мотивировочная часть приговора наполовину состоит из рассуждений на тему, когда подсудимый, говорил правду, а когда нет.

¹ Кассационное определение Судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда РФ от 8 февраля 2001 года № 72-О11-3. Электронный архив Верховного Суда РФ за 2011 год.

Внедрение в систему доказательств выводов психофизиологических экспертиз означает укрепление доверия к показаниям, «освященным» не пыткой, как это было в недавнем прошлом, а мнением неких узких специалистов.

Вместе с тем, введение таковых в процесс неизбежно чревато угрозой целого комплекса ошибок, до сих пор неведомых нашему уголовному процессу. Ошибиться может как сам эксперт, так и его «машина», совершенство методик, используемых при проведении психофизиологических экспертиз, пока лишь гипотеза. Исторический опыт свидетельствует, что порой проходят многие десятилетия, пока несовершенство некоторых из них становится очевидным. Да и общее правило никто не отменял: чем сложнее, тем ненадежней.

Наличие психофизиологической экспертизы не исключает ее дополнительные и повторные варианты. Как оценивать результаты психофизиологических экспертиз, если на одни и те же вопросы даны разные ответы? Опыта таких оценок в России практически нет.

Анализ перечисленных и многих других проблем, возникновение которых обусловлено признанием института психофизиологической экспертизы как источника доказательственной информации, достоин отдельной статьи. Хотелось бы услышать мнение как сторонников «Полиграфа Полиграфовича», так и его противников.

Проблема оценки информации, полученной в ходе психофизиологической экспертизы, получила в очередной раз широкую огласку в связи с делом М.

Процессуальные решения, принятые в отношении последнего, небесспорны во многих отношениях.

«В неустановленном следствием время в 2010 году, но не позднее 23 часов 37 минут 23 июля 2010 года, в неустановленном следствием месте в г. Москве, М., имея умысел на совершение насильственных действий сексуального характера в отношении своей дочери — малолетней М. 2003 года рождения, совершил в отношении нее иные действия сексуального характера...»¹.

Это цитата из приговора, постановленного 5 марта 2011 года Таганским районным судом г. Москвы. Очевидно, что формулировки, предложенные его автором, свидетельствуют либо о свершившейся в уголовном судопроизводстве очередной революции, либо — что-то иное...

Что именно дано, наверное, судить лишь читателю, посвященному в «тайнства» современного уголовного процесса, ибо для лиц, в таковые непосвященных, констатация в описательно-мотивировочной части судебного решения полной неопределенности относительно места и времени краемого в уголовном порядке действия, а равно следующие за этим рассуждения о результатах психофизиологической экспертизы, «форме и размерах кошачьего хвоста» — не более чем схоластика².

С удивлением приходится констатировать, что, несмотря на то, что по-прежнему в силе указание на то, что «приговор должен быть составлен в ясных и понятных выражениях...», в данном документе обязательно «указание места, времени (преступления), способа его совершения, формы вины, мотивов, целей и последствий», в приговоре «недопустимо употребление неточных формулировок...»³, в итоговых судебных документах все чаще встречаются беспомощные констатации, что не установлено «место и время преступления», «не установлены конкретные действия виновных», а то и вообще некоторые из них совершены они «неустановленными лицами»⁴.

Вышеперечисленные требования — не каприз, это стандарт, основа которого — пункт 4 части 2 статьи 171 УПК РФ. Следовательно, органы предварительного расследования обязаны не только установить и время, и место, и способ действия, но и доказать каждый из пунктов обвинения.

По делу М. сначала органы предварительного расследования, а затем и прокурор, утвердивший обвинительное заключение, проигнорировали требования закона. Что в таких случаях делать суду? Совершенно очевидно: возвращать уголовное дело прокурору для устранения препятствий для его рассмотрения судом, поскольку нет ответов на главные вопросы, без которых нормальное слушание дела невозможно.

Пока же «Полиграф Полиграфович» в моде, АНО «Центр судебных экспертиз» к Вашим услугам..., его реклама на каждом шагу.

Конституция РФ, формулируя право на судебную защиту, не исключает, а, напротив, предполагает возможность исправления судебных ошибок, в том числе и после рассмотрения дела в той судебной инстанции, решение которой толкуется как окончательное.

¹ Приговор Таганского районного суда г. Москвы от 5 сентября 2011 года в отношении М. Архив Таганского районного суда г. Москвы за 2011 год.

² Кстати, читатель легко найдет в Интернете сведения о том, что авторы данных утверждений в сексуальном плане сами весьма озабочены.

³ Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 29 апреля 1996 года № 1 «О судебном приговоре» (в ред. постановления Пленума от 6 февраля 2007 года № 7) // Российская газета. — 1999. — 22 мая.

⁴ С «неустановленным гражданином Эстонии» и «неустановленным жителем этого государства» свои преступные деяния совершил и Козлов, приговор в отношении которого, вопреки позиции Московского городского суда, отменен надзорным определением Судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда РФ от 28 сентября 2011 года № 5-ДП-65. Архив Верховного Суда РФ за 2011 год.

I. По приговору Челябинского областного суда от 27 декабря 2000 года Куров и Ларягин за совершение в 1997—1998 годах тяжких и особо тяжких преступлений осуждены: к пожизненному лишению свободы, а Аристов и Гаврилов — соответственно к 26 и 10 годам лишения свободы.

Кассационным определением Судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда РФ от 18 октября 2002 года приговор оставлен без изменения.

Постановлениями Златоустовского городского суда Челябинской области от 10 октября 2003 года, Кыштымского городского суда Челябинской области от 17 сентября 2004 года приговор в отношении Аристова был приведен в соответствие действующим УК РФ (ред. от 31 октября 2002 года и от 8 декабря 2003 года).

Кассационным определением судебной коллегии по уголовным делам Челябинского областного суда от 3 декабря 2004 года последнее постановление оставлено без изменения.

Постановлением Metallургического районного суда г. Челябинска от 7 апреля 2006 года Гаврилов освобожден от отбывания наказания условно-досрочно на 2 года 6 месяцев 19 дней.

2006 год — позиция Генеральной прокуратуры РФ

В 2006 году заместитель Генерального прокурора РФ Кехлеров С.Г. внес в Президиум Верховного Суда РФ надзорное представление, в котором поставил вопрос об отмене состоявшихся по делу судебных решений, ибо приговор постановлен незаконным составом суда. При его формировании нарушено требование закона об условиях привлечения народных заседателей к исполнению своих обязанностей. Народные заседатели Гребнева А.А. и Уфимцева А.Г. в 2000 году уже привлекались к рассмотрению дела по обвинению Х. и др., а народный заседатель Уфимцева А.Г., кроме того, участвовала в рассмотрении дела в отношении А.

Аналогичный довод был приведен и в надзорной жалобе осужденного Курова.

2007 год — позиция Верховного Суда РФ

Президиум Верховного Суда РФ оснований для удовлетворения надзорных представления и жалобы не усмотрел, в обоснование своей позиции привел следующие доводы.

Народные заседатели полномочиями по отправлению правосудия наделены на основании Закона «О судостроительстве РСФСР» от 8 июля 1981 года. В соответствии с Указом Президента РФ от 25 января 2000 года их срок полномочий был продлен до утверждения списков народных заседателей законодательным органом субъекта федерации.

В соответствии с частью 2 статьи 90 Конституции РФ Указы и распоряжения Президента РФ обязательны для исполнения на всей территории Российской Федерации.

Сам по себе факт привлечения народных заседателей к исполнению своих обязанностей чаще одного раза в год не может поставить под сомнение легитимность судебных решений, принятых с их участием.

Президиумом Верховного Суда РФ были приведены и такие доводы:

- с момента вынесения приговора истекло более шести лет;
- осужденный Гаврилов освобожден условно-досрочно;
- он и его защитник отмечают, что отмена приговора повлечет ухудшение положения Гаврилова;
- отмена окончательного судебного решения «будет означать грубое нарушение принципа правовой определенности, что противоречит конституционному принципу справедливости, а также смыслу, духу и букве Европейской Конвенции»¹.

В тоже время, постановлением Президиума судебные решения в отношении Ларягина, Аристова, Курова и Гаврилова были изменены.

2009 год — позиция Европейского суда по правам человека

После этого осужденные Ларягин и Аристов обратились в Европейский суд по правам человека, указав, что судебное разбирательство в суде первой инстанции является незаконным, поскольку проходило с участием народных заседателей, которые в 2000 году уже привлекались к рассмотрению других уголовных дел.

Европейский суд по правам человека, рассмотрев из жалобы факт нарушения пункта 1 статьи 6 Конвенции о защите прав человека и основных свобод нашел его установленным (решении от 8 января 2009 года).

2010 год — позиция Верховного Суда РФ неизменна

В связи с этим Председатель Верховного Суда РФ поставил вопрос о возобновлении производства по делу в виду новых обстоятельств.

Возобновив производство по уголовному делу, Президиум Верховного Суда РФ установил, что его состав 17 января 2007 года был незаконен, так как в суд надзорной инстанции был включен судья, председательствовавший в кассационной инстанции.

При таких обстоятельствах постановление Президиума Верховного Суда РФ от 17 января 2007 года подлежало безусловной отмене.

¹ Постановление Президиума Верховного Суда РФ от 17 января 2007 года № 617п05пр. Электронный архив Верховного Суда РФ за 2007 год.

В связи с его отменой Президиум Верховного Суда РФ счел необходимым рассмотреть надзорное представление заместителя Генерального прокурора РФ Кехлерова С.Г. и надзорные жалобы осужденных Курова, Ларягина и Аристов, в которых они обратили внимание высшей судебной инстанции на незаконный состав суда первой инстанции.

Однако Президиум Верховного Суда РФ оснований, позволяющих сделать вывод о том, что приговор постановлен незаконным составом суда, не усмотрел.

Как следует из резолютивной части его постановления:

— свое решение от 17 января 2007 года в отношении всех осужденных Президиум Верховного Суда РФ отменил;

— надзорное представление и надзорные жалобы осужденных оставил без удовлетворения¹.

— судебные решения в отношении Ларягина, Аристов, Курова и Гаврилова изменил.

2011 год — новая позиция Верховного Суда РФ

Считая данные выводы незаконными, Председатель Верховного Суда РФ в очередной раз поставил вопрос о возобновлении производства по делу в виду новых обстоятельств.

Президиум Верховного Суда РФ 13 июля 2011 года признал, предыдущее решение не согласуется:

— с положениями части 3 статьи 1 УПК РФ о том, что общепризнанные принципы и нормы Международного права и международные договоры Российской Федерации являются составной частью законодательства Российской Федерации;

— с положениями части 5 статьи 415 УПК РФ о том, что по результатам рассмотрения представления Президиум Верховного Суда РФ отменяет или изменяет судебные решения по уголовному делу в соответствии с постановлениями Европейского суда по правам человека.

Кроме того, Президиум Верховного Суда РФ пришел к выводу о том, что ранее им не было дано должной оценки всем выводам, изложенным в постановлении Европейского суда по правам человека.

Указанные обстоятельства, свидетельствующие о допущенной ошибке, послужили основанием для отмены постановления Президиума Верховного Суда РФ от 16 июня 2010 года в отношении всех осужденных, включая Гаврилова, поскольку преступные действия, за которые они осуждены, взаимосвязаны.

Поскольку Европейским судом выявлены нарушения Конвенции, допущенные при судебном разбирательстве уголовного дела в суде первой инстанции, которые являются основанием отмены судебных решений, Президиум Верховного Суда РФ счел необходимым пересмотреть эти решения в порядке главы 49 УПК РФ.

Народные заседатели, принимавшие участие в рассмотрении дела, привлекались в качестве таковых более одного раза в течение одного года, что является нарушением правил отбора народных заседателей, установленных статьей 9 Федерального закона «О народных заседателях федеральных судов в Российской Федерации» от 2 января 2000 года. Указанные обстоятельства в соответствии с выводами Европейского Суда не позволяют считать, что Челябинский областной суд, вынесший приговор 27 декабря 2000 года, является судом, созданным на основании закона.

При таких данных производство по уголовному делу в отношении Ларягина и Аристов подлежит возобновлению ввиду новых обстоятельств.

Возобновив производство по уголовному делу, Президиум Верховного Суда РФ счел необходимым проверить уголовное дело в отношении всех осужденных по аналогии с положениями части 2 статьи 410 УПК РФ.

В силу частей 2 и 3 статьи 9 Федерального закона «О народных заседателях федеральных судов в Российской Федерации» от 2 января 2000 года, регламентирующих сроки привлечения народных заседателей к исполнению обязанностей, «народные заседатели привлекаются к исполнению своих обязанностей в областном суде на срок рассмотрения конкретного дела, но не чаще одного раза в год».

При формировании состава суда для рассмотрения уголовного дела в отношении Гаврилова, Ларягина, Аристов и Курова данное требование закона не учтено.

Как усматривается из дела, приговор Челябинского областного суда от 27 декабря 2000 года в отношении них постановлен судом в составе судьи и двух народных заседателей: Гребневой и Уфимцевой.

Эти же народные заседатели в 2000 году до рассмотрения дела по обвинению Гаврилова, Ларягина, Аристов и Курова привлекались к участию в рассмотрении других уголовных дел, в частности, в отношении Х., К., Ж. и др. (приговор от 14 июня 2000 года), в отношении К. (приговор от 30 июня 2000 года).

Как указано в постановлении Европейского суда, государство-ответчик подтвердило, что народные заседатели привлекались в качестве таковых более одного раза в течение одного года (п. 36 постановления Европейского суда).

При таких обстоятельствах следует признать, что народные заседатели Гребнева и Уфимцева были привлечены к участию в рассмотрении уголовного дела в отношении Ларягина и Аристов в нару-

¹ Постановление Президиума Верховного Суда РФ от 16 июня 2010 года № 240-П09. Электронный архив Верховного Суда РФ за 2010 год.

шение закона, положения которого о сроках привлечения народных заседателей к исполнению своих обязанностей соответствуют международным правовым актам, в том числе пункту 1 статьи 6 Европейской Конвенции о защите прав человека и основных свобод.

В соответствии с действующим уголовно-процессуальным законом Российской Федерации постановление приговора незаконным составом суда, в любом случае, является основанием его отмены (п. 2 ч. 2 ст. 381 УПК РФ).

Итог: обвинительный приговор в отношении Гаврилова, Ларягина, Аристова и Курова, а также все последующие судебные решения по делу (включая постановление об условно-досрочном освобождении Гаврилова) были отмены, а дело — направлению на новое судебное разбирательство в тот же суд, но в ином составе суда.

Наряду с этим были отменены частные определения суда первой инстанции в адрес начальника ГУВД Челябинской области и начальника Управления Федеральной почтовой связи по Челябинской области, а также определение о направлении прокурору г. Челябинска материалов для возбуждения уголовного дела по части 1 статьи 307 УК РФ в отношении Калинина.

В то же время, приговор в части оправдания Гаврилова, Ларягина, Аристова, Курова отменен не был, так как в связи с требованиями статьи 405 УПК РФ поворот к худшему недопустим.

Учитывая тяжесть предъявленного обвинения, а также наличие достаточных оснований полагать, что Ларягин, Аристов и Куров скроются от суда, для обеспечения рассматриваемого уголовного дела в разумные сроки Президиум Верховного Суда РФ избрал в отношении них меру пресечения в виде заключения под стражу¹.

Безусловно, проблемы, возникшие при рассмотрении уголовного дела в отношении Ларягина и других далеко не равнозначны. Очевидно и то, что главная из них — это трудности, с которыми столкнулись суды при формировании коллегий с участием народных заседателей. Историки судебной системы России пока еще данной проблемы не коснулись. Вместе с тем, еще анализ практики привлечения народных заседателей к участию в отправлении правосудия заслуживает особого внимания, ибо ответы, полученные в результате такого исследования, могут явиться весомым аргументом в дискуссии с апологетами различных институтов народного представительства в суде.

Институт народных заседателей сам по себе исчез с крахом породившего его советского режима. Несмотря на то, что в списках народных заседателей за каждым судьей в 90-е годы прошлого столетия числились сотни, в процессах реально заседали единицы... Это были либо «любители», либо пенсионеры. Тогда же именно из числа последних были организованы довыборы новых народных заседателей, которых прельщал дополнительный заработок за участие в отправлении правосудия.

Разрекламированная на рубеже тысячелетий идея о свободной выборке народных заседателей из числа лиц, наделенных правом активного голоса, тихо исчезла из концепции отечественного судебного строительства.

Время стремительно дезактуализирует проблемы пока еще недавнего прошлого, в противном случае дел, подобных делу Ларягина и других было бы гораздо больше. Данное дело — наглядный урок для тех, кто, отстаивая красивую идею народного представительства в суде, слабо разбирается в механизмах ее реализации.

Ближайшее время покажет, получит ли решение Европейского суда по правам человека и постановление Президиума Верховного Суда РФ по делу Ларягина и других прецедентное значение при рассмотрении надзорных представлений прокуроров и жалоб других участников процесса на незаконный состав суда.

Обвинительный уклон — явление, наличие которого яростно и последовательно отрицается органами предварительного расследования, прокурорами и судьями. В тоже время, очевидно, что любой приговор, отмененный вышестоящей инстанцией с прекращением уголовного дела, — бесспорное свидетельство того, что и следователь, и прокурор, и суд, в свое время не нашли в себе сил данный уклон преодолеть.

Причин обвинительного уклона — множество. Одна из них, в частности, — неспособность стороны обвинения и некоторых судов понять, что наряду с уголовным существуют еще и некоторые иные отрасли права.

II. Гражданско-правовые отношения ошибочно квалифицированы как мошенничество — уголовное дело в отношении Воденникова

По приговору Уватского районного суда Тюменской области от 16 декабря 2008 года Воденников был осужден по части 4 статьи 159 УК РФ на 5 лет и 6 месяцев лишения свободы со штрафом в размере 200 000 рублей, в соответствии со статьей 73 УК РФ условно с испытательным сроком 4 года с возложением обязанностей на осужденного.

¹ Постановление Президиума Верховного Суда РФ от 13 июля 2011 года № 11-П11. Электронный архив Верховного Суда РФ за 2011 год.

Кассационным определением судебной коллегии по уголовным делам Тюменского областного суда от 14 мая 2009 года, постановлением президиума Тюменского областного суда от 23 июня 2010 года приговор оставлен без изменения.

Согласно приговору заместитель генерального директора филиала ОАО «ФСК ЕЭС» Воденников, не имея полномочий, договорился с ООО «Алькатрон» о реализации в качестве металлолома неисправного и не подлежащего восстановлению реактора РОДЦ — 60000/500, что и было осуществлено. Для прикрытия противоправной деятельности он от имени ОАО «ФСК ЕЭС» заключил соответствующий договор с ООО «Алькатрон». В результате данных действий Воденникова ОАО был причинен ущерб на сумму 1 108 234 рубля 71 копейка.

Судебная коллегия по уголовным делам Верховного Суда РФ, отменив состоявшиеся по делу судебные решения и прекратив уголовное дело на основании пункта 2 части 1 статьи 24 УПК РФ — за отсутствием состава преступления, указала следующее.

Мошенничеством (ст. 159 УК РФ) признается хищение чужого имущества, совершенное путем обмана или злоупотребления доверием. В соответствии с примечанием 1 к статье 158 УК РФ под хищением понимаются совершенные с корыстной целью противоправные безвозмездное изъятие и (или) обращение чужого имущества в пользу виновного или других лиц, причинившие ущерб собственнику или иному владельцу этого имущества.

Таким образом, корыстная цель деяния и причинение в результате его совершения имущественного ущерба являются обязательными признаками хищения, в том числе, мошенничества.

Вместе с тем, из приговора усматривается, что суд признал установленным тот факт, что сумма, причитающаяся в качестве платы за реактор РОДЦ — 60000/500, поступила на счет ОАО «ФСК ЕЭС».

Из показаний генерального директора филиала ОАО «ФСК ЕЭС» Солодянкина А.С. следует, что в результате действий Воденникова Д.А. имущественного вреда организации не причинено, от утилизации реактора оно получило доход в сумме около 1 млн. рублей.

Отвергая указанные доказательства в той части, в которой они свидетельствуют об отсутствии корыстной заинтересованности Воденникова, суд указал, что ООО «Алькатрон» перечислило ОАО «ФСК ЕЭС» причитающуюся сумму лишь после возбуждения уголовного дела, и через довольно большой промежуток времени после того, как ООО «Алькатрон» оприходовало лом металлов.

Однако при этом суд не принял во внимание следующие обстоятельства.

Как следует из материалов дела (и описано в приговоре), договор купли-продажи реактора между ОАО и ООО заключен 1 августа 2006 года, он реально исполнялся. Представители ООО в период с 15 августа по сентябрь 2006 года демонтировали и вывезли реактор. Согласно акту приема-передачи от 14 ноября 2006 года ООО приняло от ОАО «ФСК ЕЭС» в лице Воденникова лом металла от реактора общей стоимостью с учетом расходов по утилизации и НДС 994 307 рублей 26 копеек.

Счет на оплату лома металла выставлен лишь 20 ноября 2006 года, он подписан генеральным директором Солодянкиным А.С. и бухгалтером Хрусталевой В.М. После выставления счета на основании платежных поручений ООО перечислило ОАО денежные средства.

То обстоятельство, что между передачей реактора РОДЦ — 60000/500 и его оплатой прошло некоторое время, само по себе не свидетельствует об умысле Воденникова Д.А. на мошенничество.

В соответствии с пунктом 1 статьи 486 ГК РФ покупатель обязан оплатить товар непосредственно до или после передачи ему продавцом товара, если договором купли-продажи не предусмотрено иное. Таким образом, оплата товара после его фактической передачи не противоречит гражданскому законодательству.

Данным обстоятельствам в приговоре не дано какой-либо оценки. Из приговора не следует, что суд выяснял вопрос о моменте оплаты. Не исследовался вопрос о сроках и других обстоятельствах операции по безналичному перечислению денежных средств, тогда как гражданское законодательство допускает разрыв между временем передачи товара и моментом его оплаты (п. 1 ст. 486 ГК РФ).

Из материалов уголовного дела следует, что оно возбуждено 10 ноября 2006 года, в этом же месяце произведена оплата стоимости реактора. При этом не установлено, что ООО «Алькатрон» перечислило денежные средства по указанию Воденникова или в связи с его уголовным преследованием, а также в чем при этом выразилось злоупотребление доверием.

Суд не установил на основании исследованных доказательств, что Воденников располагал возможностью во внесудебном порядке повлиять на решение ООО «Алькатрон» перечислить денежные средства в пользу ОАО «ФСК ЕЭС» после возбуждения уголовного дела.

Не установлено и то, что в результате содеянного Воденников Д.А. получил какие-либо имущественные выгоды, тогда как это могло бы свидетельствовать о его прямом умысле на хищение, обусловленном корыстной целью¹.

¹ Надзорное определение Судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда РФ от 28 октября 2010 года № 89-Д10-13. Архив Верховного Суда РФ.

III. Судебные постановления московских судов отменены, осужденный освобожден из-под стражи, поскольку позиция защиты не получила надлежащей оценки

По приговору Пресненского районного суда г. Москвы от 5 марта 2009 года Козлов был осужден по части 4 статьи 159 УК РФ к 7 годам лишения свободы, по части 3 статьи 30, пункту «б» части 3 статьи 174¹ УК РФ к 5 годам лишения свободы, на основании части 3 статьи 69 части 3 УК РФ к 8 годам лишения свободы в исправительной колонии общего режима.

Кассационным определением судебной коллегии по уголовным делам Московского городского суда от 10 июня 2009 года приговор в отношении Козлова был изменен: исключен квалифицирующий признак хищения с использованием служебного положения, наказание по части 4 статьи 159 УК РФ снижено до 6 лет лишения свободы, а наказание по совокупности преступлений снижено до 7 лет лишения свободы. Определено исчислять срок наказания с момента задержания — с 30 июля 2008 года.

Постановлением судьи Верховного Суда РФ от 27 декабря 2010 года отказано в удовлетворении надзорной жалобы о пересмотре судебных решений.

Постановлением заместителя Председателя Верховного Суда РФ Петроченкова А.Я. данное постановление было отменено, по делу было возбуждено надзорное производство, а само оно было передано на рассмотрение в президиум Московского городского суда¹.

Постановлением президиума Московского городского суда от 29 июля 2011 года приговор и кассационное определение изменены, действия Козлова переквалифицированы с части 3 статьи 30, пункта «б» части 3 статьи 174¹ УК РФ (в ред. от 8 декабря 2003 года) на часть 3 статьи 30, пункт «б» части 2 статьи 174¹ УК РФ (в ред. от 7 апреля 2010 года), по которой назначено 3 года лишения свободы, и с части 4 статьи 159 УК РФ (в ред. от 8 декабря 2003 года) на часть 4 статьи 159 УК РФ (в ред. от 7 марта 2011 года) по которой назначено 4 года лишения свободы сроком; в соответствии с частью 3 статьи 69 УК РФ назначено 5 лет лишения свободы.

Козлов был осужден за то, что в 2006 году создал устойчивую группу, в которую вовлек неустановленного гражданина Эстонии, а также неустановленного жителя этой же страны, но без гражданства. Затем они, используя подложные документы акциями 33,4% акций ОАО «Искож», принадлежащих «Вендорт Трэйдс инк» стоимостью 28 000 000 рублей.

11 сентября 2006 и 10 ноября 2006 года Козлов приобрел два пакета учредительных документов на фиктивные коммерческие организации, зарегистрированные в Англии. Генеральными директорами компаний были оформлены В. и Б., не имеющие отношения к деятельности указанных юридических лиц. Тогда же Козлов внес сведения — свои паспортные данные — в пакет учредительных документов компании «Карнавон лимитед».

1 декабря 2006 года неустановленный гражданин Эстонии поставил на учет обе вышеназванные компании в межрайонной ИФНС России № 50 по г. Москве, придав им легитимность. Копии полученных свидетельств о постановке на учет в налоговом органе «Кромптон солюшнз лимитед» и «Карнавон лимитед», курьер Г., не осведомленная о преступных намерениях неустановленного гражданина Эстонской Республики, заверила у нотариуса.

29 мая 2007 года неустановленный гражданин Эстонии в неустановленном месте изготовил на имя курьера Г. от имени директора «Кромптон солюшнз лимитед» В. поддельную доверенность, которая давала право подавать от имени последней учредительные документы для открытия счета депо в депозитарии ЗАО «Русские фонды».

30 мая 2007 го этот же неустановленный гражданин Эстонии и неустановленный житель Эстонии направили курьера Г. в ЗАО «Русские фонды», где был заключен депозитарный договор, в результате чего компании «Кромптон солюшнз лимитед» был открыт счет депо в указанном депозитарии.

31 мая 2007 года неустановленный гражданин Эстонии в неустановленном месте изготовил на свое имя от имени директора «Кромптон солюшнз лимитед» В. поддельную доверенность, которая давала право подавать и получать от имени поручения на операции с ценными бумагами в ЗАО «Русские фонды».

Неустановленный житель Эстонии, не будучи директором «Вендорт Трэйдс инк» в неустановленном месте изготовил поддельное поручение на снятие 626 020 обыкновенных акций ОАО «Искож» со счета депо «Вендорт Трэйдс инк» и их зачисление на счет депо фиктивной коммерческой организации «Кромптон солюшнз лимитед».

31 мая 2007 года неустановленный житель Эстонии, представившись директором «Вендорт Трэйдс инк», обманув сотрудника депозитария ЗАО «Русские фонды», предоставил ему вышеуказанное поддельное поручение. В свою очередь неустановленный гражданин Эстонии передал сотруднику депозитария изготовленную им доверенность от имени В. на проведение операций с вышеуказанными ценными бумагами — на прием их на счет депо компании «Кромптон солюшнз лимитед». На основании представленных документов обманутая сотрудница депозитария ЗАО «Русские фонды» Б. про-

¹ Постановление заместителя Председателя Верховного Суда РФ об отмене постановления судьи об отказе в удовлетворении надзорной жалобы от 28 июня 2011 года № 5-ДП-42. Архив Верховного Суда РФ за 2011 год.

извела снятие со счета депо «Вендорт Трэйдс инк» и перевод на счет депо «Кромптон солюшнз лимитед» 626 020 акций ОАО «Искож».

6 июня 2007 года Козлов, выступая в роли директора «Карнафон лимитед», заключил в ЗАО «Русские фонды» депозитарный договор и открыл счет депо компании «Карнафон лимитед». Неустановленный гражданин Эстонии поручение от фиктивной коммерческой организации «Кромптон солюшнз лимитед» с поддельной подписью от имени В. на снятие 626 020 акций ОАО «Искож» со счета депо «Кромптон солюшнз лимитед» и зачисление акций на счет депо компании «Карнафон лимитед», принадлежащей Козлову А.А.

Таким образом, по мнению стороны обвинения, Козлов в составе организованной группы, путем обмана завладел 33,4% акций ОАО «Искож», принадлежащих «Вендорт Трэйдс инк» рыночной стоимостью 28 000 000 рублей, причинив ущерб в особо крупном размере.

В надзорных жалобах осужденный и его защитник — адвокат Гаврилов В.Л. просили об отмене состоявшихся судебных решений, мотивируя это тем, что Козлов преступлений не совершал.

Судебная коллегия по уголовным делам нашла данные жалобы подлежащими удовлетворению по следующим основаниям.

Как указано в приговоре, и с этим выводом согласилась кассационная и надзорная инстанции, пакет аутентифицированных документов, которые были представлены в судебном заседании Т., бесспорно подтверждает факт отставки С. с поста директора компании «Вендорт Трэйдс инк» с 1 марта 2007 года и отсутствие у него после этой даты полномочий распоряжаться акциями названной компании.

Однако суд оставил без внимания, что представленные документы являются копиями, в то время как согласно пояснениям самого Т., подлинник заявления С. находится в распоряжении регистрационного агента компании «Вендорт Трэйдс инк», и не истребовал его для проверки доводов Козлова о том, что представленные Т. документы сфальсифицированы, а также не допросил лиц, причастных к отставке С.

Кроме того, в приговоре суд указал, что С. подал в отставку согласно его заявлению от 26 февраля 2007 года, а в заявлении, представленном Т., указана дата 1 марта 2007 года.

Согласно же имеющемуся в материалах дела протоколу собрания директоров компании «Вендорт Трэйдс инк» от 26 февраля 2007 года, в этот день было принято решение, в соответствии с которым С. был оставлен в новом составе совета директоров компании.

В судебном заседании Т. также заявил, что имеется еще один документ, который подтверждает, что С. подавал в отставку, и она была принята советом директоров компании. На основании собственного заявления С. был исключен из состава директоров компании «Вендорт Трэйдс инк», о чем была сделана соответствующая запись официальным регистратором компании.

Вместе с тем, суд не выяснил у Т., о каком именно документе идет речь, и не предложил ему представить этот документ.

Как пояснила в судебном заседании свидетель Б., начальник депозитарного отдела ЗАО «Русские фонды», по условиям депозитарного договора компания «Вендорт Трэйдс инк» в течение трех суток должна была сообщить об изменении своих реквизитов.

Однако суд не выяснил, почему компания «Вендорт Трэйдс инк» не поставила в известность депозитарий об отставке С. с поста директора и прекращении его полномочий по распоряжению акциями компании.

Суд также не принял необходимых мер к тому, чтобы стороной обвинения и представителем потерпевшего «Вендорт Трэйдс инк» были представлены надлежаще заверенные копии договора от 15 мая 2006 года с приложением № 1, копии документов, свидетельствующие о полной оплате «Вендорт Трэйдс инк» приобретенных, в том числе 626 020 акций ОАО «Искож», а также копии договоров от 15 января 2007 года переуступки прав требования между ООО «Евростройгрупп» и «Кромптон солюшнз лимитед».

Из материалов дела видно, что часть из названных документов представлялась сторонами обвинения и защиты в ходе предварительного и судебного следствия, но они не были заверены надлежащим образом.

Как следует из показаний осужденного Козлова А.А., компания «Вендорт Трэйдс инк» не полностью оплатила акции, в связи с чем, в соответствии с пунктом 9.4 договора от 15 мая 2006 года, которым предусматривалась ответственность сторон за ненадлежащее исполнение обязательств, 15 января 2007 года между ООО «Евростройгрупп» и компанией «Кромптон солюшнз лимитед» был заключен договор переуступки права требования, в соответствии с которым ООО «Евростройгрупп» уступила «Кромптон солюшнз лимитед» право требования исполнения обязательств к компании «Вендорт Трэйдс инк» по договору от 15 мая 2006 года на сумму 29 489 056 рублей 36 копеек. В тот же день — 15 января 2007 года компания «Вендорт Трэйдс инк» и «Кромптон солюшнз лимитед» заключили дополнительное соглашение № 1 к договору от 15 мая 2006 года, по которому должник — компания «Вендорт Трэйдс инк», обязался возвратить до 15 июля 2007 года компании «Кромптон солюшнз лимитед» 626 020 обыкновенных акций ОАО «Искож». Впоследствии он, являясь единоличным собствен-

ником и директором компании «Карнавоп лимитед», заключил от имени этой компании с компанией «Кромптоп солюшнз лимитед» договор о приобретении 626 020 обыкновенных акций. Деньги за эти акции были им полностью уплачены.

Суд, руководствуясь статьей 29 Федерального закона от 22 апреля 1996 года «О рынке ценных бумаг» о том, что право на ценную бумагу переходит к приобретателю в момент осуществления переходной записи по счету депо приобретателя, также указал в приговоре, что «в настоящем судебном заседании не рассматривается вопрос о наличии или отсутствии гражданско-правовых споров между «Вендорт Трэйдс инк» и другими компаниями. Рассматривается вопрос о правомерности отчуждения акций компании «Вендорт Трэйдс инк» 31 мая 2007 года».

Вместе с тем, по смыслу пунктов 7.3.1 и 7.3 Положения о ведении реестра владельцев ценных бумаг, утвержденного постановлением ФКЦБ России от 2 октября 1997 года, для внесения в реестр записи о переходе прав собственности на ценные бумаги при совершении сделки не требуется представлять регистратору документы, подтверждающие полную оплату акций, приобретаемых по договору. В связи с этим, разрешение вопроса о виновности Козлова в незаконном отчуждении 626 020 акций ОАО «Искожа» связано не только с проверкой вопроса о принадлежности их «Вендорт трэйдс инк», но и с вопросом производства оплаты их данной компанией при покупке у ООО «Евростройгрупп».

Суд должным образом не проверил показания свидетеля М, не принял мер к истребованию и изучению соответствующих документов, отверг показания данного свидетеля только на том основании, что он не являлся стороной ни по одной из сделок, указав, что его показания являются предположением.

Без надлежащей проверки суд признал недостоверными представленные защитой документы — дополнительное соглашение от 15 января 2007 года к договору купли-продажи акций от 15 мая 2006 года между «Вендорт Ррэйдс инк» и «Кромптоп солюшнз лимитед» и договора переуступки права требования от 15 января 2007 года между ООО «Евростройгрупп» и «Кромптоп солюшнз лимитед», сославшись на то, что источник возникновения договоров достоверно не установлен, а суду представлены незаверенные копии.

Президиум Московского городского суда, по существу признавая неполноту предварительного и судебного следствия, в постановлении указал, что это обстоятельство не может служить основанием для отмены приговора, посчитав достаточной совокупность других доказательств, исследованных судом.

С таким выводом президиума согласиться нельзя, поскольку неполнота исследования фактических обстоятельств по данному делу повлияла на вывод суда о виновности Козлова в совершении мошенничества и легализации денежных средств, полученных в результате совершения преступления.

Поскольку Козлову инкриминировались преступления, совершенные в сфере предпринимательской деятельности, отмена приговора с направлением дела на новое рассмотрение в соответствии с частью 1-1 статьи 108 УПК РФ является основанием для освобождения его из-под стражи с избранием меры пресечения, не связанной с лишением свободы.

В итоге приговор Пресненского районного суда г. Москвы от 5 марта 2009 года, определение судебной коллегии по уголовным делам Московского городского суда от 10 июня 2009 года и постановление президиума Московского городского суда от 29 июля 2011 года в отношении Козлова были отменены, дело в отношении него направлено на новое рассмотрение, из-под стражи Козлов был освобожден¹.

Оба данных примера, несмотря на массу формальных различий, по сути своей предельно схожи, хотя лишь второй из них получил широкую огласку в СМИ. Вместе с тем, в обоих случаях суть коллизии проста: органы предварительного расследования в силу различных причин за преступления принимают заурядные сделки гражданско-правового характера.

Несмотря на то, что уже в суде первой инстанции выяснилась сомнительность предъявленного Козлову обвинения, он все же был осужден.

Сторона защиты последовательно просила вышестоящие судебные инстанции дать оценку собранным ею документам. Более того, заместитель Председателя Верховного Суда РФ Петроченков А.Я., возбуждая надзорное производство, прямо указал на допущенные московскими судами ошибки. Несмотря на это, президиум Московского городского суда оснований для отмены явно незаконного приговора не нашел.

Отменяя состоявшиеся судебные постановления, Судебная коллегия по уголовным делам Верховного Суда РФ предложила суду проверить доводы стороны защиты в рамках состязательного процесса и дать им надлежащую оценку.

IV. Руководитель осужден за то, что возглавляемому им учреждению не выделили средства на пожарную сигнализацию

¹ Надзорное определение Судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда РФ от 28 сентября 2011 года № 5-ДП-65. Архив Верховного Суда РФ за 2011 год.

Провинция, детский садик, расположенный в случайном помещении, не знавшем ремонта с момента постройки. Его заведующая не имеет средств для поддержания пожарной безопасности. Подчеркнем: денег на это ей не выделено! Пожарный инспектор, выявив нарушения, заявил, что вынужден оштрафовать юридическое лицо — детсад — на 10 000 рублей. Желая сохранить денежные средства, ассигнованные детям, заведующая попросила инспектора найти более экономный вариант. Таковой отыскался — штраф в сумме 1 000 рублей на физическое лицо, то есть на заведующую. Штраф ею был заплачен. Данную сумму заведующая взяла из денег, выделенных детскому саду, списав их на подарки. Суд первой инстанции квалифицировал ее действия по части 3 статьи 160 УК РФ — присвоение имущества с использованием служебного положения (от 2 до 6 лет лишения свободы). Суд первой инстанции применил статью 73 УК РФ, назначив наказание условно.

На первый взгляд 1) заведующая — злодей! Однако никто ей не мешал внести 10 000 рублей казенных денег, ибо вины ее в неудовлетворительном состоянии детского сада не было. Тем не менее, она приняла меры, направленные на уменьшение ущерба бюджету садика, на целые 9 000 рублей.

Возникла еще одна проблема. Заведующая взяла на воспитание четверых чужих детей! Наличие обвинительного приговора — основание для их отобрания.

Читателю судить, что в такой ситуации для общества наиболее ценно? Суд кассационной инстанции счел за благо прекратить уголовное дело в отношении заведующей детским садом по основаниям, предусмотренным частью 2 статьи 14 УК РФ¹.

V. Мошенничество совершено частным лицом

Совершение хищения, например, путем мошенничества с наличием квалифицирующего признака — использование служебного положения — может быть признано таковым лишь в том случае, если все действия, составляющие объективную сторону содеянного, совершены должностным лицом именно с использованием служебного положения.

Если использование лицом служебного положения лишь предшествовало действиям, образующим состав преступления, то квалифицирующий признак — использование служебного положения — в действия виновного отсутствует.

Главный бухгалтер ООО «Ошевинское» и ЗАО «Лядины», имея свободный доступ к финансовым документам, бланкам и печатям данных предприятий, изготовила:

— справки о своем заработке, не соответствующие действительным доходам;

— квитанции к приходным ордерам об уплате в кассы предприятий денежных средств за дрова, хотя фактически данных расходов не несла.

Изготовленные ею поддельные документы передала в государственное учреждение «Отдел социальной защиты населения» по Каргопольскому району Архангельской области, получив в период с 1 апреля по 30 сентября 2008 года 3 558 рублей 63 копейки, с период с 1 октября 2008 года по 31 марта 2009 года — 527 рублей 88 копеек.

Органы предварительного расследования квалифицировали действия Гутаренко по каждому из вышеуказанных эпизодов по части 3 статьи 159 УК РФ как мошенничество, совершенное с использованием служебного положения.

По приговору Няндомского районного суда Архангельской области Гутаренко была осуждена за совершение двух преступлений, предусмотренных частью 3 статьи 159 УК РФ, по совокупности которых ей было назначено наказание в виде 2 лет 6 месяцев лишения свободы, с применением статьи 73 УК РФ условно².

Кассационным определением судебной коллегии по уголовным делам Архангельского областного суда приговор оставлен без изменения³.

На уровне региона в удовлетворении надзорных жалоб Гутаренко также было отказано⁴. Аналогичное решение было принято и судьей Верховного Суда РФ⁵.

Заместитель Председателя Верховного Суда РФ Петроченков А.Я. отменил постановление судьи Верховного Суда РФ, возбудил по делу в отношении Гутаренко надзорное производство, направил его в президиум Архангельского областного суда, перед которым поставил вопрос об изменении со-

¹ Кассационное определение судебной коллегии по уголовным делам Курского областного суда от 22 марта 2011 года № 22-362-2011. Архив Курского областного суда за 2011 год.

² Приговор Няндомского районного суда Архангельской области от 30 июля 2010 года № 1к-21/2010. Архив Няндомского районного суда Архангельской области за 2010 год.

³ Кассационное определение судебной коллегии по уголовным делам Архангельского областного суда от 3 сентября 2010 года № 22-2924. Электронный архив Архангельского областного суда за 2010 год.

⁴ Постановление судьи Архангельского областного суда об отказе в удовлетворении надзорной жалобы о возбуждении надзорного производства от 7 октября 2010 года № 4у-2052; письмо председателя Архангельского областного суда от 10 ноября 2010 года № 4-2274 С. Архив Архангельского областного суда за 2010 год.

⁵ Постановление судьи Верховного Суда РФ об отказе в возбуждении надзорного производства от 10 марта 2011 года. Архив Верховного Суда РФ за 2011 год.

стоявшихся по делу судебных решений, мотивируя это тем, что «злоупотребление служебным положением осужденной завершилось на этапе составления соответствующих справок»¹.

На заседании президиума Архангельского областного суда надзорная жалоба осужденной была поддержана заместителем прокурора Архангельской области.

Проанализировав материалы уголовного дела в отношении Гутаренко, президиум Архангельского областного суда согласился с правовой позицией заместителя Председателя Верховного Суда РФ Петроченкова А.Я. и, изменив состоявшиеся судебные постановления, указал следующее.

Судом первой инстанции однозначно установлено, что Гутаренко использовала свое служебное положение главного бухгалтера исключительно при изготовлении справок, содержащих недостоверные сведения. Совершенно очевидно, что с этого момента ее противоправная служебная деятельность завершилась. Действия, составляющие объективную сторону мошенничества — предоставление поддельных справок в отделение социальной защиты — Гутаренко осуществила как частное лицо.

В связи с этим квалифицирующий признак «с использованием служебного положения» из обвинения Гутаренко был исключен.

По эпизоду хищения в период с 1 апреля по 30 сентября 2008 года ее действия были переклассифицированы на часть 1 статьи 159 УК РФ, по которой было назначено наказание в виде 1 года лишения свободы, с применением статьи 73 УК РФ условно с испытательным сроком в 1 год.

Уголовное дело по второму эпизоду было прекращено по основаниям, предусмотренным пунктом 2 части 1 статьи 24 УПК РФ за отсутствием состава преступления, поскольку сумма похищенного не превышает 1 000 рублей, следовательно, за содеянное в силу статьи 7.27 КоАП РФ Гутаренко могла быть привлечена лишь к ответственности за совершение административного правонарушения.

Президиум Архангельского областного суда совершенно обоснованно исключил из приговора указание на назначение Гутаренко наказания в соответствии с частью 2 статьи 69 УК РФ.

Сославшись на пункт 3 части 1 статьи 24 УПК РФ, надзорная инстанция освободила Гутаренко от наказания по части 1 статьи 159 УК РФ в связи с истечением сроков давности².

Как видим, заместитель Председателя Верховного Суда РФ Петроченков А.Я. совершенно обоснованно пришел к выводу, что Гутаренко, совершая мошеннические действия, обратилась в органы социального обеспечения не как должностное, а как частное лицо.

Несмотря на то, что изготовление подложных документов осужденной и было осуществлено с использованием служебного положения, решение вопроса о выделении компенсаций за дрова было за пределами компетенции Гутаренко.

Производство по делу о хищении на сумму всего 3 558 рублей 63 копейки растянулось с 31 марта 2009 года до 17 августа 2011 года. Его объем составил пять томов. Дело дважды 12 октября 2009 года и 10 февраля 2010 года возвращалось прокурору для устранения препятствий его рассмотрения в суде. Без непосредственного изучения уголовного дела точно подсчитать время процессуальное, то есть время, затраченное сотрудниками оперативных служб, следователями, прокурорами, адвокатами и другими участниками процесса невозможно, однако и без этого очевидно, что оно непропорционально велико по сравнению с объемом похищенного, следовательно непропорционально велики затраты государства на уголовное судопроизводство.

Из материалов уголовного дела следует, что ущерб, причиненный государству Гутаренко, ею после возбуждения уголовного дела был возмещен.

Как следует из приговора, осужденная ранее никогда к уголовной, а равно винным видам ответственности не привлекалась, положительно характеризуется по месту жительства и работы, ее семья живет на грани бедности.

Совершенно очевидно, что в таких условиях необходимости дальнейшего уголовного преступления Гутаренко не было, ибо затраты на него существенно превосходили причиненный вред, уголовное дело следовало бы прекратить за примирением сторон.

Может быть, читателю данный материал и покажется чрезмерно эклектичным, однако уверены, что с главным он не сможет не согласиться: правовой материи присущ огромный момент инерции, именно он определяет преемственность в праве. Знания об этом будут полезны, как лицам, изучающим право, так и «торопящимся» политикам. Изменения в праве возможны, если общество в этом действительно заинтересовано.

¹ Постановление заместителя Председателя Верховного Суда РФ об отмене постановления судьи об отказе в удовлетворении надзорной жалобы от 29 июня 2011 года. Архив Верховного Суда РФ за 2011 год.

² Постановление президиума Архангельского областного суда от 17 августа 2011 года № 44у-68. Электронный архив Архангельского областного суда за 2011 год.

А.Н. Конев

Конев Андрей Николаевич — доктор технических наук, доцент, начальник Нижегородской академии МВД России

К вопросу о легализации преемственности правовой политики

Преемственность в праве — одно из широко распространенных явлений правовой среды, которое во многих случаях обретает зримые очертания имманентности, неотъемлемости, в целом отражает органичную диалектическую связь прошлого, настоящего и будущего правовой системы.

Для многих правовых институтов, состояний и режимов преемственность не просто признак, а базовая, основополагающая характеристика, без которой фактически невозможна их реализация. Это обстоятельство предполагает однозначную законодательную легализацию всех сторон проявления преемственности с целью предупреждения или исключения в ней пробелов и разрывов. В качестве примера можно указать юридический институт наследования, который полностью основан на принципе преемственности.

Однако имеются и такие правовые области, где преемственность должна исключаться в принципе. Вполне понятно, что избирательное право в условиях демократии зиждется на противоборстве, противостоянии различных политических концепций, позиций партий, личностей. Преемственность здесь допустима лишь при функционировании конкретного субъекта политической борьбы при условии ее открытости и доступности для общественного восприятия и оценки.

Таким образом, не углубляясь в дальнейшие иллюстрации, следует признать наличие допусков и ограничений в отношении проявлений преемственности в праве.

Между тем, если рассматривать концептуальный уровень, то приходится констатировать, что стабильное и поступательное развитие права немыслимо без преемственности. В противном случае, чему дает примеры российская история, наступают времена революций и забвений. Эволюционный процесс развития российского законодательства многократно прерывался, последовательность и преемственность не раз отвергались в ходе смены власти.

Нет нужды особо доказывать, что распад Союза ССР оказал кардинальное влияние на состояние правовой базы, направления и динамику правотворчества. Вполне понятно, что часть нормативных правовых актов продолжила действовать и в новых условиях. Однако преобладающее большинство нормативных правовых актов СССР прекратили свое действие. Несмотря на преемственность участия России в международных отношениях в качестве основного исполнителя обязательств СССР многие правовые акты прекратили свое действие в связи с невозможностью их поддержки либо продления. Такая участь постигла, например, коалицию социалистических государств — участников системы коллективной военной безопасности.

В Послании Федеральному Собранию Российской Федерации 2009 года Президент России Д.А. Медведев подчеркнул, что «по-настоящему современным может считаться только общество, настроенное на непрерывное обновление, на постоянные эволюционные преобразования социальных практик, демократических институтов, представлений о будущем, оценок настоящего, на постепенные, но необратимые перемены в технологической, экономической, культурной областях, на неуклонное повышение качества жизни»¹.

Однако смена политического курса, а с ним и правовой политики, возможна не только при радикальных трансформациях политических режимов. Подобные коррективы не редкость в условиях развитой демократии. Вот лишь один из примеров последних лет российской истории.

В Послании Президента РФ от 30 марта 1999 года «Россия на рубеже эпох (О положении в стране и основных направлениях политики Российской Федерации)» подчеркивалось: «недопустимо подменять проблему укрепления единства исполнительной вертикали и повышения ответственности региональных властей ностальгическими воспоминаниями о тех временах, когда федеральный центр мог в одностороннем порядке снимать и назначать руководителей субъектов Российской Федерации. Тем более опасно рассуждать о целесообразности отказа от существующего принципа избрания губернаторов населением региона или — переходе к выборам региональных руководителей местными законодательными органами. От таких «непрямых» выборов — прямой путь к воссозданию старой «исполкомовской» вертикали, а значит — к слову всего ныне существующего конституционного порядка, к фактической ликвидации федеративных основ государства»².

¹ Российская газета. — 2009. — 13 ноября.

² Российская газета. — 1999. — 31 марта.

Аналогичная мысль более конкретно, но не менее жестко высказана ранее в Послании Президента РФ Федеральному Собранию от 6 марта 1997 года «Порядок во власти — порядок в стране (О положении в стране и основных направлениях политики Российской Федерации)»¹: «На главах субъектов Федерации лежит политическая ответственность перед избравшим их населением за качество управления, за выполнение своих предвыборных обещаний. А перед страной они несут государственно-правовую ответственность за выполнение федеральных законов, указов Президента, актов Правительства, судебных решений. Это вытекает из Конституции России.

Выборный статус руководителей субъектов Федерации не может и не будет означать ослабления единой системы государственной власти».

Однако принцип выборности не остался «неприступным». Федеральный закон от 11 декабря 2004 года № 159-ФЗ «О внесении изменений в Федеральный закон «Об общих принципах организации законодательных (представительных) и исполнительных органов государственной власти субъектов Российской Федерации» и в Федеральный закон «Об основных гарантиях избирательных прав и права на участие в референдуме граждан Российской Федерации»² закрепил в части 1 статьи 18 следующее изменение: «1. Гражданин Российской Федерации наделяется полномочиями высшего должностного лица субъекта Российской Федерации (руководителя высшего исполнительного органа государственной власти субъекта Российской Федерации) по представлению Президента Российской Федерации законодательным (представительным) органом государственной власти субъекта Российской Федерации в порядке, предусмотренном настоящим Федеральным законом и конституцией (уставом) субъекта Российской Федерации».

В своей жалобе в Конституционный Суд Российской Федерации В.Ф. Гришкевич оспорил конституционность статьи 18 Федерального закона «Об общих принципах организации законодательных (представительных) и исполнительных органов государственной власти субъектов Российской Федерации» (в редакции Федерального закона от 11 декабря 2004 года) в части, закрепляющей, что гражданин Российской Федерации наделяется полномочиями высшего должностного лица субъекта Российской Федерации (руководителя высшего исполнительного органа государственной власти субъекта Российской Федерации) по представлению Президента Российской Федерации законодательным (представительным) органом государственной власти субъекта Российской Федерации в порядке, предусмотренном данным Федеральным законом и конституцией (уставом) субъекта Российской Федерации, а также конституционность соответствующих положений Федерального закона от 11 декабря 2004 года «О внесении изменений в Федеральный закон «Об общих принципах организации законодательных (представительных) и исполнительных органов государственной власти субъектов Российской Федерации» и в Федеральный закон «Об основных гарантиях избирательных прав и права на участие в референдуме граждан Российской Федерации».

По мнению заявителя, оспариваемые законоположения как предусматривающие наделение гражданина Российской Федерации полномочиями высшего должностного лица субъекта Российской Федерации (руководителя высшего исполнительного органа государственной власти субъекта Российской Федерации) по представлению Президента Российской Федерации законодательным (представительным) органом государственной власти субъекта Российской Федерации, *а не в результате прямых выборов населением* соответствующего субъекта Российской Федерации, как это было установлено Федеральным законом «Об общих принципах организации законодательных (представительных) и исполнительных органов государственной власти субъектов Российской Федерации» в первоначальной редакции, неправомерно ограничивают конституционное право граждан избирать и быть избранными в органы государственной власти и тем самым противоречат статьям 17, 18, 32 и 55 (часть 2) Конституции Российской Федерации³.

Однако Конституционный Суд Российской Федерации постановил: «Признать не противоречащими Конституции Российской Федерации положения, содержащиеся в пунктах 1 и 2 статьи 18 Федерального закона от 6 октября 1999 года «Об общих принципах организации законодательных (представительных) и исполнительных органов государственной власти субъектов Российской Федерации» в редакции Федерального закона от 11 декабря 2004 года «О внесении изменений в Федеральный закон «Об общих принципах организации законодательных (представительных) и исполнительных органов государственной власти субъектов Российской Федерации» и в Федеральный закон «Об основных гарантиях избирательных прав и права на участие в референдуме граждан Российской Федерации»», согласно которым гражданин Российской Федерации наделяется полномочиями высшего

¹ Российская газета. — 1997. — 7 марта.

² Собрание законодательства РФ. — 2004. — № 50. — Ст. 4950.

³ См.: Постановление Конституционного Суда РФ от 21 декабря 2005 года № 13-П «По делу о проверке конституционности отдельных положений Федерального закона «Об общих принципах организации законодательных (представительных) и исполнительных органов государственной власти субъектов Российской Федерации» в связи с жалобами ряда граждан» // Собрание законодательства Российской Федерации. — 2006. — № 3. — Ст. 336.

должностного лица субъекта Российской Федерации (руководителя высшего исполнительного органа государственной власти субъекта Российской Федерации) по представлению Президента Российской Федерации законодательным (представительным) органом государственной власти субъекта Российской Федерации».

Таким образом, не прибегая к развернутой аргументации позиции Конституционного Суда РФ, следует зафиксировать парадоксальную ситуацию, когда фактически в одних политических условиях нормы одного и того же закона получают различную интерпретацию.

Другой пример. В социальном сознании одной из острых по последствиям реформируемых областей выступает сфера образования. Здесь преемственность правовой политики, ее легализация в сугубо юридическом смысле не подкрепляется легализацией (легальным одобрением) в общественном сознании.

Система образования представляет собой совокупность взаимодействующих и преемственных образовательных программ и государственных образовательных стандартов различного уровня и направленности, сети реализующих их образовательных учреждений, органов управления образованием и подведомственных им учреждений и организаций.

С этих позиций эксперимент с ЕГЭ с самого начала и до сих пор неоднозначно оценивается обществом. Дело в том, что определение «проходного балла» в прежние годы носило «плавающий» характер и производилось через несколько дней после сдачи экзамена, что вызывало нервозность (порой панические настроения) в школах и семьях, сковывало мышление и память школьников, которым приходилось в этих условиях готовиться к следующему экзамену.

Следствия низкой эффективности ЕГЭ, возможно, не столько и катастрофичны, сколько показатели — реальная ситуация с уровнем образованности абитуриентов вузов кардинально не изменилась в лучшую сторону. «Сито» ЕГЭ ничуть не избавило вузы от малограмотных студентов.

Как отметила декан факультета журналистики МГУ Е. Вартанова, «наши университетские преподаватели обескуражены. Уровень грамотности оказался заметно ниже, чем раньше. Ошибок очень много!»¹. Из более чем 200 первокурсников, писавших установочный диктант, лишь пятая часть студентов сделали 8 и меньше ошибок на страницу текста. Остальная масса, включая 15 «отличников», поступивших на журфак со стабильными результатами Единого госэкзамена, сделали в среднем по 24-25 ошибок. Бывали и такие, кто делал по 3-4 ошибки в одном слове, так что и смысл понять нельзя было².

Таким образом, нетрудно заключить, что легализация преемственности правовой политики не всегда точно отражает само явление. В этой связи требуется расширение перечня правовых актов, способных донести до общества, в том числе международного, не только инновационные, реформационные устремления власти, но и связь этих направлений с накопленным предшествующим опытом, с ранее избранными путями развития и взаимодействия.

Начнем с того, что средством легализации преемственности правовой политики вполне может служить преамбула нормативного правового акта. Совсем недавно в стенах нашей академии прошла защита кандидатской диссертации на тему «Преамбула нормативного правового акта (проблемы теории и практики)»³. Однако автор на такой функциональный аспект бытия преамбул, как легализация преемственности правовой политики, внимания не обратил. А ведь уже в преамбуле Конституции России такая роль очевидно подчеркивается. За исключением всего лишь двух положений вся преамбула посвящена преемственности: «Мы, многонациональный народ Российской Федерации, ...сохраняя исторически сложившееся государственное единство, исходя из общепризнанных принципов равноправия и самоопределения народов, чтя память предков, передавших нам любовь и уважение к Отечеству, веру в добро и справедливость, возрождая суверенную государственность России и утверждая незыблемость ее демократической основы, стремясь обеспечить благополучие и процветание России, исходя из ответственности за свою Родину перед нынешним и будущими поколениями, сознавая себя частью мирового сообщества, принимаем Конституцию Российской Федерации».

Содержание преамбулы Конституции России, конечно же, подвергается критике, что вполне разумно и обоснованно. Мы не будем вступать в эту дискуссию, хотя некоторые замечания имеем. Ясно лишь то, что преамбула знаменует собой и демонстрирует именно политические ориентиры государства, его правовые устои, связь с прошлым и цели в будущем развитии.

Так, не опровергая такого подхода, В.И. Якунин высказывается в пользу корректировки положения преамбулы Конституции Российской Федерации о возрождении суверенной государственности России. Данное положение, по его убеждению, противоречит идее политического преемства Российской Федерации от Советского Союза и непрерывности потока национальной истории. С изгнанием в 1612

¹ Цит. по: Агранович М. «Поциэнта» «оррестовали». Первокурсники журфака МГУ «завалили» установочный диктант // Российская газета. — 2009. — 18 ноября.

² См. там же.

³ См.: Лутова Л.К. Преамбула нормативного правового акта: Дис... канд. юрид. наук. — Н. Новгород, 2011.

году поляков из Москвы Россия более не утрачивала государственного суверенитета. Менялись лишь ее официальные названия. Суверенность России сохранялась и в советском периоде ее истории. С этой точки зрения, полагает В.И. Якунин, в преамбуле Конституции Российской Федерации корректнее говорить не о возрождении суверенной государственности России, а об установлении нового формата российской государственности — Российской Федерации¹. Иными словами, ученый подерживает мысль о том, что преамбула Основного закона России легализует преемственность правовой политики.

Преемственность как последовательность исполнения ранее начатого в длительной перспективе подразумевает обязательность продолжения начатых действий. Наличие и реализация стратегических планов становится эффективной мерой только при наличии ответственности конкретных субъектов за конечный результат. Таким образом, каждый долгосрочный государственный проект обретает статус полезного при условии четкой фиксации не только этапов реализации, но и ответственности всех исполнителей. Напротив, отсутствие каких-либо указаний о названных мерах не может служить свидетельством преемственности предпринимаемых действий.

Важнейшим элементом легализации преемственности правовой политики выступает наличие согласованности ветвей власти по однотипным, схожим вопросам.

Так, например, Президент РФ Д.А. Медведев следующим образом оценил деятельность государственных корпораций: «Я считаю эту форму в современных условиях в целом бесперспективной. Корпорации, которые имеют определенные законом временные рамки работы, должны по завершении их деятельности быть ликвидированы, а те, которые работают в коммерческой, в конкурентной среде, должны быть со временем преобразованы в акционерные общества, контролируемые государством»².

Между тем еще в Постановлении Совета Федерации Федерального Собрания РФ от 19 марта 2008 года № 86-СФ «О докладе Совета Федерации Федерального Собрания Российской Федерации 2007 года “О состоянии законодательства в Российской Федерации”»³ государственные корпорации оценивались в целом положительно: «В период законодательной деятельности в 2007 году продолжилось активное формирование правового регулирования такой новой организационно-правовой формы деятельности государства, как государственная корпорация». В докладе отмечается, что на конец 2007 года были созданы или находились в процессе создания такие организации, как «Банк развития и внешнеэкономической деятельности» (Внешэкономбанк), «Государственная корпорация по строительству олимпийских объектов и развитию города Сочи как горноклиматического курорта», «Российская корпорация нанотехнологий», «Фонд содействия реформированию жилищно-коммунального хозяйства», «Росатом», «Ростехнологии», «Агентство по страхованию вкладов».

Конечно, нельзя смешивать долгосрочные проекты и программы, рассчитанные на длительный срок реализации, с текущими проектами по уровню их темпоральной рациональности. Между тем для оценки и признания полезности действий в общегосударственном масштабе имеется весьма наглядный критерий — преемственность. В настоящее время регулирование деятельности государственных корпораций осуществляется на основании соответствующих федеральных законов. Отсюда следует, что ликвидации данных образований будут проходить на основании принятия новых законодательных актов, а значит, прежде проведенная правотворческая работа прошла «вхолостую».

По нашему мнению, подобной изменчивости государственной политики трудно найти обоснование с позиций экономической, правовой и даже политической, особенно в условиях преодоления последствий экономического кризиса. Экономическая отдача тех или иных инновационных институтов не должна быть умозрительной декларацией, ориентиром на будущее, порой трудно представляемое благополучие, а выступать реальным осязаемым результатом в настоящем.

Одной из наиболее эффективных форм легализации преемственности правовой политики выступают такие акты, как доктрина, концепция, стратегия. Однако по вопросу об их соотношении, механизмах реализации, оценке результатов нет единого как научно-доктринального, так и прикладного подхода. По многим актуальным социальным линиям, среди которых социальная поддержка населения, государственная помощь малоимущим, отсутствуют какие-либо понятные в перспективе их развития юридические установления.

На данный момент отсутствуют стратегии оказания государственной помощи на длительную перспективу даже по наиболее важным социальным областям, таким как медицина, образование. Это позволяет заключить, что данные направления не входят в разряд приоритетов государственной политики.

Постановление Правительства РФ от 5 декабря 2008 года № 913 «О Программе государственных гарантий оказания гражданам Российской Федерации бесплатной медицинской помощи на 2009

¹ См.: Якунин В.И. Государственная идеология и национальная идея: конституционно-ценностный подход // Государство и право. — 2007. — № 5. — С. 7.

² Российская газета. — 2009. — 13 ноября.

³ Собрание законодательства РФ. — 2008. — № 13. — Ст. 1206.

год»¹ открывается следующим образом: «В целях обеспечения конституционных прав граждан Российской Федерации на получение бесплатной медицинской помощи Правительство Российской Федерации постановляет:

1. Утвердить прилагаемую Программу государственных гарантий оказания гражданам Российской Федерации бесплатной медицинской помощи на 2009 год».

Между тем вполне понятно, что обеспечение конституционных прав граждан не ограничивается лишь 2009 годом.

На это, собственно, указывает и пункт 2 Постановления: «2. Министерству здравоохранения и социального развития Российской Федерации:

а) внести в установленном порядке в Правительство Российской Федерации:

до 20 августа 2009 года — проект программы государственных гарантий оказания гражданам Российской Федерации бесплатной медицинской помощи на 2010 год».

По нашему мнению, логичнее и разумнее принять долговременный акт, в котором закрепить виды, нормативы объема медицинской помощи, нормативы финансовых затрат на единицу объема медицинской помощи, подушевые нормативы финансового обеспечения, порядок и структуру формирования тарифов на медицинскую помощь, а также предусмотреть условия оказания, критерии качества и доступности медицинской помощи, предоставляемой гражданам Российской Федерации на территории Российской Федерации бесплатно.

Полагаем, что в субъектах Федерации на основе единой и долговременной программы могут ежегодно, исходя из объема федерального софинансирования, приниматься собственные программы.

Следует обратить внимание и на то, что сроки принятия федеральной программы и на ее основе территориальных программ помощи прямо взаимосвязаны. Однако нормативной границы, до которой программы должны вступить в силу в действующем законодательстве, нет.

Так, Постановление Правительства РФ от 15 мая 2007 года № 286 утвердило Программу государственных гарантий оказания гражданам Российской Федерации бесплатной медицинской помощи на 2008 год»², то есть более чем за полгода до соответствующего периода.

Напротив, Постановление Правительства РФ № 885 «О Программе государственных гарантий оказания гражданам Российской Федерации бесплатной медицинской помощи на 2007 год»³ было принято только 30 декабря 2006 года, то есть за сутки до начала ее реализации.

Подобная федеральная правовая политика не вносит в региональную начала стабильности и преемственности.

Одна из проблем, которая лежит на поверхности легализации преемственности правовой политики, точнее сказать, показывает ее разрывы — наличие полумер государственного обеспечения.

Обратим внимание на то, как государство оказывает поддержку российской науке и образованию. В соответствии с пунктом 6 статьи 217 Налогового кодекса Российской Федерации не подлежат налогообложению (освобождаются от налогообложения) следующие виды доходов физических лиц: «суммы, получаемые налогоплательщиками в виде грантов (безвозмездной помощи), предоставленных для поддержки науки и образования, культуры и искусства в Российской Федерации международными, иностранными и (или) российскими организациями по перечням таких организаций, утверждаемым Правительством Российской Федерации».

Согласно Постановлению Правительства РФ от 15 июля 2009 года № 602 «Об утверждении перечня российских организаций, получаемые налогоплательщиками гранты (безвозмездная помощь) которых, предоставленные для поддержки науки, образования, культуры и искусства в Российской Федерации, не подлежат налогообложению»⁴, в данном перечне указаны всего лишь 14 организаций, среди которых благотворительные фонды крупных российских бизнесменов. В частности, некоммерческая благотворительная организация «Благотворительный фонд В. Потанина» (г. Москва), некоммерческая организация «Благотворительный фонд культурных инициатив (Фонд Михаила Прохорова)» (г. Норильск).

В то же время ни в Постановлении Правительства РФ, ни в нормах Налогового кодекса РФ не указаны мотивы, условия, критерии, по которым те или иные организации освобождаются от налогового бремени и тем самым получают от государства помощь. Здесь мы обнаруживаем не преемственность, а избирательность подхода, что вполне может граничить с таким явлением, как коррупция.

Комплексным выражением легализуемой правовой политики и ее преемственности служат ежегодные послания Президента России Федеральному Собранию РФ.

Между тем в плане обеспечения преемственности непосредственно самих посланий требуется предпринять меры по закреплению их унифицированной формы.

¹ Собрание законодательства РФ. — 2008. — № 50. — Ст. 5942.

² Собрание законодательства РФ. — 2007. — № 21. — Ст. 2509.

³ Собрание законодательства РФ. — 2007. — № 6. — Ст. 757.

⁴ Собрание законодательства РФ. — 2009. — № 30. — Ст. 3815.

Прежде всего, следует обратить внимание на название послания. Наиболее предпочтительным видится наименование, точно соответствующее статье 84 Конституции России — Обращение Президента Российской Федерации к российскому народу «О положении в стране, об основных направлениях внутренней и внешней политики государства».

Говоря о содержании посланий, необходимо указать, что отдельные аспекты регламентированы на законодательном уровне, однако единый подход в целом отсутствует.

На наш взгляд, внутренняя структура послания должна включать три раздела. Первый «О положении в стране» отражает основные итоги работы государства за год, успехи и недостатки, анализ причин, пути устранения.

Второй раздел «Основные направления внутренней политики государства» и третий «Основные направления внешней политики государства» построены в соответствии с системой функций государства.

В итоге это позволит установить преемственность обращений Президента России, приведет данную категорию юридических актов в системный вид, избавит содержание от политических декларативных заявлений, придаст посланиям конструктивный характер, где слова подкрепляются делом и мерами ответственности.

Российская правовая теория и практика широко оперирует понятиями «преемственность в праве», «преемственность власти», «преемственность политики». Встречается указание на принцип преемственности (ст. 36 Бюджетного кодекса)¹.

Примечательной новеллой действующей Конституции России явилось указание на преемственность ответственности.

Во втором разделе Конституции РФ «Заключительные и переходные положения» вопрос о преемственности власти решается предметно. Назначение данного раздела, как справедливо указывается в научной литературе, состоит в том, чтобы процессы формирования системы органов государственной власти, приведения текущего законодательства в соответствие с конституционными нововведениями сделать менее резкими, постепенными, учитывая преемственность конституционных институтов и норм².

Пункт 4 второго раздела Конституции предусматривает, что Совет Министров — Правительство Российской Федерации со дня вступления в силу настоящей Конституции приобретает права, обязанности и ответственность Правительства Российской Федерации, установленные Конституцией Российской Федерации, и впредь именуется «Правительство Российской Федерации».

Однако системного подхода к преемственности ответственности всех государственных институтов в Конституции РФ нет.

В частности, Президент Российской Федерации, избранный в соответствии с предыдущей Конституцией, со дня вступления в силу новой Конституции осуществляет установленные ею полномочия до истечения срока, на который он был избран. А как же юридическая ответственность? Означает ли это наличие двух режимов ответственности Президента РФ: до и после принятия новой Конституции.

Аналогичная проблема высвечивается в отношении власти законодательной. После принятия всенародным голосованием 12 декабря 1993 года Конституции РФ представительным и законодательным органом Российской Федерации стало Федеральное Собрание — Парламент Российской Федерации.

Но Государственная Дума является одной из палат Федерального Собрания и не может признаваться правопреемником Верховного Совета РФ. Таким образом, конституционная реформа привела к разрыву в последовательности реализации многих социально значимых задач.

Так, в Постановлении Конституционного Суда РФ от 31 мая 1993 года «По делу о проверке конституционности закона РСФСР от 24 октября 1991 года «Об индексации денежных доходов и сбережений граждан в РСФСР...», Конституционный Суд РФ указал Верховному Совету Российской Федерации и Совету Министров — Правительству Российской Федерации на необходимость разработки и принятия мер, направленных на реализацию Закона РСФСР от 24 октября 1991 года «Об индексации денежных доходов и сбережений граждан в РСФСР», с учетом всех возможных путей и механизмов по поддержанию покупательной способности сбережений граждан³.

Однако действующее российское законодательство каких-либо требований, предусматривающих необходимость согласования принимаемых Государственной Думой РФ постановлений с актами Вер-

¹ См.: Постановление Правительства РФ от 7 февраля 2011 года № 61 «О Федеральной целевой программе развития образования на 2011—2015 годы» // Собрание законодательства РФ. — 2011. — № 10. — Ст. 1377; Распоряжение Правительства РФ от 10 марта 2011 года № 367-р «О плане мероприятий по реализации в 2011—2015 годах Концепции демографической политики Российской Федерации на период до 2025 года» // Собрание законодательства РФ. — 2011. — № 12. — Ст. 1655.

² Комментарий к Конституции Российской Федерации. — М., 1994. — С. 431.

³ Вестник Конституционного Суда РФ. — 1995. — № 4—5.

ховного Совета РСФСР, а тем более о сохранении преемственности ответственности за принятые постановления Верховного Совета РСФСР, не содержит. Думается, по этой причине принятые Государственной Думой акты по поводу сохранения, возврата, индексации вкладов российских граждан во многом декларативны и формальны.

Среди негативных тенденций в современной российской правовой политике обращает на себя внимание чрезмерная энергичность власти в разработке глобальных по масштабам общенациональных проектов. Складывается впечатление, что многие чиновники уверены в своей несменяемости на государственном посту. А отсюда — «лавина» долгосрочных программ и реформ.

Однако, если действующая власть не несет ответственности за действия и решения, принятые государством в предыдущие годы, то где правовые гарантии, что вновь избранные законодательные и исполнительные федеральные власти будут обязаны решать задачи, поставленные, например, в Указе Президента РФ от 7 мая 1995 года № 472 «Об основных направлениях энергетической политики и структурной перестройки топливно-энергетического комплекса Российской Федерации на период до 2010 года»¹.

Можно согласиться с высказанным в научной литературе мнением о том, что «модернизация системы нормативных правовых актов — это качественное изменение системы нормативных правовых актов на основе использования опыта правовых систем западного типа при одновременном сохранении преемственности в собственном развитии, позволяющее нормативным правовым актам наиболее эффективно регулировать общественные отношения»².

Полагаем, назрела настоятельная необходимость разработки комплексного института преемственности правовой политики государства, в том числе, включающего в себя вопросы форм легализации преемственности ответственности государства, как в международном, так и в национально-правовом контексте. В качестве одной из исследовательских задач, думается, предстоит определить временной и пространственный объем легальности полномочий органов власти, четко провести границу ответственности за действия в международной и внутригосударственной среде. Требуется дать юридически четкий ответ на вопрос — за какие действия, при каких условиях и обстоятельствах государство признает себя ответственным. В связи с этим не менее важно легализовать перечень субъектов ответственности, ибо очевидно, что от имени государства акты совершаются соответствующими должностными лицами.

¹ Собрание законодательства РФ. — 1995. — № 19. — Ст. 1739.

² Мамонтова О.В. Модернизация системы нормативных правовых актов в Российской Федерации: Автореф. дис... канд. юрид. наук. — М., 2010. — С. 6—7.

А.В. Корнев

Корнев Аркадий Владимирович — доктор юридических наук, профессор кафедры теории государства и права Московской государственной юридической академии имени О.Е. Кутафина

Свобода судебного усмотрения: от прошлого к современности

Свобода судебного усмотрения наиболее активно разрабатывалась сторонниками социологической теории права.

По вполне понятным причинам социологическая школа права не смогла совершить переворот в правопонимании дореволюционной России, но, вместе с тем, многие ученые не избежали искушения освободить «жизнь от гипноза положительного права». В своей основной работе «Определение и основное разделение права» С.А. Муромцев писал, что юридические нормы подкрепляются авторитетом власти, ее силой. Но сила эта, будучи всегда более или менее значительной, никогда не бывает абсолютной. Она действует рядом и совместно с другими силами, которые также оказывают влияние на образование правового порядка и могут расходиться с нею в своем направлении. В данном случае, Муромцев констатирует связь права с другими социальными явлениями, которые не только преобразуются правом, но и оказывают на него заметное влияние. Однако вся общетеоретическая система известного дореволюционного ученого сводится к тому, что «жизнь права» несравненно шире юридических норм и правоприменитель, прежде всего суд, не должен быть слепым орудием законов, часто очень несовершенных и противоречивых, а иногда и вовсе отрицающих право, понимаемое как высшую справедливость. Надо сказать, что эта точка зрения — правдивая и опасная одновременно.

Подобный подход к пониманию природы применения закона, очевидно, можно объяснить правопониманием С.А. Муромцева. С его точки зрения, в основу понятия права должна быть положена не норма, исходящая от государства, а правоотношение. Из того факта, что население Российской империи не руководствовалось в своих гражданских правоотношениях единым гражданским законом, он определял предмет гражданского права как то, что выражалось в гражданских законах в связи с примыкающей к ним судебной практикой¹. Ученый полагал, что во все времена, кроме всего прочего, право ограничивается, дополняется и изменяется под влиянием нравственных воззрений и чувства справедливости тех лиц, которые применяют право. Таким образом, право Муромцев понимал довольно широко. Он включал в него не только нормы положительного закона, но и, как мы видим, судебную практику. Но и они никогда не пребывают неподвижно, подобно египетскому сфинксу.

С именем С.А. Муромцева связана заметная попытка внести в теорию правоприменения так называемые незаконные критерии — судебную практику, мнение судьи, общественное правосознание, справедливость и т. д. Ведь в России, как и во многих других странах континентальной Европы, правоприменительный процесс сводится к тому, что под общую норму закона подводят какой-либо частный случай и на основе этого делают вывод о правомерности или неправомерности или, более шире, разрешают правовую ситуацию. Но ведь ясно, что единичный случай никогда во всех деталях не будет совпадать с нормой закона. Ученый полагал, что юристы не могут ограничиваться формальной стороной применения права, якобы обнимающие все средства, требуемые для законного, и значит правильного применения нормы. Наблюдение за жизнью, исторические экскурсы доказывают, что толкование закона явно или скрыто всегда предполагает его преобразование. Догма не вырабатывает критерия, необходимого на случай столкновения его с жизнью или несостоятельности. И указание на «дух» закона само по себе не более, как пустой звук².

Развернутую критику устоявшегося мнения на природу толкования нормы закона С.А. Муромцев дал в статье «Суд и закон в гражданском праве». Суть этого мнения, по существу, сводится к пассивному отношению судьи к закону. В этом явлении он видел одно из проявлений рецепции римского права и его поистине фантастическое влияние. Долгое время подчинение чужому отучило юристов от творчества. Отчасти, здесь сыграла роль и теория разделения властей, которая, с одной стороны, боится произвола, а с другой, — ставит суд в рамки строгого подчинения закону. Судья не открывает мысли законодателя. Он додумывает за него то, что законодатель не додумал. В основе деятельности судьи, как и деятельности законодателя и ученого лежит творчество. Отбросив всякие сомнения, С.А. Муромцев заявлял: «Судья — законодатель, тем более деятельный, чем менее деятельным

¹ Муромцев С.А. Из лекций по русскому гражданскому праву. — СПб., 1899. — С. 3—4.

² Муромцев С.А. Очерки общей теории гражданского права. — М., 1877. — Т. 1. — С. 197.

оказывается сам законодатель, он сам проводник в жизнь тех начал, которые сознание общества в противоположность действующему закону объявляет справедливым и естественным»¹.

Судья, кроме толкования, критики и развития положительного права, считал С.А. Муромцев, уполномочен и к творческому преобразованию права на самостоятельной почве. «Только историко-философский анализ закона, — писал он, — способен вложить в него содержание. Дух закона есть его историческое отношение к интересам прошедшего, настоящего и будущего; понимать закон — значит, понимать его как момент исторического развития; применять его — значит знать историческое соотношение принципов, преобразующих его содержание, и содействовать реализации прогрессивных начал, удерживая излишнее проявление начал отживающих. Так, вопреки всем догматическим теориям, понимают и применяют закон на самом деле. Но в интересах дела необходимо, чтобы происходившее скрыто и бессознательно делалось открыто и сознательно, чтобы наука и школа не оставляли практику в этом важном деле без помощи в руководстве»².

С.А. Муромцев твердо стоял на своих позициях. В другой своей работе он пишет, что судья, сталкиваясь с несовершенством закона или с его отсутствием, должен положиться на свои собственные силы и приступить к регламентации гражданско-правового порядка, не дожидаясь, пока выступит законодатель. Нечего опасаться произвола со стороны судей. Наоборот, учитывая это обстоятельство, следует особое внимание уделить гарантиям высокого качества судебной деятельности: надлежащему образованию судей, правильному движению их по службе, развитию демократических начал в судопроизводстве³. «Закон, обычай, наука, общественные воззрения на справедливость и нравственность — все это авторитеты, которые неминуемо руководят судьей, но которым он не подчиняется пассивно. Их указания постоянно расходятся между собой, и судье приходится делать выбор. Господствующая догма предлагает ряд правил на этот счет, но они не предполагают в суде живой самобытной силы и поэтому не годятся... Из источников поборет в суде наиболее живучий... И закон, и обычай, и наука регулируют гражданскую жизнь, но регулируют через судью, который один есть непосредственный творец гражданско-правового порядка»⁴.

В противоположность господствующим правовым реальностям России С.А. Муромцев призывал при разрешении юридических дел опираться не только на закон, обычай, правовую доктрину, но и вообще выходить за пределы юридической сферы. В этой связи он писал: «Целесообразность решения, подсказываемого творчеством, определяется критерием, который опирается не только на факты права, но в равной степени на факты экономики, нравственности, религии и так далее, чтобы оценить эту целесообразность, судья призывает на помощь всю совокупность своих познаний о человеке и обществе, руководствуясь всей житейской практикой. Чем менее юрист приурочивает свое творчество к специально-юридической сфере, тем более оно оригинально и плодотворно»⁵.

При всем своем вкладе в отечественную юридическую науку он не столько разрешил, сколь поставил проблему переориентации правоприменительного процесса. Его желание в части того, чтобы судьи выходили за рамки правовых норм, кодексов, если они отстали от жизни или противоречат справедливости, целесообразности, может быть оправдано в условиях не нашей, не российской правовой действительности. Следует согласиться, что профессиональный судья лучше чувствует право, чем «коллективный законодатель», который состоит часто из статистов, не понимающих нормы, за которую он голосует, но это все-таки коллективный разум, на который гораздо труднее влиять, чем на суд, который никогда в нашей истории не был вне административной опеки, в том числе и в настоящее время. Мы считаем, что Сергей Андреевич Муромцев существенно обогатил теорию правоприменительного процесса, но придавать ей статус рабочей гипотезы в наших условиях — затея довольно опасная. Во всяком деле изрядная доля консерватизма никогда не будет помехой, а скорее наоборот, застрахует от возможных ошибок и заблуждений, а может быть и сознательного злоупотребления правом. Такие теории хороши там, где влиять на суд практически нет никакой возможности. У суда, кроме мудрости, по образному выражению А. Гамильтона, должно быть и достаточно власти, чтобы отстоять свою независимость в случае необходимости.

В современном российском юридическом сообществе нет единства мнений в части проблемы судебного усмотрения. Насколько оно возможно вообще, где его границы, да и потом — нет ли здесь опасности подмены функций законодательной власти судебной? Позиция судей высших судебных инстанций, как правило, единодушна. Они выступают за официальное признание судебных прецедентов источниками права. В науке отношение к этому более осторожное, а иногда и просто негативное. Достаточно сказать, что два академика РАН, а именно В.С. Нерсисянц и О.Е. Кутафин выступали

¹ Муромцев С.А. Право и справедливость: Сборник правоведения и общественных знаний. — М., 1893. — Т. 1. — С. 11.

² См.: Очерки общей теории гражданского права. — М., 1877. — Т. 1. — С. 197—198.

³ Муромцев С.А. Суд и закон в гражданском праве // Юридический вестник. — 1880. — № 11—12. — С. 392.

⁴ Там же. — С. 392—393.

⁵ Муромцев С.А. Что такое догма права? — М., 1885, — С. 31—32.

против признания судебных решений источниками права. Да и в судебном сообществе в целом отношение скорее к этому осторожное. Некоторые судьи высказываются не только против прецедента как такового, но даже против того, чтобы в нашем законодательстве были диспозитивные (восполнительные) нормы. Им некогда фантазировать, они заняты повседневной рутинной, и поэтому, как мне кажется, не хотят лишней головной боли, которая, так или иначе, всегда связана с размыванием единства судебного правоприменения. Для того, чтобы идти по пути этого процесса, необходимо прежде создать высокопрофессиональный, независимый, неподкупный суд. Когда-то сметливый русский народ создал поговорку, которая, к сожалению актуальна и сегодня: «Земля любит навоз, а судья принос». Лучше не гнаться за количеством законов, а работать над их качеством. Тогда и пробелов, и коллизий будет меньше, а значит и поводов для дискуссий.

Д.С. Котомин

Котомин Дмитрий Сергеевич — аспирант кафедры теории и истории государства и права Ярославского государственного университета имени П.Г. Демидова

Преемственность законодательной регламентации лоббистской деятельности в России

Изучение теоретических источников, касающихся анализа природы правовой преемственности¹, показывает, что, несмотря на большое количество трудов по данной теме, современные исследователи все еще не до конца разобрались с методологическими основами вопроса. Нам представляется верным под преемственностью в праве понимать связь между различными этапами или ступенями развития правовой системы, которая предполагает сохранение в рамках определенной страны тех или иных достижений правовой культуры прошлого, использование в современной правовой системе всего того прогрессивного, что было накоплено в предшествующие эпохи². Рассматриваемый феномен необходимо отграничивать от таких явлений, как аккультурация, рецепция, правопреемство, правовое наследие и т. д. На основе вышеизложенной позиции проведем анализ преемственности в законодательной регламентации лоббистской деятельности в современной России.

Следует сразу же отметить один важный момент: введение механизма правового регулирования лоббизма, нашедшее свое отражение в правовых системах ряда стран мира (США, Канада и др.) и имеющее явную тенденцию к распространению в законодательстве развивающихся государств (Польша, Венгрия, Литва и др.), является проявлением смежного с правовой преемственностью явлением — аккультурацией, то есть обменом опытом между государствами. Удачный опыт законодательной регламентации лоббистской деятельности в США сегодня заимствуется правовыми системами многих стран. Зачастую этот процесс превращается в слепое копирование иностранных законодательных норм, эффективность действия которых в отличающихся социальных, правовых, экономических и политических реалиях представляется весьма сомнительной. По этой причине вопрос преемственности занимает одно из центральных мест в юридическом исследовании лоббистской деятельности. Не является исключением в этом и наша страна.

В Российской Федерации термин «лоббирование» довольно часто используется в подзаконных актах и судебных решениях, при этом отсутствие его легальной дефиниции приводит к тому, что смысл в него вкладывается самый разнообразный³. Анализ действующих нормативных правовых актов Ярославской области (относящихся к периоду издания с 2002 по 2011 годы) показал: из всех упоминаний о лоббизме ряд связаны с осознанием региональными и местными властями необходимости отстаивать экономические интересы региона и работающих в области предприятий⁴, остальные же

¹ См., например: *Андреева О.А.* Проблема преемственности в истории российского права // *История государства и права.* — 2009. — № 7. — С. 13—17; *Клепцова Т.Н.* Историческая преемственность в модернизации российского государства на современном этапе // *Труды МГЮА.* — 2002. — № 9. — С. 107—120; *Литвинович Ф.Ф.* Преемственность в праве: вопросы теории. — Уфа, 2003; *Навальный С.В.* Преемственность в развитии и развитии политико-правовой мысли / С.В. Навальный, Е.А. Романенко // *Философия права.* — 2009. — № 5. — С. 82—87; *Поляков А.В.* О традициях и преемственности // *Современная юридическая наука и ее проблематизация.* — СПб., 2010. — С. 7—12; *Рыбаков В.А.* Преемственность в отечественном праве в переходный период: общетеоретические вопросы: Автореф. дис... д-ра юрид. наук. — Омск, 2009; *Фольгерова Ю.Н.* К вопросу о понимании преемственности в праве и рецепции // *Арбитражный и гражданский процесс.* — 2007. — № 2. — С. 40—42; и др.

² См.: *Карташов В.Н.* Введение в общую теорию правовой системы общества: Текст лекций. — Ярославль, 1995. — Ч. 1. — С. 19.

³ См., например: Указ Президента РФ от 20 марта 1993 года № 377 «О гарантиях информационной стабильности и требованиях к радиовещанию» // *Российская газета.* — 1993. — 25 марта; Постановление Конституционного Суда РФ от 31 мая 2005 года № 6-П «По делу о проверке конституционности Федерального закона «Об обязательном страховании гражданской ответственности владельцев транспортных средств» в связи с запросами Государственного Собрания — Эл Курултай Республики Алтай, Волгоградской областной Думы, группы депутатов Государственной Думы и жалобой гражданина С.Н. Шевцова» // *Российская газета.* — 2005. — 07 июня.

⁴ См., например: постановление Администрации Ярославской области от 02 августа 2002 года № 239 «Об утверждении Концепции политики энергосбережения в Ярославской области на 2002 — 2003 годы и до 2005 года» // *Губернские вести.* — 2002. — 12 августа; постановление Губернатора Ярославской области от 22 июня 2007 года № 572 «О стратегии социально-экономического развития Ярославской области до 2030 года» // *Губернские вести.* — 2007. — 06 июля; постановление Правительства Ярославской области от 30 июня 2009 года № 650-п «Об утверждении кластерной политики Правительства области» // *Губернские вести.* — 2009. — 7 июля.

открыто называют лоббирование разновидностью коррупции¹ (что позволяет нам говорить о неосторожном обращении законодателей с терминами). Положения отдельных научных работ также показывают противоречивое к нему отношение. Так, С.Д. Бекишева пишет: «само по себе лоббирование в современный период уже не считается негативным явлением»², но в той же работе отмечает: «в сфере формирования экологического законодательства Республики Казахстан происходят активнейшие процессы лоббирования интересов частных лиц и коммерческих структур, которым следует не менее активно противодействовать»³, видимо, считая, что никаких позитивных последствий это принести не может. Причина такого отношения — сложность и комплексность лоббизма, возможность достижения через его механизмы как общественно полезных целей, так и абсолютно эгоистических, вредящих интересам других лиц и просто преступных. Как справедливо отмечал Э. Лэйн, с одной стороны — это разновидность политического злоупотребления, с другой — инструмент, с помощью которого люди стремятся добиться защиты своих прав⁴.

В условиях неподготовленности отечественной правовой системы к введению легального механизма регулирования лоббирования, неоднозначного понимания этого явления и среди ученых, и среди должностных лиц разного ранга, и среди рядовых граждан, попытки разработки и принятия закона о лоббизме выглядят стремлением политиков получить голоса избирателей во время очередных избирательных кампаний. Анализ законопроектов о регулировании лоббизма, внесенных на рассмотрение Государственной Думы за период с 1992 года по 2004 год, показывает, что ни один из них не отражал всех предъявляемых к нему политической ситуацией в стране требований, каждый из них был в какой-то мере недоработан. Проекты, как отмечают исследователи, зачастую строились на основе американских законов 1946 и 1995 годов⁵. В них не учитывались особенности российской политической системы, уровень развития гражданского общества и экономическая ситуация в нашем государстве.

Юридической основой лоббизма в России и базой для развития в процессе его регулирования правовой преемственности является Конституция РФ, а именно следующие ее статьи: статья 3, гласящая: народ осуществляет власть непосредственно, а также через органы государственной власти и органы местного самоуправления; статья 32 — граждане России имеют право участвовать в управлении делами государства как непосредственно, так и через своих представителей; статья 33 — граждане имеют право обращаться лично, а также направлять индивидуальные и коллективные обращения в государственные органы и органы местного самоуправления.

Разработка и принятие законодательных актов, имеющей своей целью регулирование лоббизма, на наш взгляд, должны происходить комплексно и не противоречить существующей системе смежных нормативных актов. Как верно отмечают ученые, к таким актам среди прочих можно отнести следующие: федеральное законодательство о выборах Президента РФ, о Правительстве РФ; Федеральные законы об общественных объединениях, о политических партиях, о выборах депутатов Государственной Думы РФ, о порядке формирования Совета Федерации, о статусе депутата Государственной Думы РФ и статусе члена Совета Федерации Федерального Собрания РФ, об общественных объединениях, о порядке рассмотрения обращений граждан Российской Федерации, об Общественной палате РФ; законы, устанавливающие порядок проведения избирательных кампаний; законы, регулирующие деятельность некоммерческих организаций; регламенты и другие акты палат Федерального Собрания; указы Президента РФ, постановления Правительства РФ; нормативно-правовые акты субъектов РФ и органов местного самоуправления.

Важной предпосылкой правовой преемственности в развитии законодательство о лоббистской деятельности является глубокое изучение всех элементов ее юридической технологии: субъектов и участников лоббирования; объекты и предметы лоббирования; систему общесоциальных, технических и специально-юридических средств лоббирования (технику лоббирования); систему приемов, способов и методов оптимального использования средств лоббирования (тактику лоббирования); научно обоснованные принципы, долгосрочные планы и прогнозы лоббистской деятельности (стратегию лоббирования); непосредственно действия и операции, направленные на достижение результатов лоббирования; процессуальную форму лоббирования, включающую стадии, производства и режимы; показатели, характеризующие качество лоббирования; критерии и параметры эффективности лоббистской деятельности; ресурсообеспеченность лоббирования, то есть временные, финансовые,

¹ См., например: постановление Губернатора Ярославской области от 30 сентября 2008 года № 726 «Об утверждении плана противодействия коррупции в Ярославской области на 2009 — 2010 годы» // Губернские вести. — 2008. — 01 октября; постановление администрации городского округа города Рыбинск от 4 мая 2010 года № 1231 «Об утверждении Плана противодействия коррупции в администрации городского округа город Рыбинск на 2010—2011 годы» // Рыбинские известия. — 2010. — 07 мая.

² См.: Бекишева С.Д. Лоббирование интересов частных лиц при формировании экологического законодательства Республики Казахстан // Журнал российского права. — 2009. — № 8. — С. 110.

³ Там же. — С. 118.

⁴ См.: Lane E. Lobbying and the Law. — Berkeley, Los Angeles, 1964. — P. 4.

⁵ См.: Павлов В.Г. Инициативный закон о лоббизме // Государство и право. — 1998. — № 12. — С. 47.

ВЫСТУПЛЕНИЯ НА КРУГЛОМ СТОЛЕ

трудовые и иные затраты на эту деятельность; виды, формы, средства и методы контроля и надзора за законностью процесса лоббирования и др. Лишь комплексное исследование всех этих элементов позволит создать системное представление о лоббистской деятельности, месте последней в отечественной правовой системе, основах и гарантиях построения механизма ее правового регулирования в соответствии с принципами преемственности, а значит и создания эффективно действующего законодательного акта.

Ю.П. Кравец

Кравец Юрий Петрович — кандидат юридических наук, доцент кафедры «Менеджмент» Нижегородского государственного технического университета имени Р.Е. Алексеева

Преемственность в уголовно-правовом регулировании отношений в сфере предпринимательской деятельности

На развитие и особенности любой правовой системы, в том числе и российской, оказывает самое непосредственное влияние преемственность. Преемственность в праве — заимствование правом того или иного государства положений прошлых либо современных ему правовых систем¹.

В Послании Президента РФ Федеральному Собранию РФ подчеркивалось, что уголовное законодательство, практика его применения должны стать более современными. Уголовное наказание должно быть адекватным совершенному преступлению и, соответственно, лучше защищать интересы общества и интересы потерпевшего².

В условиях рыночной экономики предпринимательская деятельность становится преобладающим видом экономической деятельности. В настоящее время просто нет альтернативы, равноценной предпринимательской, инновационной экономике. Ключевой идеей в рационализации предпринимательства должна стать идея защиты предпринимательства от компрометации в глазах общественного мнения и его дальнейшей правовой защиты и государственной поддержки. В данной статье будут рассмотрены вопросы, связанные с преемственностью в уголовно-правовом регулировании отношений в экономической сфере.

Преемственность в праве, являясь внутренним механизмом развития самого права, механизмом возникновения нового, прогрессивного — того нового, которое вырастает на базе синтеза многоактных отрицаний и «снятий», не ограничивается отношением настоящего и прошлого, а включает в себя соотношение будущего, настоящего и прошлого, ибо правотворческая деятельность стремится к будущему, руководствуясь представлениями о нем как целью в настоящем, всякий раз по-новому захватывая и применяя прошлый правовой опыт³.

Правовой опыт является необходимым компонентом действия закона правовой преемственности. В праве проявляется противоречивое единство двух определений: преемственности и проектирования будущего, где настоящее выступает как некоторый фокус решения противоречий между прошлым и будущим⁴. Из этого следует, что преемственность в праве соединяет будущее, настоящее и прошлое. Это обеспечивает стабильность законодательства и правопорядка, в том числе экономического правопорядка. Относительная стабильность принимаемых законов в сфере экономической деятельности является важной предпосылкой прогнозирования их воздействия на общественные экономические отношения на определенную перспективу. Каждый последующий этап в развитии экономического законодательства возникает из предыдущего.

Действие права всегда обусловлено временными параметрами. Право, если рассматривать его в длительности и последовательности, воспринимает течение времени и его фундаментальные параметры: прошлое, настоящее и будущее⁵. Категории прошлого и будущего играют в правовой жизни большую роль. Прошлое накапливается в виде опыта. Будущее — в виде целей, намеченных для достижения в будущем. Прошлое формирует настоящее и влияет на будущее.

Определенный интерес представляет вопрос о соотношении и оценке категорий настоящего, прошлого и будущего. Отдельные исследователи указывают, что социальное время в оценках респондентов «течет» от будущего через настоящее к прошлому, то есть направленность социального времени обратная. При этом доминирующая роль здесь принадлежит будущему. Другие исследователи ключевым элементом существования во времени считают «настоящее», прошлое и будущее при таком подходе в значительной степени является «элементом настоящего»⁶.

¹ См.: Бабаев В.К. Преемственность в праве // СПС «КонсультантПлюс».

² См.: Послание Президента РФ Федеральному Собранию РФ // Российская газета. — 2009. — 13 ноября.

³ См.: Рыбаков В.А. Преемственность в праве: временной аспект // СПС «КонсультантПлюс».

⁴ См.: Рыбаков В.А. Преемственность в отечественном праве в переходный период: общетеоретические вопросы: Дис... д-ра юрид. наук. — Омск, 2009. — С. 19.

⁵ См.: Теория государства и права / Под ред. В.М. Малахова, В.Н. Кожевникова. — М., 2002. — С. 168, 169.

⁶ См.: Попова И.М. Представления о настоящем, прошедшем и будущем как переживания социального времени // Социологические исследования. — 1999. — № 10. — С. 138.

Ученые указывают, что «прошлое прорывается в будущее — это закон преемственности»¹. Связь прошлого и настоящего, как категорий преемственности, сопровождается их борьбой, то есть это может выражаться в борьбе нового со старым. В ранее действовавшем Уголовном кодексе содержался запрет на занятие предпринимательской деятельностью, так как была предусмотрена уголовная ответственность за такие преступления, как частнопредпринимательская деятельность и коммерческое посредничество. В связи с переходом к рыночным отношениям указанные составы преступлений были исключены из УК, поскольку они негативно влияли на развитие рыночных экономических отношений. В свою очередь развитие рыночной экономики повлекло за собой появление новых «рыночных» составов преступлений, ранее неизвестных российскому законодательству, к таковым можно отнести и незаконное предпринимательство. Поэтому в 1993 году в УК РСФСР была введена уголовная ответственность за незаконное предпринимательство (ст. 162⁴ и 162⁵ УК), а в 1996 году в УК РФ введена статья 171 УК и глава 22 УК «Преступления в сфере экономической деятельности». В данном случае можно говорить о преемственности в праве, затрагивающем экономическую сферу.

В Конституции РФ воплощены прогностические программные установки, имеющие перспективный характер и большое значение для развития законодательства, в том числе в экономической сфере. В частности в статьях 34, 35, 36 Конституции РФ закреплён принцип строгого правового порядка в процессе экономической деятельности. Статьи 8 и 34 Конституции провозглашают принципы свободы экономической деятельности и самостоятельности предпринимательской деятельности. Этим самым Конституция закладывает правовую базу для преемственности. В настоящее время происходит реформирование российской правовой системы. При этом «настоящее», как необходимый параметр преемственности, должно быть структурировано в рамках проводимой правовой реформы в России.

Преемственность проявляется и в реформировании законодательства, направленного на либерализацию действующего уголовного законодательства. Весной и осенью 2010 года Президент РФ внес в Государственную Думу первый и второй пакеты поправок в УК РФ. Летом 2011 года Президентом РФ внесён третий пакет либеральных поправок в УК. Согласно первому и второму пакетам введён мораторий на аресты за экономические преступления, отменён нижний предел наказания в виде лишения свободы за преступления небольшой тяжести. Третий пакет предусматривает изменение категорий преступлений. Будет расширена категория преступлений небольшой тяжести, к таковым отнесены деяния, за совершение которых будет предусматриваться наказание на срок до трех лет лишения свободы, за совершение таких преступлений не будет применяться лишение свободы, по преступлениям экономической направленности предлагается установить пятикратный штраф, кратный причиненному таким преступлением ущербу, это обстоятельство будет основанием для освобождения от наказания иного вида. Данный законопроект предусматривает внесение поправок в 234 из 360 статей УК РФ. В Особенной части УК предполагается декриминализировать семь составов преступлений и перевести их в административные правонарушения, в четырнадцати составах преступлений предлагается изменить диспозицию статей в сторону сужения круга уголовно наказуемых деяний.

Специалисты полагают, что настоящее, как составляющий элемент преемственности, складывается из трех этапов. Первоначальный этап развития правовой системы включает в себя ряд таких действий, как декларирование основных принципов стратегии коренных преобразований; демонтаж наиболее оппозиционных и нежизнеспособных институтов прежнего строя; закладывание основ правовой системы². Другие авторы включают в данный этап дополнительные действия: оценку правового наследия, определение правовых принципов, сохранение и использование старого правового материала³.

Одним из правовых средств государственного регулирования отношений в сфере предпринимательской деятельности является уголовное, гражданское, предпринимательское и административное законодательство. С одной стороны, уголовный закон защищает законную предпринимательскую деятельность от общественно опасных посягательств, а с другой стороны, он устанавливает уголовно-правовые запреты на занятие наиболее опасными для общества видами незаконной деятельности в данной сфере. Однако уголовно-правовые нормы являются охранительными, а не позитивно регулирующими отношения с участием лиц, осуществляющих предпринимательскую деятельность. Последнее — это задача гражданского, предпринимательского и финансового законодательства.

Исследователи проблем экономических преступлений полагают, что не следует преувеличивать роль уголовно-правовой охраны экономической деятельности от преступных посягательств как средства государственного регулирования рыночных отношений, поскольку основная роль принадлежит здесь не уголовно-правовому, а гражданско-правовому комплексу. Вместе с тем, нужно избегать и

¹ Марченко М.Н. Проблемы теории государства и права. — М., 2001. — С. 230.

² См. там же. — С. 233.

³ См.: Рыбаков В.А. Преемственность в праве: временной аспект // СПС «КонсультантПлюс».

принижения роли уголовно-правовых средств, эффективность которых часто зависит от конкретно сложившихся на рынке товаров, работ и услуг обстоятельств¹.

Нам представляется, что отношения в сфере предпринимательской деятельности нуждаются в комплексном регулировании с помощью уголовно-правовых, гражданско-правовых и административно-правовых средств, так как такой подход повысит эффективность правового регулирования данных отношений и обеспечит их надлежащую защиту.

В соответствии с предложенной нами классификацией преступлений в сфере экономической деятельности, в отдельную группу преступлений выделены преступления, нарушающие установленный законом порядок организации и осуществления предпринимательской деятельности, а также посягающие на свободу предпринимательской деятельности², к числу которых отнесены преступления, предусмотренные статьями 169, 170¹, 171, 172, 178, 179, 180, 183, 185³, 289 УК РФ.

Динамика преступности в России за период с 1997 по 2010 годы характеризуется следующим количеством зарегистрированных преступлений, предусмотренных статьей 171 УК РФ: 1997 — 3882, 1998 — 5306, 1999 — 6415, 2000 — 8538, 2001 — 7428, 2002 — 4972, 2003 — 1999, 2004 — 1367, 2005 — 2716, 2006 — 2147, 2007 — 2332, 2008 — 2254, 2009 — 2531, 2010 — 791 преступление³. В Нижегородской области за период 1997—2008 годов ежегодно регистрировалось от 60 до 100 фактов совершения преступления, предусмотренного статьей 171 УК РФ⁴. За указанный период времени судебная практика по делам о незаконной предпринимательской деятельности характеризуется стабильностью. Начиная с 2010 года отмечается снижение фактов привлечения к уголовной ответственности по статье 171 УК РФ. Это вызвано изменением уголовной политики в отношении лиц, совершивших преступления экономической направленности, в сторону либерализации уголовного законодательства и увеличением в шесть раз размера крупного ущерба и дохода, с 250 тысяч рублей до 1,5 миллионов рублей, при наличии которых возможна уголовная ответственность. Этим самым уголовный закон, в соответствии с Федеральным законом от 7 апреля 2010 года № 60-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты РФ» значительно расширил границы между преступлением и правонарушением в данной сфере.

Во избежание негативных последствий предлагаем дифференцировать размер ущерба с учетом имущественного положения граждан и финансового состояния организаций, которым причинен крупный ущерб, и уменьшить разрыв между преступлением и правонарушением в данной сфере с целью недопущения выведения из-под действия уголовного закона фактов совершения преступлений. Поэтому нами предложено, что крупным ущербом признается ущерб при причинении его: гражданам — в сумме, превышающей пятьсот тысяч рублей; организациям или государству — один миллион рублей.

Необходимым условием уголовной наказуемости ряда преступлений в сфере предпринимательской деятельности является наступление общественно опасных последствий в виде крупного ущерба. Однако данное понятие не имеет законодательного определения. Нам представляется, что в целях единообразного понимания содержания понятия «ущерб» в правоприменительной практике по отношению к преступлениям в банковской сфере необходимо дополнить Примечание к статье 169 УК РФ, предложением следующего содержания: «Под ущербом в статьях настоящей главы понимаются материальный и другие виды имущественного вреда (убытков). В содержание ущерба (убытков) включается как реальный ущерб, так и упущенная выгода. Крупным ущербом признается ущерб при причинении его: гражданам — в сумме, превышающей пятьсот тысяч рублей; организациям или государству — один миллион рублей, если иное не установлено в конкретных статьях настоящего Кодекса». При этом ущерб как последствие совершения преступлений в рассматриваемой сфере, должен носить собственно материальный характер, а точнее выступать в качестве имущественного ущерба, поскольку эти преступления совершаются в экономической сфере.

Наибольшие трудности при квалификации преступлений в сфере предпринимательской деятельности вызывает установление размера дохода, полученного в результате незаконной предпринимательской деятельности. Под доходом при совершении преступлений в экономической сфере, в том числе в сфере предпринимательской деятельности необходимо понимать совокупный (валовой) доход, а не чистый доход (прибыль), то есть доход без учета (вычитания) понесенных расходов. Поэтому следует поддержать позицию о том, что «нельзя при извлечении незаконного дохода считать законными те расходы, которые лицо понесло»⁵.

¹ См.: Карпович О.Г. Предпринимательская деятельность как объект уголовно-правовой охраны // СПС «КонсультантПлюс».

² См.: Кравец Ю.П. Предпринимательские преступления: актуальные проблемы правоприменительной практики: Монография. — Н. Новгород, 2004. — С. 132.

³ См.: Лопашенко Н.А. Преступления в сфере экономики: авторский комментарий к уголовному закону. — М., 2007. — С. 134; Состояние преступности в России. ГИАЦ МВД РФ. 2007—2010. — М., 2010. — С. 28, 49.

⁴ См.: Единый отчет о преступности. Форма № 453. — Архив ГУВД Нижегородской области. — 1997—2008.

⁵ Корнев А.С. Уголовная ответственность за незаконную предпринимательскую деятельность: Автореф. дис... канд. юрид. наук. — Екатеринбург, 2001. — С. 17—18.

Признак «прибыль» в соответствии с нормами налогового права относится к результату деятельности юридического лица. Индивидуальный предприниматель согласно НК РФ получает не прибыль, а доход. Однако об этом не указано в законодательном определении предпринимательской деятельности. Поэтому необходимо восполнить законодательный пробел. Предлагается внести изменения в часть 1 статьи 171 УК РФ: слова «с извлечением дохода» заменить словами «с извлечением незаконных дохода и (или) прибыли». Преступный доход, являясь признаком незаконной предпринимательской деятельности, связан, как вредоносный результат, с получением незаконной прибыли. Поскольку статья 171 УК предусматривает ответственность за незаконную предпринимательскую деятельность, то доход и прибыль от этой деятельности следует называть незаконными.

В целях единообразного понимания содержания признака «доход» и применения его в правоприменительной практике предлагаем дополнить статью 171 УК РФ Примечанием следующего содержания: «Под незаконным доходом в статьях 171, 171³, 171⁴, 172, 178 настоящего Кодекса понимается вся сумма выручки в денежной форме, полученная от незаконных предпринимательской, банковской деятельности, занятия запрещенными видами предпринимательской деятельности, фиктивного предпринимательства, недопущения, ограничения или устранения конкуренции без исключения из нее каких-либо расходов, понесенных лицом на осуществление указанных незаконных видов деятельности. Доходом в крупном размере признается доход, извлекаемый: индивидуальным предпринимателем в сумме, превышающей пятьсот тысяч рублей; юридическим лицом — один миллион рублей; доходом в особо крупном размере — доход, сумма которого превышает соответственно: один миллион рублей и два миллиона рублей, если иное не установлено в конкретных статьях настоящего Кодекса».

Проблемы, связанные с регламентацией уголовной ответственности за преступления в банковской сфере, не могут быть полностью разрешены Верховным Судом РФ в силу конституционного правила, позволяющего Верховному Суду давать официальные разъяснения лишь по практике применения тех или иных норм, закрепленных в УК. Однако нормативной силой обладают лишь легальные толкования институтов и статей УК. В УК РФ это примечания к ряду норм Особенной части. Поэтому нами предлагается закрепить содержание признаков «крупный ущерб» и «доход» в тексте закона, то есть в примечаниях к статьям 169 и 171 УК РФ, а не в постановлении Пленума Верховного Суда РФ.

Важным фактором, сдерживающим рост экономических преступлений в сфере предпринимательской деятельности и непрерывное расширение уголовной ответственности, является предупреждение совершения новых преступлений. Эффективными рычагами в этом вопросе могут выступать декриминализация отдельных признаков состава преступления и перевод их в состав административных правонарушений; введение административной преюдиции; перевод некоторых деяний в разряд «уголовных проступков»; обязательное введение уголовной ответственности в отношении юридических лиц за совершение экономических преступлений.

На современном этапе представляется возможным достижение задач уголовного права не только путем усиления его репрессивности, но и путем реализации в законодательстве компромиссных идей в борьбе с экономическими преступлениями, то есть дальнейшей демократизации и гуманизации уголовного законодательства, что может найти свое воплощение в исключении из санкции части 1 статьи 171 УК РФ наказания в виде ареста. В связи с этим предлагается дополнить Уголовный кодекс соответствующей поправкой. За преступления в экономической сфере целесообразно применять наказания финансовой направленности, то есть в виде наложения штрафа.

С целью реализации принципов экономии мер уголовной репрессии, целесообразности и предупреждения преступлений предлагается ввести административную преюдицию в статью 171 УК, как обязательное условие привлечения к уголовной ответственности за занятие незаконной предпринимательской деятельностью. В этой связи следует дополнить данную уголовно-правовую норму после слов «в крупном размере» словами «или совершенное лицом, ранее привлекавшимся к административной ответственности за правонарушение, предусмотренное статьей 14.1 КоАП РФ, и считающимся подвергнутым административному наказанию».

Важным фактором, сдерживающим рост предпринимательских преступлений и непрерывное расширение уголовной ответственности, является предупреждение совершения новых преступлений, а также дальнейшая либерализация и гуманизация уголовного законодательства. Исследование российского и зарубежного законодательства, изучение правоприменительной практики и экспертного опроса позволило сформулировать и внести предложение о совершенствовании законодательства и дополнении УК РФ статьей 14¹ «Понятие уголовного проступка», причиняемый при этом ущерб будет незначительным и не может составлять более пятидесяти тысяч рублей. В связи с этим целесообразно перевести ряд деяний, предусмотренных главой 22 УК РФ и относящихся к преступлениям небольшой тяжести, в разряд «уголовных проступков». Прежде всего, это касается преступлений, предусмотренных: частью 1 статьи 170¹, частью 1 статьи 171, частью 1 статьи 174, частью 1 статьи 174¹, статьей 177, частью 1 статьи 179, частью 1 статьи 180, частью 1 статьи 183 УК РФ. Данное предложение направлено на дальнейшую реализацию принципов справедливости и гуманизма в уголовном праве, поскольку лица, осужденные за уголовные проступки, не будут иметь судимости, к ним не

будет применяться наказание в виде лишения свободы, а в случае совершения ими в течение года нового уголовного проступка содеянное будет квалифицироваться уже как преступление. Уголовный проступок должен рассматриваться как промежуточное, связующее звено между преступлением и административным правонарушением, так как уголовный проступок не будет относиться к существующим четырем категориям преступлений, но и не будет являться административным правонарушением.

С целью совершенствования уголовного законодательства и устранения в нем пробелов, учитывая потребности правоприменительной практики, предлагается дополнить главу 22 УК РФ следующими новыми статьями: статьей 171² «Противодействие законной предпринимательской деятельности»; статьей 171³ «Занятие запрещенными видами предпринимательской деятельности»; статьей 171⁴ «Фиктивное предпринимательство». С учетом преемственности и модернизации уголовного законодательства в экономической сфере предлагаем выделить в Уголовном кодексе новую главу 22¹ УК «Преступления в сфере предпринимательской деятельности» и включить в эту главу статьи: 169, 170¹, 171, 172, 174, 174¹, 176, 177, 178, 179, 180, 183, 185³, 195, 196, 197, 289 УК, а также новые статьи: 171², 171³, 171⁴ УК РФ, всего 20 составов преступлений.

Л.Л. Кругликов

Кругликов Лев Леонидович — доктор юридических наук, профессор, заслуженный деятель науки Российской Федерации, заведующий кафедрой уголовного права и процесса Ярославского государственного университета имени П.Г. Демидова, действительный член МАН ВШ и РАЕН

Средства дифференциации ответственности в Уголовном кодексе 1960 и 1996 годов

В теории права обычно говорят и пишут о таких видах дифференциации, как общественная, гражданская (имущественная), дисциплинарная, административная, уголовная, уголовно-процессуальная, гражданско-процессуальная¹. Соответственно акцент делается на дифференциацию конкретного вида ответственности, в частности уголовную. Ее определяют как градацию, «операцию деления» ответственности на части², деление обязанности лица, совершившего преступление³, «разделение, расщепление ответственности в уголовном законе, в результате которой законодателем устанавливаются различные уголовно-правовые последствия...»⁴. Отсюда делается вывод, что нет места дифференциации ответственности, пока не установлено основание последней. Так, П.В. Коробов замечает, что когда законодатель дает описание основного состава преступления, он определяет основание ответственности и «тут вообще трудно говорить о какой-либо дифференциации в рамках уголовного права. Эта деятельность будет охватываться понятием криминализации деяний. Равным образом и обратный процесс — декриминализация деяний (в примере с хулиганством) дифференциацией уголовной ответственности не является»⁵.

На наш взгляд, приведенные суждения небесспорны. Если рассматриваемое явление наблюдается в сфере юриспруденции, есть основания говорить о дифференциации общеправовой (юридической), межотраслевой, отраслевой (в частности — в уголовном праве: осуществляемой в рамках Общей и Особенной частей законодательства, раздела, главы, института отрасли, отдельных норм и так далее, — например, в рамках раздела о преступлениях в сфере экономики, главы о преступлениях в сфере экономической деятельности, института назначения наказания, норм о краже, фальшивомонетничестве).

Субъектом дифференциации в законе — что общепризнанно — выступает *законодатель*. Но если это так, то уже на самой первой ступени (отчленении от других видов социальной ответственности — моральной, общественной и прочее, а равно при делении права на отрасли, компоновке последних) им используется идея дифференциации юридической ответственности.

Решая вопрос об определении вида реагирования на хищение или хулиганство, потребление или сбыт наркотиков, изготовление огнестрельного или пневматического оружия, законодатель неизбежно занимается также и межотраслевой дифференциацией. Известно, в частности, что в настоящее время за мелкое хищение и мелкое хулиганство, за потребление наркотиков и незаконное изготовление пневматического оружия уголовная ответственность не предусмотрена — законодатель считает достаточным административно-правового реагирования на эти виды поведения.

Соответственно дифференциацию *юридической* ответственности в теории права определяют как установление в законе различных ее видов (форм) «в зависимости от наиболее типичных свойств, характеризующих в обобщенном виде различные группы правонарушений»⁶. Это определение нуждается в уточнении, ибо при дифференциации речь идет об установлении различных не только видов (форм), но и объема (количественных характеристик) юридической ответственности.

¹ См.: Мельникова Ю.Б. Юридическая ответственность: сущность, понятие, дифференциация // Дифференциация ответственности в уголовном праве и процессе. — Ярославль, 1994. — С. 12.

² См.: Коробов П.В. Понятие дифференциации уголовной ответственности // Дифференциация формы и содержания в уголовном судопроизводстве. — Ярославль, 1995. — С. 3, 4.

³ Там же. — С. 10.

⁴ Лесниевски-Костарева Т.А. Дифференциация уголовной ответственности. Теория и законодательная практика. — 2-е изд., перераб. и доп. — М., 2000. — С. 63, 368.

⁵ Коробов П.В. Понятие дифференциации уголовной ответственности // Дифференциация формы и содержания в уголовном судопроизводстве. — Ярославль, 1995. — С. 6.

⁶ Курляндский В.И. Уголовная политика, дифференциация и индивидуализация уголовной ответственности // Основные направления борьбы с преступностью. — М., 1975. — С. 78. См. также: Мельникова Ю.Б. Дифференциация ответственности и индивидуализация наказания. — Красноярск, 1989. — С. 17.

Основанием **межотраслевой** юридической дифференциации, как представляется, выступает *характер вредоносности* соответствующего вида поведения, или — как говорят иначе — характер его общественной опасности, вредности.

Спорен вопрос о наличии второго уровня различения — юридической дифференциации **ответственности в уголовном праве**. В период действия прежнего УК 1960 года он, по сути, не ставился под сомнение, поскольку предусматривались административная, дисциплинарная, гражданско-правовая и общественная формы реагирования на преступное поведение при наличии определенных условий (ч. 3 ст. 50, п. «б» ст. 256 и др.). В УК 1996 года упоминания об этих формах реагирования не содержится, что дает основание некоторым юристам заявлять не только о том, что «наличие в уголовном законодательстве помимо уголовной и других видов ответственности считаем неправомерным и нецелесообразным»¹, но и что с принятием нового УК РФ вопрос о различии в теории уголовного права понятий дифференциации уголовной ответственности и дифференциации ответственности в уголовном праве «утратил актуальность сам по себе»².

На наш взгляд, здесь желаемое выдается за действительное. Не вдаваясь в данный случай в полемику относительно понятия уголовной ответственности, ее сущности и содержания³, обратим внимание на непоследовательность в цитированных выше утверждениях. Так, их автор (Т.А. Лесниевски-Костарева) не отрицает наличие в действующем УК «иных мер уголовно-правового характера» (ст. 2, 6, 7, 90 и др.), но вместе с тем утверждает, что, в частности принудительные меры воспитательного воздействия — «не являются... дифференциацией уголовной ответственности, поскольку они применяются вне рамок уголовной ответственности и не носят уголовно-репрессивного характера»⁴. Но даже если бы все было так, нельзя отрицать, что о данных мерах идет речь именно в уголовном законе (см., например, ст. 90—92 УК) и что эти меры используются взамен уголовной ответственности при освобождении от нее (или от наказания) лиц по нереабилитирующим основаниям. Если, следуя взгляду автора, не относить принудительные меры к содержанию уголовной ответственности, необходимо их признать *иным видом ответственности*, которому, исходя из позиции автора, не должно бы быть места в уголовном праве⁵. Поэтому мы являемся сторонником тех ученых-юристов, которые полагают, что в российском уголовном законодательстве иные виды ответственности были, есть и будут⁶.

Вместе с тем, бесспорно узловое, центральное место занимает **дифференциация** именно **уголовной ответственности**, представляющая собой разделение, расслоение последней в уголовном законе, результатом чего становятся различные уголовно-правовые последствия⁷. Можно ли ею считать отнесение того или иного вида преступления к определенному разделу, главе, группе внутри главы УК либо, скажем, градацию посягательств исходя из формы вины?

Некоторые ученые считают, что в таком случае следует вести речь о дифференциации, но не уголовной ответственности, а чего-то иного. В качестве главного довода приводится тот, что основанием дифференциации выступает типовая степень общественной опасности деяния и личности, здесь же основанием служит характер опасности (вредоносности). По нашему мнению, данный спор более терминологического, чем сущностного, свойства.

Действительно, если считать, что в основе разграничения преступления и иного правонарушения лежит *характер* общественной опасности деяния (характер его вредоносности), то, казалось бы, несомненен тот вывод, что одно преступление отличается от другого уже не по характеру, а по типовой степени общественной опасности, ибо один и тот же критерий не может лежать в основе разграничения и преступного — не преступного, и преступных деяний между собой.

¹ Лесниевски-Костарева Т.А. Дифференциация уголовной ответственности. Теория и законодательная практика. — 2-е изд., перераб. и доп. — М., 2000. — С. 21, 369.

² Там же. — С. 69.

³ Представляется неосновательной критика в этом плане воззрений А.П. Чугаева, относящего к мерам уголовной ответственности, в частности, условное осуждение, отсрочку исполнения приговора, применение к несовершеннолетнему принудительных мер воспитательного характера (см.: Чугаев А.П. О совершенствовании правового регулирования уголовной ответственности // Реализация уголовной ответственности: материально-правовые и процессуальные аспекты. — Самара, 1992. — С. 45).

⁴ Лесниевски-Костарева Т.А. Дифференциация уголовной ответственности. Теория и законодательная практика. — 2-е изд., перераб. и доп. — М., 2000. — С. 78.

⁵ См. об этом: Кругликов Л.Л. [Рецензия] / Л.Л. Кругликов, А.В. Васильевский // Нормотворческая и правоприменительная техника в уголовном и уголовно-процессуальном праве. — Ярославль, 2000. — С. 171. — Рец. на кн. Лесниевски-Костарева Т.А. Дифференциация уголовной ответственности: Теория и законодательная практика. — М., 1998. — 287 с.

⁶ См., например: Журавлев М.П. Уголовная ответственность и формы ее реализации // Проблемы уголовной политики и уголовного права. — М., 1994; Лумпова И.А. Виды ответственности в советском уголовном законодательстве: Автореф. дис... канд. юрид. наук. — Казань, 1991; Магомедов А.А. Правовые последствия освобождения от уголовной ответственности. — Саратов, 1994; и др.

⁷ См.: Кругликов Л.Л. Дифференциация ответственности как уголовно-правовая категория / Л.Л. Кругликов, Т.А. Костарева // Категориальный аппарат уголовного права и процесса. — Ярославль, 1993. — С. 110—111.

Между тем классификация преступлений проводится законодателем в зависимости от характера и степени их общественной опасности (ч. 1 ст. 15 УК); при назначении наказания по уголовному делу также учитываются и характер, и степень общественной опасности преступления (ч. 3 ст. 60 УК). Происходит как бы удвоение характера общественной опасности, вредоносности, его роли — он отличает и преступное от непроступного, и один вид преступления от другого. Эта двузначность термина «характер» и порождает разнотью в теории уголовного права. Сказанным, видимо, объясняется и то, почему применительно к другим отраслям права законодатель избегает использования категории «общественная опасность», а в соответствии с частью 2 статьи 14 УК деяние, формально содержащее признаки какого-либо преступления, якобы не представляет *никакой* общественной опасности.

По нашему мнению, группируя деяния в рамках Особенной части Уголовного кодекса, располагая их в определенной последовательности (в том числе относительно друг друга), законодатель преследует цель не просто упорядочить нормативный материал, но и осуществить в пределах возможного дифференциацию ответственности. Это касается не только «глобальной» дифференциации — исходя из приоритетов в триаде «личность — общество — государство», но и конструирования отдельных разделов, глав, вычленения в пределах каждой главы конкретных групп преступлений и — далее — расположения составов преступлений одной классификационной группы относительно друг друга по мере убывания или возрастания уровня общественной опасности деяний¹.

Установление различных санкций для преступлений с совпадающими объективными признаками (например, уничтожения или повреждения чужого имущества, противоправного лишения жизни другого человека), исходя из различий субъективной стороны (формы вины) — тоже, на наш взгляд, суть проявления дифференциации уголовной ответственности. Так, хотя и умышленное, и неосторожное уничтожение или повреждение имущества — преступления небольшой тяжести, однако при умысле возможно наказание в виде лишения свободы на срок до 2 лет, а при неосторожности — лишь до 1 года² (см. ч. 1 ст. 167, 168 УК). Умышленное причинение смерти (убийство) наказывается лишением свободы на срок от 6 до 15 лет, а неосторожное — на срок до 2 лет (см. ч. 1 ст. 105, 109).

Сказанное касается и признания поведения преступным. Например, сознательное неисполнение подчиненным приказа начальника признается преступлением при наличии существенного вреда, а неисполнение подчиненным приказа вследствие небрежного либо недобросовестного отношения к службе влечет уголовную ответственность лишь в случае наступления тяжких последствий. Наказуемо причинение легкого вреда здоровью лишь при наличии умысла³; одной из трех линий дифференциации ответственности за нанесение вреда здоровью является форма вины⁴: в разной мере наказуемо причинение умышленного и неосторожного тяжкого и средней тяжести вреда.

Таким образом, «по вертикали» возможно вычленение следующих видов дифференциации ответственности: а) юридической, б) межотраслевой, в) отраслевой (в уголовном праве; уголовной ответственности), г) уголовно-правового института, д) в пределах группы норм, е) в пределах отдельной нормы.

Внутри отрасли права допустимо вести речь о дифференциации 1) оснований уголовной ответственности; 2) формы (вида) ответственности; 3) объема уголовной ответственности и уголовного наказания.

По месту ее осуществления можно выделить дифференциацию ответственности а) в Общей и б) в Особенной части УК⁵. Наконец, в зависимости от предметного содержания следует вести речь о дифференциации 1) ответственности и 2) наказания; первое из этих понятий шире, охватывая сферу не только наказания и освобождения от него, но и основание ответственности, ее формы (виды), объем.

Когда речь идет об осуществлении дифференциации юридической (в том числе уголовной) ответственности, законодатель оперирует чаще всего такими показателями особенностей правонарушения, как форма вины, мотивы и цели деятельности, предмет преступления, содержание объекта посягательства, наличие (отсутствие) повторения деяния, размер вреда, способ осуществления деяния и черты субъекта преступления и т. п.

Подчас дифференциацию ответственности связывают с процессом не только правотворчества, но и правоприменения. Так, утверждается, что она «предполагает необходимость учета на всех

¹ Сходную позицию по данному вопросу занимает Э.С.Тенчов (см.: Тенчов Э.С. О дифференциации ответственности за посягательства против собственности // Дифференциация ответственности в уголовном праве и процессе. — Ярославль, 1994. — С. 154).

² Статья 168 УК предусматривает возможность применения и ограничения свободы — наказания более строгого, нежели исправительные работы, однако этот вид наказания судами пока не применяется.

³ Поскольку неосторожное нанесение легкого вреда не достигает уровня вредоносности, характерного для преступлений, следовало бы подумать об установлении за этот вид поведения административной ответственности.

⁴ См. об этом: Уголовное право России. Часть Особенная / Отв. ред. Л.Л. Кругликов. — 2-е изд. — М., 2005. — С. 55—56.

⁵ См.: Чугаев А.П. Основы дифференциации ответственности и индивидуализации наказания. — Краснодар, 1985.

уровнях — и законодательском, и правоприменительном — степени общественной опасности как деяний, так и деятеля»¹. Приведенное суждение, на наш взгляд, страдает, по меньшей мере, двумя неточностями.

Во-первых, критерием дифференциации выступает не только *типовая* степень, но и *характер* общественной опасности деяния и деятеля. Действительно, дифференциация — это разделение, расчленение целого (в нашем случае — ответственности) на различные части, формы и ступени². Естественным первым шагом законодателя при формировании системы санкций за различные преступления (кражу, вымогательство, незаконное предпринимательство, фальшивомонетничество и т. д.) является определение вида, форм ответственности, и в первую очередь в зависимости от *характера общественной опасности* соответствующего вида преступления. На этом этапе происходит сопоставление деяний по их качественным, а не количественным особенностям, параметрам.

На дифференциацию оказывает влияние наряду с характером и типовая степень общественной опасности деяния, определяемая признаками состава преступления.

Во-вторых, вряд ли может быть продуктивным такое толкование дифференциации ответственности, при котором она объемлет и индивидуализацию ответственности, наказания, относящуюся к сфере правоприменительной деятельности. Например, по мнению А.М. Яковлева, необходимо осуществление «дифференциации ответственности и индивидуализации наказания заранее, в самом законе (а не в ходе правоприменительной деятельности)»³. Не усматривает принципиального различия между анализируемыми понятиями Н.С. Малеин⁴. И.И. Карпец и М.М. Бабаев, напротив, использовали лишь термин «индивидуализация», выделяя индивидуализацию ответственности (наказания) в законе и в суде⁵.

Такое смешение не содействует четкому разграничению функций законодателя и правоприменительного органа. Дифференциация, выполняя ту же функцию, что и индивидуализация⁶, выступает как инструмент деятельности законодателя и в то же время в качестве принципа поведения последнего. В соответствии с данным принципом, криминализируя деяние, законодатель обязан решить комплекс возникающих проблем, касающихся диспозиции и санкции соответствующей уголовно-правовой нормы. В числе их и такие, как: необходимо ли за это деяние только уголовное наказание либо достаточно иных мер уголовного-правового характера или мыслимо также освобождение от уголовной ответственности по нереабилитирующим основаниям; какие виды наказания следует включить в санкции статьи Особенной части Кодекса; каким должен быть размер каждого из предусматриваемых в санкции видов наказания; должно ли дополнительное наказание в случае его включения в санкцию статьи носить обязательный характер; надо ли предусматривать квалифицированные виды преступления, а если «да», то с учетом каких квалифицирующих признаков; как будет выглядеть каждая из санкций таких составов и каковыми окажутся возможности суда в выборе меры уголовно-правового воздействия и т. д.

Таким образом, сущность дифференциации ответственности — в дроблении последней, в «дозировке», идет ли речь о дифференциации как о принципе, роде деятельности или о результате такой деятельности. В этом свете представляется правильным возражение тем авторам, которые видят сущность дифференциации ответственности в *классификации* ответственности по степени «тяжести» в зависимости от общественной опасности правонарушений⁷. Классификация⁸ имеет несколько иное предназначение — упорядочить представление о том или ином явлении, помочь его осмыслить, углубить знания о нем, выявить новые, еще неизвестные качества. В каких-то случаях классификация преследует цели дифференциации ответственности, но так бывает не всегда.

Суммируя, дифференциацию ответственности можно определить как осуществляемое законодателем разделение последней, дозировку с учетом определенного рода обстоятельств, целью которой

¹ Коробеев А.И. Уголовно-правовая политика: тенденции и перспективы / А.И. Коробеев, А.В. Усс, Ю.В. Голик. — Красноярск, 1991. — С. 91.

² См.: Советский энциклопедический словарь / Гл. ред. А.М. Прохоров. — М., 1987. — С. 398.

³ Яковлев А.М. Принцип социальной справедливости и основания уголовной ответственности // Советское государство и право. — 1982. — № 3. — С. 94.

⁴ См.: Малеин Н.С. Неотвратимость и индивидуализация ответственности // Советское государство и право. — 1992. — № 11. — С. 57.

⁵ См.: Карпец И.И. Индивидуализация наказания в советском уголовном праве. — М., 1961. — С. 12; Бабаев М.М. Индивидуализация наказания несовершеннолетним. — М., 1968. — С. 6—9.

⁶ См.: Магомедов А.А. О понятии дифференциации и индивидуализации уголовной ответственности // Уголовная политика и реформа уголовного законодательства. — М., 1997. — С. 102.

⁷ См.: Мельникова Ю.Б. Юридическая ответственность: сущность, понятие, дифференциация // Дифференциация ответственности в уголовном праве и процессе. — Ярославль, 1994. — С. 12.

⁸ От лат. *classis* — распределение предметов, явлений и понятий по классам, отделам, разрядам в зависимости от их общих признаков. См.: Краткий словарь иностранных слов. — М., 1978. — С. 132.

является создание для правоприменителя желаемого режима при определении меры (вида и размера) ответственности за совершенное правонарушение.

Касательно средств дифференциации следует заметить, что в широком (философском) смысле слова средство — все то, что способствует достижению цели¹, а применительно к дифференциации уголовной ответственности (ответственности в уголовном праве) — все, что служит разделению, расчленению, градации последней. Так, к средствам дифференциации следует отнести, например, квалифицированные и привилегированные составы, к обстоятельствам — квалифицирующие и привилегированные признаки.

Поскольку дифференциация — это сфера действия законодателя, ее средства должны быть обозначены непосредственно в уголовном законе. Равно должны быть продуманы и сферы (институты) приложения этих средств. По нашему мнению, в действующем УК РФ 1996 года дифференциация коснулась практически всех разделов и институтов уголовного права, хотя мы далеки от вывода, что разработчикам Кодекса «удалось... достичь максимальной дифференциации ответственности в уголовном законе...»². В приведенной цитате желаемое выдается за действительное. Так, если в УК 1960 года дифференциация затронула около половины статей, в УК 1996 года в первоначальной редакции — около двух третей, то ныне — уже почти три четверти. Это свидетельствует о продолжающемся процессе углубления дифференциации ответственности и наказания в сфере, якобы еще в 1996 году достигнутой максимума возможного.

Можно выделить средства дифференциации в Общей и Особенной частях уголовного законодательства. Так, для Общей части, где преобладают обязывающие и управомочивающие нормы, а не нормы-запреты, и адресатом выступают преимущественно органы и должностные лица, уполномоченные на применение этих норм, характерны свои средства дифференциации: это категории преступлений, освобождение от уголовной ответственности и наказания по нереабилитирующим основаниям, обстоятельства «буферной» группы — особо смягчающие (ст. 62 УК) и особо отягчающие (ст. 68) наказание и т. п.

Российское уголовное законодательство регламентирует вопрос о средствах дифференциации, как правило, неполно, фрагментарно. Так, касаясь классификации преступлений, законодатель в УК 1960 года не выделил всего их круга: в частности, в нем не нашли отражения преступления средней тяжести (менее тяжкие деяния), что привело к пробелу в делении. Во-вторых, не определены полно правовые последствия отнесения преступления к тому или иному виду. В итоге не были использованы возможности, вытекающие из классификации, при конструировании норм о признании особо опасным рецидивистом, об ответственности за недонесение и укрывательство, о давности привлечения к уголовной ответственности, о неприменении условно-досрочного освобождения от наказания и замены наказания более мягким и т. д. От этого соответствующие статьи Общей (ст. 24¹, 48, 53¹), а также Особенной части УК (ст. 189, 190) приобрели достаточно громоздкий вид, существенно затрудняющий усвоение их содержания.

Еще менее выразительно были сформулированы положения об особо отягчающих обстоятельствах. По сути, оказалось конкретизированным влияние на наказание лишь одного из них — согласно части 2 статьи 41 УК 1960 года при сложении наказаний, назначенных по совокупности приговоров, суд был не связан санкциями статей, входящих в совокупность: окончательный размер наказания мог превысить максимальный предел санкции, достигая предела, установленного для применения судом вида наказания в Общей части Кодекса. Что же касается особо смягчающих обстоятельств, то они были обозначены в статье 43 УК в самой общей форме — как «исключительные обстоятельства», которые могут привести к избранию более мягкой меры либо к назначению судом наказания ниже нижнего предела.

Следует, однако, заметить, что в 1993 году в УПК была введена статья 460, не позволявшая председателю суду назначить по приговору исчислимое наказание в размерах, превышающих среднюю его величину санкции статьи, а также смертную казнь, если подсудимый признавался коллегией присяжных заседателей «заслуживающим снисхождения». Данное предписание, безусловно, носило уголовно-правовой характер, что и нашло закрепление в статье 65 УК 1996 года.

Наблюдалось, таким образом, восприятие в законодательстве идеи о конкретизации правового значения, определении более четких дифференцированных правовых последствий при существовании в деле определенного рода обстоятельств. Проведенный нами в 80-х годах опрос практических работников показал, что в большинстве своем они поддерживали эту идею (65% ответивших на соответствующий вопрос). В теории уголовного права также достаточно давно наметилась тенденция к выделению главных (особых) и иных смягчающих и отягчающих обстоятельств. Речь идет о выделении

¹ *Даль В.* Толковый словарь. — М., 1955. — Т. IV. — С.177; *Трубников Н.Н.* О категориях «цель», «средство», «результат». — М., 1968. — С. 80—81.

² *Лесниевски-Костарева Т.А.* Дифференциация уголовной ответственности. Теория и законодательная практика. — 2-е изд., перераб. и доп. — М., 2000. — С. 27.

в УК обстоятельств промежуточной, «буферной» группы (скажем, явки с повинной, заглаживания вреда, судимости-рецидива); от обычных смягчающих и отягчающих обстоятельств их отличает обозначенная в законе мера влияния на ответственность и наказание, а от квалифицирующих — место их описания (Общая часть УК), неизменчивость, сохранение той же квалификации совершенного преступления при их наличии и необязательность появления новых пределов избрания наказания.

В УК 1996 года идея конкретизации правового значения отдельных обстоятельств получила дальнейшее развитие. Например, при деятельном раскаянии (в случае отсутствия отягчающих обстоятельств) назначаемое судом наказание не может превышать двух третей максимального срока или размера наиболее строгого наказания по санкции статьи (ч. 1 ст. 62), а в случае заключения досудебного соглашения о сотрудничестве — не может превышать половины максимума санкции (ч. 2 ст. 62. То же — при приготовлении к преступлению, ч. 2 ст. 66). Размер наказания за рецидив не может быть меньше одной трети максимума санкции (ч. 2 ст. 68 УК).

Практика уже подтвердила несовершенство законоположений в части установленных долей и новых пределов. Но сама идея конкретизации, как нам представляется, будет набирать силу и получать в уголовном законодательстве дальнейшее развитие.

Среди других средств дифференциации, используемых в Общей части Кодекса, заслуживают быть упомянутыми *несовершеннолетие, обстоятельства освобождения от уголовной ответственности и от наказания, совокупность преступлений и приговоров и т. д.*

Существует проблема дифференциации групповых преступлений, которые составляют до одной трети в общей массе преступных посягательств. Повышенную общественную опасность совместно совершенного деяния законодатель однозначно связывает с совершением преступления *группой лиц* той или иной модификации, поскольку групповой способ устойчиво и существенно повышает общественную опасность преступления.

В силу части 7 статьи 35 УК РФ совершение преступного деяния в составе группы «влечет более строгое наказание на основании и в пределах, предусмотренных настоящим Кодексом». Основанием применения более строгого наказания является, во-первых, установление наказуемости самого факта создания преступного объединения (ст. 208, 209, 210, 239, 282¹ УК и др.); во-вторых, устанавливаемая в новых пределах санкция в тех статьях, где группа лиц той или иной разновидности признана законодателем квалифицирующим признаком; в-третьих, группа лиц любой разновидности выступает в качестве отягчающего обстоятельства.

В связи с этим есть всекие основания поставить вопрос о законодательной конкретизации силы влияния группового характера преступления. В последнее время в литературе данный вопрос стал активно обсуждаться, ряд авторов предложили свои варианты законодательной регламентации влияния на ответственность группового преступления. Так, В.В. Соболев высказался за дополнение статьи 67 УК «Назначение наказания за преступления, совершенные в соучастии» частями третьей и четвертой, в которых закрепить следующее правило: «за умышленные преступления, совершенные группой лиц, группой лиц по предварительному сговору наказание не может быть ниже половины максимального размера избираемого судом вида наказания, предусмотренного за совершенное преступление... За преступление, совершенное организованной группой, наказание не может быть ниже двух третей максимального срока наиболее строгого наказания, предусмотренного за совершенное преступление»¹. Недостатки данного предложения налицо. Во-первых, по силе влияния приравнены группа лиц и группа лиц по предварительному сговору; во-вторых, различна точка отсчета дифференциации наказания. В первом случае речь идет об «избираемом судом виде наказания», а в случае совершения преступления организованной группой говорится о максимальном наказании, предусмотренном санкцией статьи Особенной части.

Определенные недостатки имеет и другое предложение, высказанное в литературе. М.В. Сидирякова предлагает дополнить статью 67 УК частью второй следующего содержания: «При совершении преступления в составе группы лиц наказание не может быть ниже одной трети максимального срока наиболее строгого вида наказания, предусмотренного за совершение преступления, при совершении преступления группой лиц по предварительному сговору — не менее половины, а при совершении преступления организованной группой — не менее двух третей максимального срока наиболее строгого наказания, предусмотренного за совершенное преступление»; частью 3 следующего содержания: «Лицам, совершившим преступление в несовершеннолетнем возрасте, а также при наличии исключительных обстоятельств, предусмотренных статьей 64 настоящего Кодекса, за совершение преступления группой лиц, группой лиц по предварительному сговору и организованной группой наказание назначается без учета правил, предусмотренных частью второй настоящей статьи»².

¹ Соболев В.В. Основание и дифференциация ответственности соучастников преступления: Дис... канд. юрид. наук. — Краснодар, 2000. — С. 182.

² Сидирякова М.В. Назначение наказания участникам групповых преступлений: Дис... канд. юрид. наук. — Казань, 2003. — С. 123, 157.

Сомнение вызывают, во-первых, предложенные автором доли, поскольку при совершении преступления организованной группой серьезно сужаются границы санкции, тем самым суд лишается возможности провести более тщательную индивидуализацию наказания, во-вторых, предложенные автором исключения из предусмотренного правила носят явно избыточный характер, поскольку дублируют положения уголовного закона, определяющие иные специальные правила назначения наказания.

Схожее предложение высказал А.А. Илджев, предложивший предусмотреть в УК РФ (ст. 67) «назначение наказания, предусмотренного статьей Особенной части УК, не ниже одной трети лицам, совершившим преступление в составе группы, не ниже одной второй лицам, совершившим преступление в составе группы лиц по предварительному сговору и не ниже двух третей участникам организованной группы»¹. Не совсем ясна позиция автора относительно основания расчета наказания — избираемое судом наказание или максимально строгое наказание, и распространяется ли данное правило на дополнительное наказание.

Е.В. Благов предложил сформулировать несколько иное правило: «наказание соучастникам не должно быть ниже а) одной четверти наиболее строгого основного исчислимого наказания, которое предусмотрено соответствующей статьей Особенной части Уголовного кодекса и может быть назначено лицу, — при совершении преступления группой лиц, б) одной трети — группой лиц по предварительному сговору и в) половины — организованной группой»².

Безусловно, подобная формализация влияния — перспективный прием конкретизации уголовно-правового значения обстоятельств дела³. Но следует ли распространять ее на все виды соучастия и на соучастие в целом? Возможно ли применение данного правила в случае указания на признак совершения преступления группой лиц в рамках квалифицированного состава?

Дифференциация уголовной ответственности в Особенной части УК осуществляется законодателем преимущественно посредством: а) квалифицированных составов (квалифицирующих признаков) и соответствующих им новых рамок наказуемости; б) использования специальных видов освобождения от уголовной ответственности; в) относительно-определенных, альтернативных и кумулятивных санкций; г) допущения возможности (факультативности) применения дополнительных наказаний⁴.

Обратим внимание на то, что по сравнению с УК 1960 года и прежней редакцией УК 1996 года в 2009 году появился принципиально иной вид специального освобождения: от наказания — в примечании к статье 134, которое гласит: «Лицо, впервые совершившее преступление, предусмотренное частью первой настоящей статьи, освобождается судом от наказания, если будет установлено, что это лицо и совершенное им преступление перестали быть общественно опасными в связи со вступлением в брак с потерпевшим». В данном случае создан прецедент осуществления освобождения лица только судом и только по приговору. При этом не предусмотрена возможность отмены решения в случае, если лицо нарушило условия освобождения от наказания, что вряд ли может быть признано удачным.

В зависимости от основания деления санкции в уголовном праве делятся на:

- *простые и кумулятивные;*
- *единичные и альтернативные;*
- *относительно-определенные.*

Кроме этих видов, УК РСФСР 1960 года были известны санкции *опосредованно-определенные* (ссылочные) — наряду с непосредственно-определенными, — например, в статье 72 говорилось, что организационная деятельность, направленная к совершению особо опасных государственных преступлений, влечет наказание соответственно по статьям 64—71 Кодекса; *абсолютно-определенные* — например, статья 187 устанавливала, что в случае самовольного возвращения высланного в места, запрещенные для проживания, высылка подлежала замене ссылкой на неотбытый срок; с указанием помимо наказания на *иные меры* уголовно-правового характера — общественного или дисциплинарного воздействия, специальной конфискации (ст. 97, 163, 245 и др.).

Так, в соответствии со статьей 94 УК причинение имущественного ущерба путем обмана или злоупотребления доверием влекло применение либо уголовного наказания, либо мер общественного воздействия; в силу положений статьи 166 незаконная охота наказывалась лишением свободы, исправительными работами или штрафом в определенном размере, при этом допускалась возможность конфискации а) добытого, б) ружей и других орудий охоты (ст. 166) В целом около 12% санкций УК

¹ Илджев А.А. Назначение наказания за преступление, совершенное в соучастии: Дис... канд. юрид. наук. — Казань, 2004. — С. 192.

² Благов Е.В. Применение уголовного права. — СПб., 2004. — С. 431.

³ См.: Кругликов Л.Л. Дифференциация ответственности в уголовном праве / Л.Л. Кругликов, А.В. Васильевский. — СПб., 2003. — С. 79. См. также: Кругликов Л.Л. Смягчающие и отягчающие обстоятельства. — Воронеж, 1985. — С. 135 и далее.

⁴ Российское уголовное право: Курс лекций / Под ред. А.И. Коробеева. — Владивосток, 1999. — Т. 2. — С. 145—146.

1960 года содержали указание на такие меры воздействия, которые к видам наказания не относились, а потому им не должно было быть места в санкциях статей Особенной части.

Ныне в Уголовном кодексе все санкции — непосредственно-определенные и содержащие исключительно уголовное наказание, немалое число их, как уже упоминалось, — альтернативные и кумулятивные.

Набор различных видов санкций дает тип санкции. В Уголовном кодексе 1996 года использовано всего четыре основных типа (в отличие от 10 типов в УК 1960 г., где количество видов наказаний, как выше говорилось, было значительно большим): 1) простая, альтернативная, относительно-определенная — см., например, ч. 1 ст. 109); 2) простая, единичная, относительно-определенная — см., например, ч. 2 ст. 107; 3) кумулятивная, альтернативная, относительно-определенная — см., например, ч. 1 ст. 107; 4) кумулятивная, единичная, относительно-определенная — см., например, часть 1 статьи 105. Помимо этого, поскольку в ряде статей Особенной части УК 1996 года санкции носят смешанный характер, являются в точном смысле слова абсолютно-относительно-определенными (см., например, ч. 2 ст. 105: «наказывается лишением свободы на срок от восьми до двадцати лет..., либо пожизненным лишением свободы, либо смертной казнью»), заслуживает быть упомянутым еще один, пятый тип: простая (кумулятивная), альтернативная, смешанная.

В сравнении с прежним Уголовным кодексом по действующему УК уменьшилась доля санкций первых двух типов и возросло число санкций двух других из четырех типов. Изменилось соотношение единичных и альтернативных санкций (в пользу последних), а также простых и кумулятивных (также в пользу последних). В целом можно констатировать некоторое расширение возможностей суда по индивидуализации наказания, ибо альтернативные и кумулятивные санкции более благоприятны в этом плане. Скажем, такие санкции позволяют суду с учетом всех данных по делу: а) избрать тот или иной вид наказания; б) варьировать наказание в части срока, *размеров*; в) применить *дополнительное* наказание. Ясно, что такого рода санкции благоприятствуют более глубокой индивидуализации наказания, позволяют наиболее полно учесть всю совокупность обстоятельств дела.

Кроме того, в актив современного законодателя следует отнести также отказ от абсолютно-определенных (единичных и альтернативных), а также ссылочных (опосредованно-определенных) и содержащих описание иных мер воздействия (помимо уголовного наказания) санкций. В итоге санкции УК РФ приобрели большую определенность, логичность, подчиненность целям наказания.

А.П. Кузнецов

Кузнецов Александр Павлович — доктор юридических наук, профессор, заслуженный деятель науки Российской Федерации, заслуженный юрист Российской Федерации, заведующий кафедрой государственно-правовых дисциплин Нижегородского института менеджмента и бизнеса

Творческое наследие В.К. Бабаева в исследовании ярославских ученых

Имя Владимира Константиновича Бабаева — доктора юридических наук, профессора, заслуженного деятеля Российской Федерации широко известно российской и зарубежной научной общественности. В.К. Бабаев принадлежал к той когорте ученых, которые посвятили свою жизнь юридической науке — теории государства и права, вобравшей в себя огромный конгломерат информации, требующей нестандартного научного осмысления. В.К. Бабаев, самозабвенно занимаясь научными изысканиями, внес в них заметный вклад, обогатил науку новыми идеями, доказал, что открытые и разработанные им научно-методические направления обладают не только новизной, но и значительным новаторским потенциалом и не останутся без внимания потомков, а будут востребованы многими поколениями правоведов. Его творческое наследие многогранно, многоаспектно, отличается оригинальностью, глубиной проникновения в сущность человеческого бытия, методологически выдержанно. Все это стало возможным благодаря научному таланту, которым он обладал, талант является его внутренней сутью, наиболее сильной чертой.

Осмысление творческого наследия В.К. Бабаева находит свое отражение в исследованиях различных научных школ, опубликованных монографиях и статьях, проводимых научно-практических форумах. Подтверждением этого могут служить: Первые Бабаевские чтения « Правовые презумпции: теория, практика, техника» (2010 г.); Вторые Бабаевские чтения в форме Международной научно-практической конференции: «Преемственность в праве: доктрина, российская и зарубежная практика, техника» (2011).

В 2010 году под редакцией доктора юридических наук, профессора, заслуженного деятеля науки Российской Федерации В.Н. Карташова вышел сборник научных трудов: «Актуальные проблемы теории и истории правовой системы общества», посвященный юридическому наследию В.К. Бабаева, в котором маститые и начинающие ученые подвергли анализу некоторые направления его научной деятельности¹. Все это свидетельствует о преемственности научных исследований в области теории государства и права. Преемственность — это необходимый элемент науки, без которой она развиваться и существовать не может. Преемственность в науке не только позволяет воспринимать явления прошлого, сохраняя его положение, но и обогащать их, способствовать обеспечению прогрессивного развития общества и государства. В данном случае под преемственностью научных исследований следует понимать уточнение, развитие раннее сформулированных научных положений, разработка на их основе новых теоретических направлений. Применительно к рассматриваемой проблеме в рамках преемственности должны исследоваться фундаментальные направления теории права и государства: содержание права, формы права, сферы юридической техники и т. п.

Понятие права. В статье, посвященной проблемам правопонимания, профессор В.Н. Карташов отметил, что В.К. Бабаев, как ученый-теоретик, в своих научных и учебных работах уделял особое внимание проблеме понимания права². По его мнению, «десятилетние дискуссии о праве в нашей юридической науке выявили три основных подхода к определению его понятия и сущности: а) нормативный, рассматривающий право только как систему юридических норм (нормативное или так называемое “узкое” понимание права); б) социологический, отождествляющий право с регулируемым им общественными отношениями; в) философский, связывающий право с мерой свободы и справедливости»³. Представители указанных научных доктрин считали сформулированные определения права наиболее правильными, единственно приемлемыми и таким образом, эффективными и ценными.

Для верного понимания права В.К. Бабаев предлагал использовать дореволюционное юридическое наследие прошлого, в частности, возвратится к идеи деления права на естественное и позитивное. По его мнению, «естественное право (*jus naturale*) — это совокупность прав и свобод, обусловленных природой

¹ См.: Актуальные проблемы теории и истории правовой системы общества: Сборник научных трудов / Отв. ред. В.Н. Карташов. — Ярославль, 2010. — Вып. 10.

² См.: Бабаев В.К. Советское право, как логическая система: Учебное пособие. — М., 1978; Бабаев В.К. Теория современного советского права. — Н.Новгород, 1991; Общая теория права / Под ред. В.К. Бабаева. — Н. Новгород, 1993; Бабаев В.К. Теория государства и права / Под ред. В.К. Бабаева. — М., 2006; и др.

³ Теория государства и права: Курс лекций / Под ред. В.К. Бабаева. — Н. Новгород, 1993. — С. 112.

человека, его проживанием в обществе»¹; «позитивное (положительное право) это право выраженное в принятых государством нормах, то есть в законодательстве, а также в иных источниках права»².

Такой подход (деление права на естественное и позитивное) позволит разрешить спор в юридической науке, ибо идея естественного и позитивного права четче, полнее и убедительнее теоретически и целесообразнее, конструктивнее в практическом отношении. На основании разработанных теоретических положений В.К. Бабаев сформулировал следующее определение права: «Право — это система нормативных установок, опирающихся на идеи человеческой справедливости и свободы, выраженное большей частью в законодательстве и регулирующая общественные отношения»³.

Не случайно В.Н. Карташов в статье «Проблемы правопонимания в работах В.К. Бабаева и основные подходы к исследованию права», основываясь на сформулированных В.К. Бабаевым научных положениях, предлагает использовать более широкую комплексную методологию, включающую теологическое и историческое, философское и социологическое, формально-юридическое и психологическое, этическое и аксеологическое, экономическое и политическое, юридическое и иное обоснование. Такой подход не противоречит высказанным В.К. Бабаевым идеям, но, по его мнению, позволяет достаточно четко выделить существенные признаки права, его содержание и формы, показать научную, учебную и практически прикладную ценность⁴.

Логическое понимание права. В своих научных трудах В. К. Бабаев логическим проблемам права уделял особое внимание, опубликовал по указанной тематике большое число работ⁵. В представленной в сборнике статье «Логико-философская структура актов официального юридического толкования» исследователь А.С. Скрябин данное направление научной деятельности В.К. Бабаева назвал одним из ключевых⁶. Объяснение этому видится в том, что, по мнению В.К. Бабаева, «использование логических средств при изучении и объяснении права позволяет избежать противоречий при построении законодательства, построить логически непротиворечивую и тем самым эффективную систему права, согласовать позитивное, то есть существующее право, с требованиями естественного права, наконец, правильно и грамотно применить юридические нормы⁷. Действительно, исследование юридических явлений, познание объективно существующих закономерностей как теоретиками, так и практическими работниками невозможно без использования логических средств и способов уяснения правовой действительности. Уделяя особое внимание данной проблеме, В.К. Бабаев, обоснованно полагал, что структурные элементы оказывают воздействие на весь процесс интерпретационной деятельности, однако структура правовых явлений, связей между их элементами, а также юридическая практика как толкование права недостаточно полно и всесторонне изучены теоретиками.

*Правовые презумпции*⁸. Отметим, что презумпции в праве — это первая общетеоретическая работа, подготовленная В.К. Бабаевым, ставшая методологической основой для отраслевых юридических наук. Впоследствии российские и зарубежные ученые считали своим долгом делать ссылки на сформулированные в ней положения. Действительно, в теоретических изысканиях отдельных фунда-

¹ Теория государства и права. Курс лекций / Под ред. В.К. Бабаева. — Н. Новгород, 1993. — С. 113.

² Там же. — С. 114.

³ Там же. — С. 114.

⁴ См.: *Карташов В.Н.* Проблемы правопонимания в работах В.К. Бабаева и основные подходы к исследованию права // Актуальные проблемы теории и истории правовой системы общества: Сборник научных трудов / Отв. ред. В.Н. Карташов. — Ярославль, 2010. — Вып. 10. — С. 14—15.

⁵ См.: *Бабаев В.К.* Понятие логики права // Вопросы советского государства и права в свете решений XXIV Съезда КПСС: Межвузовский тематический сборник. — Иркутск, 1972. — Вып. 1—2. — С. 166—173; *Бабаев В.К.* Логика права: основные направления исследований // Проблемы теории социалистического государства и права. — М., 1977. — С. 122—124; *Бабаев В.К.* Логические проблемы социалистического права: Дис... д-ра юрид. наук. — Горький, 1980; *Бабаев В.К.* Советское право как логическая система: Учебное пособие. — М. 1978.

⁶ См.: *Скрябин А.Л.* Логико-философская структура актов официального юридического толкования // Актуальные проблемы теории и истории правовой системы общества: Сборник научных трудов / Отв. ред. В.Н. Карташов. — Ярославль, 2010. — Вып. 10. — С. 116.

⁷ См.: Теория государства и права: Учебник / Под ред. В.К. Бабаева. — М., 2006. — С. 25.

⁸ В 1969 году в Свердловском юридическом институте под руководством профессора С.С. Алексеева была защищена диссертация кандидата юридических наук на тему: «Презумпции в советском праве». В 1974 году после доработки научного материала В.К. Бабаев опубликовал монографию по теме исследования, содержание которой до сих пор не утратило своего научного и практического значения. Впоследствии указанная работа послужила основой для проведения отраслевых разработок особенностей и роли презумпций в различных сферах правового регулирования (*Кругликов Л.Л.* Презумпции в уголовном праве (в сфере ответственности за экономические и иные преступления) / Л.Л. Кругликов, Ю.Г. Зуев. — Ярославль, 2000; *Щекин Д.М.* Юридические презумпции в налоговом праве: Дис... канд. юрид. наук. — М., 2001; *Цуканов Н.Н.* Правовые презумпции в административной деятельности милиции: Дис... канд. юрид. наук. — Красноярск, 2003; *Сухинина И.В.* Презумпции в конституционном праве РФ: Дис... канд. юрид. наук. — М., 2003; *Кузнецова О.А.* Презумпции в российском гражданском праве: Дис... канд. юрид. наук. — СПб., 2004; *Сериков Ю.А.* Презумпции в гражданском судопроизводстве. — М., 2006; *Баранов В.М.* Презумпции истинности приговора: Монография / В.М. Баранов, М.П. Поляков, О.Н. Сычева. — Н. Новгород, 2010; *Пронина М.П.* Презумпции в современном российском праве: Дис... канд. юрид. наук. — Н. Новгород, 2010).

ментальных государственных и правовых явлений, выявления связей между ними, определении их места в механизме правового регулирования, особое положение занимает правовой феномен — презумпции. Правовые презумпции играют важную роль в правовой системе, поскольку представляют необходимый нормативный материал, обеспечивающий эффективность всех элементов правового регулирования, приобретая тем самым актуальное значение как для правотворчества, так и для правоприменения. Презумпции как универсальные юридические конструкции широко используются в различных отраслях права (гражданском, уголовном, налоговом, административном), они представляют собой закрепленное в праве положение юридически значимых явлений, позволяющих обеспечивать взаимосвязь и эффективность действий, учитывая реальные связи и зависимости.

Используя логико-философский подход к пониманию правовой презумпции, В.К. Бабаев определил ее как «закрепленное в нормах права предположение о наличии или отсутствии юридических фактов, основанное на связях между ними и фактами наличными и подтвержденное предшествующим опытом»¹. Сформулированные в исследованиях инструментальные положения о сущности, месте, роли правовых презумпций имеют важное общетеоретическое значение и нашли в дальнейшем подтверждение и развитие в различных видах юридической практики. Свидетельством этого является сформулированное определение правовых презумпций учеными применительно к различным отраслям права.

Так, О.А. Кузнецова под правовыми презумпциями понимает «прямо или косвенно закрепленное в правовой норме индуктивное вероятное положение, основанное на статистической связи презюмируемого факта с фактом действительным, касающегося обстоятельств, имеющих правовое значение, и влекущее правовые последствия, путем необходимости его применения при условии, что не будет доказано наличие противоположного предположения»². По мнению О.А. Курсовой, презумпция — это юридическое средство, выполняющее определенные функции и основанное либо на индуктивных обобщениях (опровергаемые и непроверяемые презумпции) либо экспериментальном моделировании (квазипрезумпции)³. Н.Н. Цуканов правовую презумпцию определяет как «закрепленную в норме права юридическую обязанность признать определенный (презюмируемый) факт при наличии факта исходного, пока иное не будет установлено правоприменительным решением компетентного субъекта»⁴. Д.М. Щекин изучая юридические презумпции в налоговом праве, пришел к выводу, что «правовая презумпция — это прямо или косвенно закрепленная в законодательстве и детерминированное целями правового регулирования общеобязательное суждение, имеющее вероятностную природу о наличии или отсутствии одного юридического факта при наличии другого юридического факта»⁵. М.П. Пронина полагает, что правовая презумпция это «закрепленное в правовой норме вероятностное опровержимое предположение о существовании юридического факта, основанное на статистически закономерной взаимосвязи между имеющимся фактом и предполагаемым»⁶.

Не остался без внимания правовой феномен презумпции и в трудах ярославских ученых, которые уделили ему особое внимание. Так, С.В. Бахвалов в статье «Правовые презумпции в правотворческой практике субъектов РФ» отмечает, что В.К. Бабаев, исследуя правовые презумпции, сформулировал понятие, определил логическую, политическую и правовую природу презумпций, выявил их место и роль в правовом регулировании, представил классификацию и характеристику отдельных видов правовых презумпций, установил соотношение правовых презумпций со сходными правовыми явлениями⁷. В статье «О презумпциях, фикциях и аксиомах в трудовом праве» А.М. Лушников и М.В. Лушникова обращают внимание на то, что правовые презумпции как юридические предположения представляют собой особой правовой прием регулирования общественных отношений, позволяющий единообразно и обоснованно разрешить типичную ситуацию неопределенности, обязывая субъекта в определенных условиях признать презюмируемый факт установленным (существующим)⁸.

¹ Бабаев В.К. Презумпции в советском праве. — Горький, 1974. — С. 13.

² Кузнецова О.А. Презумпции в российском гражданском праве: Дис... канд. юрид. наук. — Екатеринбург, 2001. — С. 28.

³ Курсова О.А. Фикции в российском праве: Дис... канд. юрид. наук. — Н. Новгород, 2001. — С. 84.

⁴ Цуканов Н.Н. Правовые презумпции в административной деятельности милиции: Дис... канд. юрид. наук. — Омск, 2001. — С. 55.

⁵ Щекин Д.М. Юридические презумпции в налоговом праве: Дис... канд. юрид. наук. — М., 2001. — С. 22.

⁶ Пронина М.П. Презумпции в современном российском праве: Автореф. дис... канд. юрид. наук. — Н. Новгород, 2010. — С. 7.

⁷ См.: Бахвалов С.В. Правовые презумпции в правотворческой практике Российской Федерации // Актуальные проблемы теории и истории правовой системы общества: Сборник научных трудов / Отв. ред. В.Н. Карташов. — Ярославль, 2010. — Вып. 10. — С. 72.

⁸ См.: Лушников А.М. О презумпциях, фикциях и аксиомах в трудовом праве / А.М. Лушников, М.В. Лушникова // Актуальные проблемы теории и истории правовой системы общества: Сборник научных трудов / Отв. ред. В.Н. Карташов. — Ярославль, 2010. — Вып. 10. — С. 28—38.

Изложенное позволяет сделать вывод о том, что каждый автор исходя из отраслевой принадлежности, старался привнести в дефиницию правовых презумпций свое понимание этого явления. Вместе с тем, разработанный В.К. Бабаевым методологический инструментарий общетеоретических основ в познании правовых презумпций активно используется учеными при исследовании правовых презумпций применительно к различным отраслям права, служит базой для их плодотворной работы. Объясняется это тем, что В.К. Бабаев в своем научном творчестве использовал не только общетеоретические источники, но и материалы отраслевых и прикладных дисциплин, правотворческую и правореализационную практику.

Формальная определенность права. Проблема формальной определенности правового регулирования несмотря на ее актуальность недостаточно изучена российскими учеными¹. Вместе с тем, формальную определенность В.К. Бабаев считал одним из важнейших специфических свойств права, вносящим строгость и четкость в общественный порядок, позволяющим избежать произвольного толкования и применения юридических норм, являющимся одним из условий совершенствования законодательства. Формальная определенность, по его мнению, это не только четкость, однозначность и лапидарность законодательных предписаний, но и эффективный регулятор общественных отношений, с помощью которого обеспечивается стабильность правопорядка².

Исследуя проблему формальной определенности, Е.В. Кискин обращает внимание на положение, сформулированное В.К. Бабаевым, согласно которому полная формализация нормативных предписаний невозможна. Для права как социального регулятора характерна только первая стадия — отвлечение от индивидуальных характеристик предметов и явлений, типизация моделей поведения и как результат данной стадии — достижение формальной определенности законоположения.

В.К. Бабаев, акцентируя внимание на том, что право не является строго формализованной системой, обоснованно разделял право и закон, считал формальную определенность свойством не права, а законодательства, таким образом, предостерегал от излишнего формализма в ущерб существу дела.

Рассматривая формальную определенность законодательства, В.К. Бабаев разграничивал формализацию как деятельность, предполагающую «большую творческую и техническую работу», а также как результат данной деятельности³, раскрывал ее средства, способы и процедуру. В своих научных разработках он давал формализации характеристику особого вида юридической технологии. Ее особенность состоит в том, что она требует использования языковых, правовых знаний, принципов, операций, средств, способов, методов и правил, обеспечивающих ясность и недвусмысленность правового регулирования. Анализируя средства обеспечения формальной определенности законодательства, В.К. Бабаев в качестве таковых называет: правовые понятия и их определения; правовые конструкции; юридическую терминологию; иные средства юридической техники (правовые презумпции, фикции)⁴. Представляется, что в современных условиях избранный подход в понимании формальной определенности следует признать оправданным.

Теоретические положения формальной определенности, разработанные В.К. Бабаевым, легли в основу исследования юридических принципов Е.В. Кискиным, позволили ему выделить основные функции правовых принципов и технологии юридической формализации⁵.

Правонарушение. Правонарушение (преступление) представляет собой сложное социальное, физиологическое и психологическое явление. По мнению В.К. Бабаева, «веками лучшие умы человечества ломали голову над причинами правонарушений в обществе и путями их устранения. На сегодняшний день эта проблема остается в юридической науке столь же сложной и противоречивой, как и ранее»⁶. Это связано с тем, что, во-первых, среди правонарушений резко возросло количество преступлений; во-вторых, увеличилось количество правонарушений, совершаемых несовершеннолетними, молодежью; в-третьих, появились новые виды правонарушений, которые ранее не были известны в обществе; в-четвертых, преступность приобрела профессиональный, организованный, между-

¹ См.: Кискин Е.В. Юридические принципы и формальная определенность // Актуальные проблемы теории и истории правовых систем общества: Актуальные проблемы теории и истории правовой системы общества: Сборник научных трудов / Отв. ред. В.Н. Карташов. — Ярославль, 2010. — Вып. 10. — С. 161—171.

² См.: Бабаев В.К. Формальная определенность и возможности формализации законодательства // Советское государство и права. — 1978. — № 4. — С. 44; Бабаев В.К. Понятие права // Общая теория права: Курс лекций. — Н. Новгород, 1993. — С. 122.

³ Бабаев В.К. Формальная определенность и возможности формализации законодательства // Советское государство и права. — 1978. — № 4. — С. 45.

⁴ Там же. — С. 49.

⁵ См.: Кискин Е.В. Юридические принципы и формальная определенность // Актуальные проблемы теории и истории правовых систем общества: Актуальные проблемы теории и истории правовой системы общества: Сборник научных трудов / Отв. ред. В.Н. Карташов. — Ярославль, 2010. — Вып. 10. — С. 161—171.

⁶ Теория государства и права / Под ред. В.К. Бабаева. — М., 2006. — С. 531.

народный характер. Объясняется это новыми социально-экономическими и политико-правовыми условиями, в которые вступило российское общество¹.

Исследуя проблему правонарушения, он отмечал, что до сих пор в отечественной правовой литературе не прекращаются споры о том, являются ли проступки общественно опасными или таковыми являются лишь преступления, как наиболее тяжкий вид правонарушения. Так, изучая условия, формирующие причину правонарушений, усиливающих или ослабляющих ее действие, В.К. Бабаев выделяет следующие: низкий уровень материальной жизни населения, низкий уровень правовой культуры людей, кризис морали, алкоголизм и наркомания, несовершенство законодательства, недостаточно эффективная работа правоохранительных органов. По его заключению, указанный перечень условий, формирующих причину правонарушений не является исчерпывающим, он постоянно меняется в зависимости от особенностей развития общества. Подтверждением этому могут служить провоцируемые национальные конфликты, обострение национальных отношений. В статье «Психологические факторы в структуре элементов механизма детерминации этнических конфликтов и противоправной деятельности» Н.В. Кузьмина, основываясь на теоретических положениях, разработанных В.К. Бабаевым, отмечает, что «в России и других странах современного мира до сих пор происходят процессы традиционно-национального возрождения, которые несут в себе значительную криминогенную опасность, влияют на расширение сфер действия этнических конфликтов и увеличение объема этнических правонарушений (преступлений и пр.) в общей структуре противоправной деятельности»². По мнению Н.В. Кузьминой, этнические конфликты и этническая противоправная деятельность (преступления и т. п.) как сложное явление, обусловленное целой системой детерминант объективного и субъективного характера. Все это требует более детальных эмпирических и теоретических разработок³.

В аннотации к сборнику указывается, что в нем помещены статьи, охватывающие лишь небольшой круг проблем, постоянно интересовавших В.К. Бабаева. Материалы данного сборника рекомендуются всем, кому небезразлично юридическое наследие Владимира Константиновича Бабаева, кто учился и учится у него, постигая тайны юриспруденции.

¹ См.: Теория государства и права: Учебник / Под ред. В.К. Бабаева. — М., 1999. — С. 405.

² Кузьмина Н.В. Психологические факторы в структуре элементов механизма детерминации этнических конфликтов и противоправной деятельности // Актуальные проблемы теории и истории правовых систем общества: Сборник научных трудов / Отв. ред. В.Н. Карташов. — Ярославль, 2010. — Вып. 10. — С. 79.

³ См. там же. — С. 90.

О.Б. Купцова

Купцова Ольга Борисовна — кандидат юридических наук, доцент кафедры государственно-правовых дисциплин Нижегородской академии МВД России

Преемственность в функциях государства

Исследование преемственности длительное время привлекает внимание правоведов, но так и не получило своего всестороннего обоснования. Весьма существенный вклад в изучение данного правового феномена внес известный ученый-теоретик права В.К. Бабаев. Он, осуществляя исследование права как единой и противоречивой системы, отмечал, что характеристика права неразрывно связана с анализом действия в сфере государственно-правовых явлений закона отрицания отрицания, в основе которого лежит разрешение противоречий¹.

Государство также носит системный характер. Позиционируя его как целостную динамическую систему, надо отметить, что в качестве основных ее элементов следует назвать функции государства, историческое и поступательное развитие которых также носит диалектический характер и подчиняется закону отрицания отрицания.

Функции государства являются реальными путями реализации государственной идеи, тех законодательных и, прежде всего, конституционных положений, где фиксируются статика и динамика государства и гражданского общества². Так как функции связаны с целевыми ориентирами государства, отрицание непреходящего характера правовых ценностей, выработанных длительной историей человечества, пренебрежение преемственными связями, объективно существующими между различными этапами развития права и государства, делают крайне проблематичным возможность выбора верных стратегических линий взаимосвязи истории и современности страны, определения правильных ориентиров на будущее³. Перечисление этих причин предопределяет, что исследование закономерностей преемственности функций государства представляет определенную научную ценность.

Определяясь с основными постулатами, на которых будет базироваться данная работа, отметим, что анализируемый закон представляет собой один из законов диалектики. Цитируя К. Маркса, следует отметить, что диалектическое развитие можно раскрыть как «развитие, как бы повторяющее пройденные уже ступени, но повторяющее их иначе, на более высокой базе (отрицание отрицания), развитие, так сказать, по спирали, а не по прямой линии... взаимозависимость и теснейшая, неразрывная связь всех сторон каждого явления (причем, история открывает все новые и новые стороны), связь, дающая единый, закономерный мировой процесс движения — таковы некоторые черты диалектики...»⁴.

Отрицание при этом, по Г. Гегелю, представляет собой единство трех основных моментов: 1) преодоление старого; 2) преемственность в развитии; 3) утверждение нового. Отрицание отрицания в двойном виде включает в себя эти три момента и характеризует цикличность развития. Г. Гегель в трактовку закона отрицания отрицания внес качественно новое толкование категории «преемственность». Он впервые придал ей значение объективной необходимости в процессе развития. Преемственность он показывает как объективную закономерность, как внутреннюю связь между тем, что было в прошлом и тем, что сбережено, не уничтожено в процессе развития и проявилось в настоящем⁵.

Данное исследование не ставит целью рассмотрение и анализ соотношения преемственности со смежными правовыми категориями. Следует отметить, что в современной науке имеются три основные концепции соотношения преемственности и рецепции в праве: «пропреемственная», «прорецептивная» и «негативная». Представители пропреемственного направления в качестве основного начала выделяют преемственность в праве, понимая рецепцию в праве как ее вид, прорецептивное направление отдает первенство рецепции, понимая преемственность в праве в качестве разновидности рецепции либо ее элемента. В рамках негативной концепции нашли отражение подходы, отождествляющие спорные категории. Содержательный и логический анализ категорий «преемственность в праве» и «рецепция» позволил сформулировать теоретическое положение о том,

¹ Бабаев В.К. Советское право как логическая система. — М., 1978. — С. 70.

² Бабаев В.К. Функции современного Российского государства: Учебное пособие / В.К. Бабаев, С.В. Бабаев. — Н. Новгород, 2001. — С. 6.

³ Рыбаков В.А. Преемственность в отечественном праве в переходный период: общетеоретические вопросы: Автореф. дис... канд. юрид. наук. — Омск, 2009. — С. 2.

⁴ Цит. по: Хрестоматия по философии: Учебное пособие / Сост. П.В. Алексеев. — М., 2009. — С. 462.

⁵ Рябинин Н.А. Преемственность государственности: Дис... канд. юрид. наук. — Екатеринбург, 2001. — С. 49.

что под преемственностью в праве следует понимать усвоение, сохранение своего собственного правового опыта, накопленного предшествующим историческим развитием, под рецепцией — процесс заимствования одним государством опыта правового регулирования национальной правовой системы другого государства¹.

В качестве методологической предпосылки исследования, возьмем за основу позицию В.К. Бабаева, который выделял два неразрывно связанных между собой элемента процесса отрицания: а) устранение старого, отжившего или не отвечающего изменившимся условиям; б) сохранение старого положительного, ценного, того, что необходимо для прогрессивного развития². Рассматривая отрицание в функциях государства, следует отметить, что инициирует этот процесс изменение целевых ориентиров государства, так как функции представляют собой глобальные направления деятельности, которые реализуются для достижения целей и задач государства.

Применительно к праву особенность, в силу которой устраняются отжившие, непригодные элементы и воспринимаются положительные, содействующие развитию государственно-правовых явлений, обусловлена, с его точки зрения, двумя обстоятельствами:

- 1) тесной связью права и государства с базисом;
- 2) классовым характером права.

Продолжая полемику, этот ученый отмечает, что из всех элементов надстройки право наряду с государством имеет наиболее ярко выраженный классовый характер. Именно этим обуславливается сложность и противоречивость как самого процесса восприятия юридических положений прошлых правовых систем новыми, так и трудность исследования данной проблемы. Элементы старой правовой надстройки рассматриваются через призму классовых интересов и с этих позиций признаются либо ненужными и подлежат ликвидации, либо полезными и воспринимаются новым общественным укладом³.

Вместе с тем, следует отметить, что не все положения исследований преемственности в праве можно экстраполировать на преемственность в функциях государства. С одной стороны, как отмечает Н. Неновски, функция государства отличается двойственной природой⁴. Следует предположить, это предопределяет возможность возникновения между ними ряда противоречий. Но, вместе с тем, Г. Еллинек справедливо отмечал, что трудно представить себе государство, вся деятельность которого была бы связана государственными нормами⁵. В продолжении аргумента отметим, что Р. Иеринг полагал, что государство дает индивиду несравненно больше, чем право⁶. Полагаем, что преемственность государственных явлений характеризуется рядом особенностей, в частности достаточно велика зависимость инициирования или осуществления процесса отрицания от социального фактора. В государстве субъект социального отрицания, то есть общественная сила, которая осуществляет действие — социальные группы, классы, народ, само государство, партии⁷. Эта группа зачастую более обширна, чем при отрицании правовых явлений. Кроме того, при реализации функций государства преемственность может проследиваться между государственными и негосударственными институтами, например, между правовыми и неправовыми формами осуществления функций государства.

Рассмотрим основные проявления преемственности в функциях государства:

Во-первых, поступательно изменяется содержание существующих функций государства. Существует точка зрения, в соответствии с которой с переходом на новый этап развития государства, происходит полная или частичная замена его функций. В других интерпретациях этот процесс называют отмиранием функций старой системы. Ошибочность данных подходов состоит в том, что их авторы поднимают понятие функций государства понятием целей и задач государства⁸. Таким образом, как это было рассмотрено выше, в связи с изменением целей и задач государства изменяются не функции, а их содержание. В советском государстве рассматривался вопрос о классовых и общесоциальных функциях государства. Н.В. Черноголовкин ввел в оборот понятия «функции, призванные разрешить противоречия антагонистического характера» и «функции, направленные на разрешение неантагонистических противоречий»⁹. В.М. Сырых справедливо отмечает, что современное государство ставит во главу своей деятельности реализацию и развитие общесоциальных функций, тогда как общеклассовые функции уходят на второй план, либо исчезают вовсе. По поводу исчезновения общеклас-

¹ См.: *Фольгерова Ю.Н.* Преемственность и рецепция в конкурсном процессе стран Западной Европы и России: историко-сравнительный анализ: Дис... канд. юрид. наук. — Киров, 2008. — С. 10.

² См.: *Бабаев В.К.* Советское право как логическая система. — М, 1978. — С. 70.

³ См. там же. — С. 73.

⁴ См.: *Неновски Н.* Преемственность в праве. — М, 1977. — С. 61.

⁵ См.: *Еллинек Г.* Общее учение о государстве. — СПб, 2004. — С. 588.

⁶ См.: *Иеринг Р.* Цель в праве // Хрестоматия по философии: Учебное пособие / Сост. П.В. Алексеев. — М, 2009. — С. 753.

⁷ См.: *Литвинович Ф.Ф.* Преемственность в праве: вопросы теории и практики. — Уфа, 200. — С. 16.

⁸ См.: *Рябинин Н.А.* Преемственность государственности: Дис... канд. юрид. наук. — Екатеринбург, 2001. — С. 66.

⁹ *Черноголовкин Н.В.* Теория функций социалистического государства. — М., 1970. — С. 127.

совых функций вряд ли можно согласиться с автором, так как общество неоднородно и в нем всегда будут существовать определенные группы, которые будут стремиться к власти или повлиять на властные отношения.

Как справедливо отмечает Н.А. Рябинин, существующий механизм обновления функций не отрицает их содержание полностью, а лишь, преобразуя, наполняет их новым содержанием, выдвигает на первый план некоторые из них¹. В поддержку данной позиции следует отметить высказывание С.Л. Франка, который отмечал, что отрицание само не может быть в абсолютном смысле отрицаемо, но оно должно быть преодолено в своей абсолютности, с сохранением своего положительного значения².

Проанализируем изменение содержания на примере экономической функции государства. В Советском государстве в содержание экономической функции государства (или, как их называли в то время, экономических функций государства) входило: руководство социалистическим производством, охватываемое планированием, оперативное управление, распределение национального дохода, было плановое материально-техническое снабжение, регулировалось народное потребление и осуществлялась деятельность по управлению производством³.

Излишнее жесткое планирование и правовое воздействие на экономическую сферу привело к кризисным явлениям.

В дальнейшем осуществился процесс снижения вмешательства государства в сферу экономики. Данные меры осуществлялись в период реформ и базировались на выводах и положениях неоллиберализма, с точки зрения этого учения, рынок решит все проблемы, стоящие перед обществом, и вмешательства государства в сферу экономических отношений не требуется. Была осуществлена массовая приватизация, многие общественные институты были переданы в частные руки. Также осуществилась либерализация цен в Российской Федерации, которая была введена Указом Президента РСФСР от 3 декабря 1991 года № 297 «О мерах по либерализации цен»⁴ и Постановлением Правительства РСФСР от 19 декабря 1991 года № 55 «О мерах по либерализации цен»⁵. Только по прошествии почти четырех лет беспредела, лишь в 1995 году, с большим опозданием была сделана попытка регулирования цен на основной перечень товаров, работ, услуг, осуществленная Указом Президента РФ «О мерах по упорядочению государственного регулирования цен (тарифов)» от 28 февраля 1995 года № 221⁶ и, позже, Постановлением Правительства РФ от 7 марта 1995 года № 239 «О мерах по упорядочению государственного регулирования цен (тарифов)»⁷. Данная политика показала свою несостоятельность и привела к кризисным явлениям, что подтвердило, что государственное регулирование является необходимым аспектом взаимодействия государства и общества в экономической сфере, необходимо лишь изменить глубину его воздействия.

В условиях новой парадигмы развития государства и экономики все же произошел возврат к государственному планированию, но оно получило новое видение и новые пределы. Содержание экономической функции современного государства сводится не только к государственному воздействию на экономику с целью достижения желаемого результата, но и к взаимодействию субъектов, оказанию поддержки и взаимовыгодного сотрудничества.

Ориентируя экономическую функцию государства не на регулируемые рыночные отношения, а на саморегулирующуюся экономику с неотъемлемым государственным воздействием и взаимодействием государственных и негосударственных институтов, в содержании экономической функции современного Российского государства можно выделить следующие элементы: правовое обеспечение процесса трансформации и функционирования экономических отношений; обеспечение условий для развития всех форм собственности; формирование конкурентной среды; поддержка и содействие в формировании инфраструктуры экономической системы; поддержка малого предпринимательства как доминирующего института рыночной экономики; государственное экономическое планирование; экономическая стабилизация; обеспечение функционирования государственного сектора экономики; обеспечение экономической безопасности; регулирование внешнеэкономической деятельности.

Тем не менее, стоит заметить, что не все функции государства с течением времени получили свое позитивное воплощение через процесс отрицания отрицания. Обращаясь к научным исследованиям, следует обратить внимание на результаты преемственного развития, рассматриваемые на примере российской государственности. Н.А. Рябинин отмечает, что целесообразно разделить их на две основные группы по критерию их прогрессивности: тенденции, способствующие прогрессивному раз-

¹ Рябинин Н.А. Преемственность государственности: Дис... канд. юрид. наук. — Екатеринбург, 2001. — С. 67.

² Хрестоматия по философии: Учебное пособие / Сост. П.В. Алексеев. — М., 2009. — С. 491.

³ Цивадзе Д.Ю. Развитие экономических функций советского государства. — М., 1970. — С. 42.

⁴ Ведомости СНД РСФСР и ВС РСФСР. — 1991. — № 52. — Ст. 1878.

⁵ СП РФ. — 1992. — № 1—2. — Ст. 8.

⁶ Собрание законодательства РФ. — 1995. — № 10. — Ст. 859.

⁷ Собрание законодательства РФ. — 1995. — № 11. — Ст. 997.

витию и тенденции, являющиеся факторами, затормаживающими ее развитие¹. Сходную позицию высказывает Г.В. Швеков, выделяя прогрессивную и реакционную преемственность в праве².

Думается, что данные положения можно применить и к перспективам преемственности в функциях государства и постулировать, что преемственность функций может иметь как позитивные, так и негативные последствия. Не случайно отмечается, что преемственность аккумулирует результаты развития и, вместе с тем, заключенные в них нереализованные возможности³.

В этом случае имеются в виду ситуации, когда государство самоустраняется от осуществления своих функций. Существуют и более резкие суждения, такие как утверждения о том, что современное Российское государство игнорирует целый ряд присущих ему функций⁴. Например, В.К. Бабаев отмечал, что такая ситуация складывается с политической функцией государства⁵. Аналогичная проблема существует в сфере реализации идеологической функции государства, которая неоправданно утратила свое бывшее существенное значение. Эту функцию следует отметить особо. В настоящее время в России нет официально закрепленной государственной идеологии, что является результатом негативной реакции демократического общества страны на статью 6 Конституции СССР от 7 октября 1977 года и Конституции РСФСР от 12 апреля 1978 года, закреплявшей руководящую роль КПСС и коммунистическую идеологию в качестве государственных. В этом случае негативизм от способов и методов реализации данной функции вызвал крайнюю степень ее отрицания. До сих пор не существует единой официальной государственной идеологии, кроме того, статья 13 Конституции РФ запрещает ее создание. Вместе с тем, не следует полагать, что данная функция деградирует и исчезнет окончательно. Полагаем, что критическая ситуация объясняется тем, что отрицание представляет собой диалектический процесс, протяженный во времени. И учитывая тот факт, что государство представляет собой явление идеологическое, одноименная функция рано или поздно получит свое достойное воплощение, но на основании действия закона отрицания отрицания в основе ее будет иное содержание и осуществляться она будет преимущественно методами убеждения.

Во-вторых, прослеживается устойчивая тенденция возникновения новых функций государства в процессе перерастания уровня реализации функций органами государства. В этом случае отрицанию подвергается узкая сфера деятельности государственных органов по реализации проблем, возникающих перед обществом. Рассмотрим данную закономерность на примере информационной функции государства. В исследованиях советского периода таковая даже не упоминалась. В аспекте современности, как отмечает А.Н. Васенина, специфика генезиса информационной функции государства заключается в том, что до последнего времени она существовала в дофункциональном состоянии на уровне функций государственных органов⁶. С развитием информационной сферы общества возникли ряд новых общественных отношений. В итоге появилась потребность в ее полноценном и эффективном управлении. В связи с этим путем расширения деятельности государства в данной сфере имеет смысл вести речь о самостоятельной информационной функции государства.

Иной пример — один из основных видов деятельности государственных органов — государственный контроль и надзор. Сегодня он наполнен гораздо большим, сложным и важным политико-правовым содержанием, существенно изменилась и продолжает меняться его роль в государственном управлении⁷. Данные обстоятельства предопределили появление новой контрольно-надзорной функции государства. Аналогичный механизм возникновения имеют и иные новые (причем далеко не бесспорно выделяемые) функции государства — федеративная функция государства⁸, антикоррупционная функция государства⁹ и некоторые другие. Этот перечень возникающих функций не может быть закрытым по причине постоянного развития государства и общества.

В-третьих, поступательно расширяется спектр методов осуществления функций государства, они стали более дифференцированными и универсальными. Думается, что причина этого явления кроется не только в отрицании их неприемлемого для современного государства содержания и использования, а также в тенденции все большего сближения и взаимозависимости функций государства.

¹ См.: Рябинин Н.А. Преемственность государственности: Дис... канд. юрид. наук. — Екатеринбург, 2001. — 191.

² См.: Швеков Г.В. Преемственность в праве. — М., 1983. — С. 15.

³ См.: Литвинович Ф.Ф. Преемственность в праве: вопросы теории и практики. — Уфа, 2000. — С. 19.

⁴ См.: Буховец А.Н. Идеологическая функция государства: Дис... канд. юрид. наук. — М., 2002. — С. 28.

⁵ См.: Бабаев В.К. Функции современного Российского государства: Учебное пособие / В.К. Бабаев, С.В. Бабаев. — Н. Новгород, 2001. — С. 11.

⁶ См.: Васенина А.Н. Информационная функция современного Российского государства: Дис... канд. юрид. наук. — Н. Новгород, 2007. — С. 30.

⁷ См.: Пожарский Д.В. Контрольно-надзорная функция современного государства: Автореф. дис... канд. юрид. наук. — М., 2004. — С. 3.

⁸ См.: Штукин В.В. Федеративная функция современного государства: сравнительный анализ российского и германского опыта: Дис... канд. юрид. наук. — М., 2002.

⁹ См.: Аكوпова С.Н. Антикоррупционная функция Российского государства и гражданского общества: проблемы теории и практики: Дис... канд. юрид. наук. — Пятигорск, 2007.

Отметим основные тенденции. В плане осуществления современных функций государства более широко трактуется метод принуждения. Сегодня он не ограничивается только негативным принуждением. Позитивное принуждение как создание практической невозможности неподчинения такой совокупности условий и ситуаций, когда субъект лишен возможности действовать по-другому либо не установлен иной порядок¹, способствует более широким возможностям его применения в экономической сфере, в частности, налоговом регулировании.

Кроме того, триада основных методов осуществления функций государства — убеждение, принуждение и поощрение — сегодня требует дополнения, и имеет смысл вести речь о таком самостоятельном методе осуществления функций государства, как метод координации. Это обусловлено спецификой функционирования современного государства, в котором координирующее взаимодействие является неотъемлемым элементом. Координация необходима в целях приведения в единую систему совокупности реализации своих полномочий в процессе деятельности органов государства для достижения функционирования государства как целостности. Также координирование лежит в основе взаимодействия государства и общественных институтов в процессе осуществления функций государства. Не зря еще Б.А. Кистяковский отмечал, что «само современное государство основано на компромиссе»². Ранее координация использовалась преимущественно в политической сфере государственного воздействия. В настоящее время этот метод используется во многих функциях государства. Например, в сфере обороны имеет место приоритетность не военных, а политических средств обеспечения безопасности. Содержание функции Советского государства по защите отечества состояло преимущественно в решении задачи подавления сопротивления свергнутых эксплуататорских классов, обеспечения полной победы социализма в СССР³.

В заключение следует отметить, что, исходя из опыта государственно-правового развития в настоящем и прошлом можно с уверенностью сказать, что перспективы развития государства и права в будущем будут определяться по образу и подобию прошлого и настоящего, не некими глобализированными и унифицированными моделями, а национальным многообразием и внутренней логикой развития и совершенствования государства и права⁴. Учет преемственности позволяет выявить закономерности исторического развития старых функций, присущих государству с момента их возникновения, а также обобщить опыт становления и развития новых функций⁵.

¹ Бабаев В.К. Функции современного Российского государства: Учебное пособие / В.К. Бабаев, С.В. Бабаев — Н. Новгород, 2001. — С. 78—79.

² Кистяковский Б.А. В защиту права (интеллигенция и правосознание) // Вехи. Интеллигенция в России: Сборник статей (1909—1910). — М., 1992. — С. 118.

³ Утяшов Э.К. Функция обороны от нападения извне современного Российского государства : Дис... канд. юрид. наук. — Саратов, 2000. — С. 55-56.

⁴ Аверин А.В. Философия права: Курс лекций / А.В. Аверин, И.А. Гобозов, А.Г. Гузнов; Отв. ред. М.Н. Марченко: В 2 т. — М, 2011.

⁵ Рябинин Н.А. Преемственность государственности: Дис..... канд. юрид. наук. — Екатеринбург, 2001. — С. 62—63.

Т.В. Леднева

Леднева Татьяна Владимировна — аспирант юридического факультета Нижегородского государственного университета имени Н.И. Лобачевского

Преемственность цензовой демократии: сущность и политико-юридические перспективы

Современный период отмечен скачкообразным и мощным усложнением социальной жизни. Развитие разнообразных форм собственности, возникновение различных политических партий и общественных движений, новые возможности высказывать и отстаивать разные точки зрения, возникновение демократического политического, идейного, эстетического и этического плюрализма — все эти благотворные факторы раскрепощения общества и личности понуждают человека воспринимать и осознавать значительно больший объем самой разнородной информации и более четко, осмысленно и ответственно вырабатывать свою собственную позицию по значительно большему, нежели ранее, кругу вопросов социальной жизни. В этих условиях ведущей тенденцией модернизации современной российской системы государственного управления является повышение социальной ценности и эффективности правового воздействия.

Юридические цензы, будучи одними из наиболее заметных и активно функционирующих феноменов, оказывают весомое воздействие на ход демократических преобразований и результаты правового регулирования социальной действительности.

Вместе с тем, в юридической науке и практике, сферах политики и публицистики, иных сферах бытия и познания не сложилось единого представления о роли ценза для процессов формирования гражданского общества, укрепления доверия граждан к государственной политике.

Традиционно ценз определяется как допуск: «Ценз — условие, допускающее человека к пользованию теми или иными политическими правами»¹, или как ограничение: «Ценз — условие, ограничивающее допущение лица к осуществлению прав»². В-третьих, — в качестве предпосылки: «Ценз — установленный конституцией или законами критерий, необходимый для реализации гражданами своих социально-экономических и политических прав»³.

Наличие мировоззренческой противоречивости — источник необоснованной критики полезности и востребованности цензов, предпосылка манипулирования данным инструментарием.

Отсутствие должного научного внимания со стороны юридической общественности к использованию цензовых требований, сферам их применения, процедурам отмены и приостановления действия на практике порой оборачивается нарушениями демократических устоев, прав и законных интересов граждан. На это указывалось, в том числе, высшим руководством государства. В Послании Президента РФ от 30 марта 1999 года «Россия на рубеже эпох» (О положении в стране и основных направлениях политики Российской Федерации)⁴ отмечалось, что «в ходе выборов в субъектах Российской Федерации выявились факты, когда нормы регионального избирательного законодательства нарушают права и свободы граждан. Широко распространенным явлением стало введение ограничений пассивного избирательного права: требование постоянного проживания на территории субъекта Федерации, знание национального языка и другие. Поэтому в 1994—1998 годах шла борьба за ликвидацию правовых коллизий между нормами федерального и регионального избирательного законодательства, за вытеснение неправомерно установленных избирательных цензов».

Совершенствование цензовых требований немыслимо вне широкого общественного обсуждения, без привлечения к этому процессу всех политических и социальных институтов. Волюнтаризм и некомпетентность в модернизации цензов разрушают общую систему функционирования демократии. Цензовая демократия подразумевает наличие преемственности в развитии всех институтов общества на основе стабильности и предсказуемости предъявляемых к их функционированию требований, лишенных субъективного, временного, а нередко и политико-популистского характера.

В обыденном лексиконе, как впрочем и научном, укоренилось представление о цензе как о субъективном критерии, которому должен соответствовать человек (гражданин), чтобы пользоваться

¹ См.: Ожегов С.И. Толковый словарь русского языка / С.И. Ожегов, Н.Ю. Шведова. — М., 1993. — С. 861; Иллюстрированный энциклопедический словарь / Ред. кол.: В.И. Бородулин, А.П. Горкин, А.А. Гусев, Н.М. Ланда и др. — М., 1995. — С. 761.

² Толковый словарь русского языка: В 4 т. / Под ред. Д. Ушакова. — М., 1996. — Т. 4. — С. 1214.

³ Большая юридическая энциклопедия. — М., 2008. — С. 655.

⁴ Российская газета. — 1999. — 31 марта.

соответствующим правом. На наш взгляд, это узкая трактовка цензов, которая не позволяет охватить в едином понятии всю гамму требований и условий, зафиксированных российским законодательством.

Природа юридических цензов характеризуется как четко выраженным естественно-правовым характером (пол, возраст), так и позитивно-правовыми началами (ценз оседлости, ценз образования). Достаточно часто обнаруживаются переплетения этих начал юридических цензов, например, в языковом цензе, цензе здоровья.

Однако есть у феномена «ценз» и объективный ракурс. В объективном смысле под цензом следует понимать совокупность критериев (требований, условий), предъявляемых не непосредственно к субъекту с позиции его прирожденных психологических и физиологических особенностей, а с позиции приобретенных признаков, определяемых родом и (или) результатами деятельности, осуществляемой в индивидуальном или в коллективном качестве. К числу таковых относится, например, ценз стажа работы в конкретной области трудовой деятельности. К разряду объективных цензов следует отнести условия, определяющие легитимность и легальность осуществления определенного рода деятельности. В данном случае речь идет не только о наличии у физических лиц определенных навыков (профессиональных) умений, но и о наличии условий осуществления деятельности.

Вместе с тем, несмотря на доступность понимания того, что означает ценз, практическая реализация данного феномена наталкивается на ряд трудностей, преодоление которых возможно только путем последовательной демократизации государства.

Во-первых, демократизация позволяет устранить ситуации произвольного введения цензов в качестве условия осуществления определенной детальной или реализации полномочий.

Общепризнано, что для многих специфических сфер деятельности необходимым условием является наличие у гражданина соответствующего узкопрофильного образования. Подобный подход справедлив, однако только отчасти. Строгая образовательная профилизация не всегда оказывается целесообразной и обоснованной. Так, например, для участия в судебном процессе не требуется наличия у всех субъектов исключительно юридического образования. Только для определенной категории лиц, участвующих в процессе, юридическое образование выступает квалифицирующим признаком, подтверждающим компетентность для соответствующего рода деятельности. К ним относятся судьи, государственные обвинители, адвокаты.

Цензы выступают одним из превентивных средств, препятствующих и профилирующих нарушения социального равновесия во всех его проявлениях. Будучи элементом правового регулирования, цензы дозируют, препятствуют либо контролируют «проникновение» субъективного фактора в пределы объективной целесообразности. Только при наличии демократических устоев практическое освоение разнообразных цензовых технологий способствуют становлению «жизнеспособного» гражданского общества, эффективному восприятию и позитивному отношению граждан к реализации законодательства, развитию действительно конкурентной демократии.

Во-вторых, демократизация позволяет устранить необоснованные ссылки на наличие или отсутствие цензов, что порой служит средством прикрытия незаконной деятельности.

В социальном мировоззрении цензы преимущественно оцениваются негативно, как явление, деформирующее общее равноправное состояние, базирующееся на выборе оснований дифференциации исключительно по субъективным основаниям.

В известной мере такая оценка закономерна, учитывая исторические примеры злоупотреблений методологией, практикой и техникой цензирования, в частности, в системе взаимоотношений человека и государства. Однако в настоящее время в условиях укрепления действительной демократии роль цензов из инструмента политической борьбы все более трансформируется в технико-юридическое средство обеспечения взаимовыгодных, равноправных, квалифицированных, профессионально пригодных по составу участников социальных отношений.

Первоочередной задачей, которая решается посредством цензов, выступает определение смысла, содержания и условий реализации субъективных прав и юридических обязанностей. Право на свободный выбор деятельности не корреспондирует обязанности государства предоставить выбранную деятельность. Обязанностью государства является взаимное согласование ориентации субъектов на свободное распоряжение своими способностями. Отсюда следует, что цензы выступают стимулирующим фактором развития новых отраслей права — банковского, корпоративного, образовательного права.

В-третьих, в условиях демократии открываются возможности закрепления объективных и четких законодательных критериев применения цензовых требований, вследствие чего обеспечивается их соблюдение.

В статье 331 Трудового кодекса право на занятие педагогической деятельностью обусловлено реализацией образовательного ценза: «К педагогической деятельности допускаются лица, имеющие образовательный ценз, который определяется в порядке, установленном типовыми положениями об

образовательных учреждениях соответствующих типов и видов, утверждаемыми Правительством Российской Федерации»¹.

Иными словами, Кодекс определяет, что не все лица могут быть допущены к педагогической деятельности, а лишь имеющие определенный образовательный ценз. Однако это вполне понятное и логичное указание на практике сопровождается «вольной» интерпретацией.

Дело в том, что содержание образовательного ценза, юридических механизмов его установления и реализации, Кодекс обходит молчанием. Подобная пробельность, по мнению законодателей, должна устраняться соответствующими типовыми положениями. Вместе с тем, ни одно из ныне действующих положений не содержит упоминаний о цензах, не говоря уже о детально проработанном механизме их реализации.

Именно по причине отсутствия четкой системы образовательных цензов, зафиксированных на законодательном уровне, в России продолжается «бум» коммерческого образования. Коммерциализация образования привела к резкому падению как уровня образованности населения, так и социального престижа дипломированного специалиста.

Для Российского государства существенно не столько декларирование и обоснование необходимости перехода к модели политической демократии в различных ее базовых модификациях и сочетаниях, как практическое освоение идей стабильного, поступательного диалога общества и государства. Это особенно актуально в условиях конкуренции старых и новых общественных стереотипов и моделей поведения, путей их ограничения и актуализации. Тем более, когда еще остается открытым вопрос относительно того, какие возможности и тенденции будущего развития заключены и вытекают из применения той или иной цензовой технологии для конкретного сегмента российского социума.

Цензовые требования при должном научном обеспечении и грамотном методологически обеспеченном применении способствуют становлению действительно жизнеспособного гражданского общества, эффективному восприятию и позитивному отношению различных поколений граждан к государству. Следует согласиться с Ю. Шипковым, что «государство призвано ограничивать агрессивные импульсы человека и вместе с тем дать простор продуктивным реализациям. Это делается за счет измерения человеческого поведения общей меркой, невзирая на национальную или имущественную принадлежность. Важно предупредить возможный ущерб человеку со стороны другого человека по совершенно формальным признакам действия, облегчить совершение благого дела»².

Эффективность и востребованность цензовых условий для функционального объединения либо идентификации принадлежности субъектов к определенной группе отражают не только уровень социальной значимости и специфичность (опасность, напряженность, затратность) той или иной сферы отношений, но и ее долговременность и стабильность. В этой связи преемственность реализации цензов — одна из основ общенормативной фиксации дифференцированного уровня и степени потенциальной (презюмируемой) способности (годности) участников к социально полезному виду взаимодействия. Подобная преемственность позволяет отделить мнимые способности от реальных и, тем самым, достичь обоснованности выбора. Еще в начале XX века. И.А. Ильин писал, что «справедливость требует, чтобы право поддерживало равенство и равновесие между людьми, поскольку это необходимо для того, чтобы каждый мог вести достойное существование. Право не должно упускать из виду, что каждый человек, кто бы он ни был, как бы ни был ограничен в своих силах и способностях, имеет безусловное духовное достоинство и что в этом своем человеческом достоинстве каждый человек равен другому»³.

¹ Собрание законодательства РФ. — 2002. — № 1. — Ст. 3.

² Шипков Ю. Нация и государство с точки зрения // Свободная мысль. — 1993. — № 1. — С. 118.

³ Ильин И.А. Теория права и государства / Под ред. и с предисл. В.А. Томсинова. — М., 2003. — С. 94.

С.В. Липень

Липень Сергей Васильевич — кандидат юридических наук, доцент, начальник кафедры теории и истории государства и права Академии МВД Республики Беларусь

Преемственность в развитии юридической науки как аспект общей проблемы преемственности в праве

Понятие «преемственность в праве» выработано и исследовано еще марксистско-ленинской теоретической и исторической юридической наукой¹. Преемственность в праве означает связь между разными этапами (степенями) в развитии права как социального явления, суть этой связи состоит в сохранении определенных элементов или сторон права (в его сущности, содержании, форме, структуре, функциях и др.) при соответствующих его изменениях². Проблема преемственности рассматривалась в связи с проблемами сущности, типологии, развития, прогресса права. Анализировалось соотношение преемственности в праве с понятиями «правовое наследие», «рецепция права». Изучалась преемственность в праве различных общественно-экономических формаций (рабовладельческое, феодальное, буржуазное и социалистическое право), преемственность в развитии социалистического права.

Обычно говорили о том, что социалистическое право является высшим типом права, и оно коренным образом отличается от предшествующих типов, поскольку выражает волю сначала большинства общества — рабочего класса и его союзника — крестьянства, а затем — всего народа. Революционное отрицание правовой надстройки — важнейшая закономерность генезиса социалистического права. При смене капиталистической общественно-экономической формации коммунистической в соотношении отрицания и преемственности ведущая и решающая роль принадлежит отрицанию, проявляющемуся в наиболее резком, радикальном виде, ибо коренным образом отрицается сама экономическая основа предшествовавшего общества³.

Значение момента преемственности права Советской России с правом дореволюционной России все же не сводилось к нулю, поскольку в действительности многое из существовавших ранее предписаний и процедур было заимствовано или воспроизведено вновь⁴. Как бы ни именовалось право, складывавшееся после Октябрьской революции («советское право», «пролетарское право», «социалистическое право»), оно не могло не воспринять очень многое (начиная с юридической терминологии и юридических понятий) из того самого буржуазного права, которое на словах предавалось анафеме, а на деле продолжало существовать⁵. Первый советский Гражданский кодекс 1922 года, принятый с началом нэпа, во многом повторял нормы дореволюционного гражданского права; Кодекс законов РСФСР о браке 1918 года признавал сохранившими силу некоторые нормы части первой тома X Свода законов, ряд положений были воспроизведены; в Уголовный кодекс РСФСР 1922 года вошло немало идей и формул, выработанных в дореволюционное время буржуазной юриспруденцией.

Тем не менее следует отметить, что проблема преемственности в праве в советский период не относилось к числу ключевых, определяющих, что объяснялось возможностью неоднозначной трактовки преемственности, возможных сомнений в том, что социалистическое право — действительно высший тип права, качественно отличный от предшествующих типов. В какой-то степени можно провести параллель с имевшимися в 70-80-е годы XX века исследованиями относительной само-

¹ См., например: *Бабаев В.К.* О преемственности между социалистическим и прошлыми типами права // Советское государство и право. — 1975. — № 12. — С. 102—107; *Наконечная Т.В.* Преемственность в развитии советского права. — Киев, 1987; *Неновски Н.* Преемственность в праве. — М., 1977; *Швеков Г.В.* Преемственность в праве: Научно-теоретическое пособие для преподавателей вузов по специальности «Правоведение». — М., 1983.

² См.: *Неновски Н.* Преемственность в праве. — М., 1977. — С. 10.

³ См.: *Наконечная Т.В.* Преемственность в развитии советского права. — Киев, 1987. — С. 20—21.

⁴ См.: *Неновски Н.* Преемственность в праве. — М., 1977. — С. 32—68; *Швеков Г.В.* Преемственность в праве: Научно-теоретическое пособие для преподавателей вузов по специальности «Правоведение». — М., 1983. — С. 47. В этих монографиях даны достаточно взвешенные и аргументированные оценки соотношения преемственности и отрицания.

⁵ См.: *Скрипилев Е.А.* К характеристике законодательства первого пятилетия Советской власти (1917—1922 гг.) // Е.А. Скрипилев, Н.А. Антонова // Теория права: новые идеи. — М., 1995. — Вып. 4. — С. 51. Здесь авторы ссылаются на работы В.К. Бабаева и А.Ф. Шебанова, см.: *Бабаев В.К.* О преемственности между социалистическим и прошлыми типами права // Советское государство и право. — 1975. — № 12; *Шебанов А.Ф.* Об использовании социалистическим государством дореволюционного законодательства // Труды Университета дружбы народов им. Патриса Лумумбы. — 1967. — Т. XX. — Вып. 2.

стоятельности государства — работы были¹, но данная проблематика разрабатывалась очень осторожно, поскольку получаемые выводы могли быть также восприняты неоднозначно в свете традиционных марксистских идей о практически полной обусловленности политико-правовой действительности социально-экономическими факторами. Данное обстоятельство уместно вспомнить, отдавая дань научной прозорливости В.К. Бабаева, в числе немногих авторов еще в советское время обратившего внимание на значительный познавательный потенциал исследования проблемы преемственности в праве.

Изучение преемственности в праве касалось в основном законодательства и юридической практики, о возможности преемственности юридических научных знаний говорили не так часто. Можно указать на одну из упоминаемых выше монографий², определенное внимание этой проблеме уделялось в литературе по истории политических и правовых учений.

Н. Неновски допускает преемственность в юридической науке. Он отмечает, что сравнительно устойчивым сторонам и проявлениям права соответствуют и сравнительно устойчивые проблемы юридической науки. Юридическая наука, рассматриваемая как целое и в ее историческом развитии, изучала нормативную сторону права, реализацию права, его проявление в субъективных правах и обязанностях, в правовых отношениях, правопорядке и законности. По линии этой необходимой преемственности в теоретической правовой проблематике постепенно накапливались знания о праве и его отдельных проявлениях, которые были необходимой основой развития юридической науки. Марксистская правовая наука также не была бы возможна без научного наследства в области знаний о праве. Сравнительно более значительной является преемственность в проблематике, в научных решениях и в научном аппарате отраслевых правовых наук и в меньшей степени она выражена в общей теории и философии права, поскольку здесь рельефно проявляется и идеологическая борьба в области права³. С высоты сегодняшнего дня последнее утверждение следует рассматривать не столь категорично, преемственность в развитии общих политико-правовых идей, безусловно, есть, ее, собственно говоря, и исследует наука истории политических и правовых учений.

Вопросы преемственности юридического научного знания актуальны и для науки начала XXI века. По мнению В.А. Рыбакова, высказанному в докладе на пленарном заседании, изучение преемственности в юридической науке является особенно важным, однако закономерности процессов перехода научного знания от эпохи к эпохе совершенно не исследованы.

Сегодня проблемы развития политико-правового знания рассматриваются в рамках общей теории и философии права, истории политических и правовых учений. Преемственность в развитии политико-правовой мысли определяют как связь между этапами, состоящую в сохранении части элементов теорий. Эта связь представляет собой форму овладения опытом совершенствования политико-правового регулирования, творческого его использования в новой исторической ситуации при изменившихся общественных обстоятельствах, необходимую для того, чтобы не потерять достигнутых результатов прошлого. Отмечается, что в современной юридической науке, прежде всего в теории права, тема преемственности остается малоисследованной. Однако она нуждается в дальнейшем осмыслении, так как рациональная реконструкция юриспруденции составляет одну из актуальнейших задач современных политико-правовых исследований⁴.

В общетеоретических исследованиях предпринята попытка проанализировать общие закономерности формирования и развития как общей юридической теории (общей теории права в целом), так и частных юридических теорий (теории правотворчества, реализации права, юридической ответственности и др.). Развитие новых политико-правовых идей может быть охарактеризовано с точки зрения роста частнонаучного знания, обуславливающего прогресс как других частнонаучных теорий, так и знания более высокого уровня общности. Таким образом, развитие общей теории права может рассматриваться как процесс все большей конкретизации научного знания⁵, и здесь также имеет значение момент преемственности.

Серьезный методологический смысл категория «преемственность научного знания» имеет в науке истории политических и правовых учений. В рамках одной из статей сделана попытка проследить преемственность в развитии политико-правовых доктрин Древнего мира, Средних веков, Нового и

¹ См., например: *Лазарев В.В.* Марксистско-ленинские идеи об относительной самостоятельности государства // Ленинская теория социалистического государства и права и современность. — Казань, 1970. — С. 64—69; *Марченко М.Н.* Теоретические и методологические проблемы относительной самостоятельности современного буржуазного государства // Методологические и теоретические проблемы юридической науки: Сборник научных трудов / Под ред. М.Н. Марченко. — М., 1986. — С. 186—197.

² См.: *Неновски Н.* Преемственность в праве. — М., 1977. — С. 158—166.

³ См. там же. — С. 161—163.

⁴ См.: *Навальный С.В.* Преемственность в развитии политико-правовой мысли / С.В. Навальный, Е.А. Романенко // Философия права. — 2009. — № 5. — С. 83.

⁵ См.: *Липень С.В.* Развитие общей теории права как процесс конкретизации научного знания // Государство и право. — 2009. — № 10. — С. 74—79.

Новейшего времени¹. Мы обратим внимание на развитие русскоязычной юридической науки в XX веке, в котором в общественных науках (в том числе и в юриспруденции) произошли две научные революции — имеется в виду признание марксизма в качестве методологической основы научного знания после 1917 года и ликвидация этого на рубеже 80—90-х годов XX века.

Два раза на протяжении XX века по общеметодологическим соображениям происходил отказ от накопленного ранее юридического научного опыта — сначала марксистская наука отрицала юриспруденцию дореволюционной России, в конце XX века деидеологизированные исследования 90-х годов отрицали марксистско-ленинскую юридическую доктрину. Тем не менее, с учетом того обстоятельства, что юридическое научное знание не пересматривается полностью за годы и десятилетия, не обновляется полностью с изменением методологических основ, правомерно вести речь о трех направлениях:

- о преемственности между дореволюционной российской и марксистской юридической наукой;
- о преемственности между юридической наукой 20—80-х годов XX века и современной юридической наукой;
- о преемственности между российской дореволюционной и современной юридической наукой.

Первое направление имеет сугубо историческое значение, вопросы же преемственности дореволюционной российской и советской юридической науки с современными исследованиями важны для понимания и развития научного юридического знания.

Преемственность между дореволюционной российской и марксистской юридической наукой. В юридических изданиях советского периода содержалась преимущественно критика взглядов дореволюционных российских юристов, или же вообще эти концепции анализу не подвергались. О возможности преемственности марксистско-ленинской юридической науки с юридической наукой дореволюционной России, о возможности использования разработок ученых XIX — начала XX века, как правило не говорили, опасаясь упреков в апологии буржуазных ценностей и буржуазной идеологии. Но следует иметь в виду и то, что юридическая наука советского периода появилась не на пустом месте — уже были выработаны определенные научные традиции, разработан понятийный аппарат, очерчен круг исследуемых проблем, возможно признать также следование дореволюционным авторам в решении ряда содержательных вопросов.

В перестроечное и постперестроечное время нередко высказывались идеи о необходимости преемственности новой, деидеологизированной юридической науки с марксистско-ленинской юриспруденцией; о том, что, несмотря на обязательное следование коммунистической идеологии за несколько десятилетий было наработано немало позитивного материала, что этот материал необходимо сохранить и использовать в дальнейших исследованиях. Преемственность в научном знании здесь наблюдается едва ли не большая, чем в предыдущем случае.

По нашему мнению, вполне правомерно вести речь о преемственности современной юридической науки с юридической наукой дореволюционной России. Это, пожалуй, самый неразработанный в содержательном отношении аспект проблемы преемственности юридического научного знания.

В работах дореволюционных ученых содержится немало интереснейших идей. В настоящее время и в теоретических, и в исторических, и в отраслевых юридических дисциплинах ведутся дискуссии, корни которых возможно отыскать и в дореволюционной юридической науке. «Современные правоведы, скрепящая оружие в теоретических баталиях, часто и не подозревают, что стоят на плечах гигантов века минувшего, готовых дать ответы на многие их вопросы»². Необходимость знания и использования достижений дореволюционной юриспруденции еще с начала 90-х годов XX века, когда начали формироваться традиции новой, деидеологизированной юридической науки, отмечали специалисты по разным юридическим дисциплинам.

Так, нарушение преемственности в развитии государственно-правовой мысли констатировалось конституционалистами. А, между тем, исторический подход к изучению конституционного права выступает необходимым фактором полноценного развития науки. Теории и доктрины, созданные примерно сто лет назад, заслуживают пристального внимания и изучения. В любой науке есть свои классики и своя история, знание которой обогащает науку, к тому же конституционно-правовые теории прошлого во многом актуальны и для современной науки. По глубине анализа и фундаментальности исследования многие работы дореволюционных правоведов являются до настоящего времени непревзойденными³. Как указывал Е.А. Суханов, речь должна идти о том, чтобы учесть в формировании и развитии современного национального законодательства идеи, понятия, конструкции, сформули-

¹ См.: *Навальный С.В.* Преемственность в развитии политико-правовой мысли / С.В. Навальный, Е.А. Романенко // *Философия права.* — 2009. — № 5.

² Цит. по: *Фойницкий И.Я.* Курс уголовного судопроизводства: В 2 т. — СПб., 1996. — Т. 2. — С. 586.

³ См.: *Богданова Н.А.* Вступительная статья // Конституционное право (Хрестоматия по общему конституционному праву): Учебное пособие: В 2 ч. — М., 1994. — Ч. 2: Конституционно-правовая мысль XIX—XX вв. — С. 5—6; Конституционное право: Учебник / Отв. ред. А.Е. Козлов. — М., 1996. — С. 23.

рованные и прошедшие многолетнее практическое испытание на национальной почве. Подобно тому, как все современное континентальное (европейское) гражданское право имеет в своей основе институты и категории римского частного права, приспособленные к современным потребностям, но созданные более двух тысяч лет назад, российское гражданское и торговое право может и должно стоять на столь же прочном фундаменте дореволюционного отечественного права¹. Действительно, доктрины почти столетней давности с 90-х годов XX века вызывают не только исторический интерес, ссылками на них современные ученые подкрепляют свои позиции по самым разным проблемам юриспруденции².

Следует, таким образом, признать правомерность исследования преемственности юридического научного знания, значительный познавательный потенциал данной категории для выявления закономерностей развития политико-правовых идей, формирования современных теоретических представлений о государстве и праве. Дальнейшая разработка преемственности юридического научного знания возможна в рамках исследования проблем методологии теории государства и права, истории политических и правовых учений, отраслевых юридических наук.

¹ См.: Суханов Е.А. Предисловие // Шершеневич Г.Ф. Учебник торгового права (по изданию 1914 г.). — М., 1994. С.8,10.

² См., например: Антокольская М.В. Место семейного права в системе отраслей частного права (по трудам цивилистов России конца XIX — начала XX века) // Государство и право. — 1995. — № 6. — С. 30—40; Скрипилев Е.А. Учение о законе в русском правоведении второй половины XIX — начала XX века / Е.А. Скрипилев, Н.А. Антонова // Теория права: новые идеи. — М., 1993. — Вып. 3. — С. 54—68; Соловей Ю.П. Российское полицейское право: история и современность // Государство и право. — 1995. — № 6. — С. 75—85.

Л.А. Лушина, Л.В. Мищенко

Лушина Лариса Александровна — кандидат юридических наук, доцент кафедры гражданского права и гражданского процесса Нижегородского филиала Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики»

Мищенко Леонид Васильевич — кандидат юридических наук, доцент, заместитель начальника факультета по подготовке научно-педагогических кадров Нижегородской академии МВД России

К вопросу об универсальности правопреемства в наследственных правоотношениях

Одной из важнейших характеристик любого демократического государства является широкий перечень неотъемлемых прав и свобод человека и гражданина, реализация и защита которых гарантируется государством. Особое значение в этом перечне имеет право наследования.

Так, Конституция Российской Федерации в части 4 статьи 35 закрепляет гарантию права наследования. В Постановлении Конституционного Суда РФ от 16 января 1996 года №1-П¹ отмечается, что право наследования обеспечивает гарантированный государством переход имущества, принадлежащего умершему (наследодателю), к другим лицам (наследникам). Данное право включает в себя, с одной стороны, возможность гражданина распорядиться своим имуществом на случай смерти, а с другой стороны, — возможность наследников на его получение.

Осуществление свободы наследования обеспечивается за счет закрепления в современном российском наследственном праве принципа универсального правопреемства, известного еще со времен Древнего Рима. Несмотря на многовековую историю, данный принцип получил легальное закрепление в российском законодательстве лишь в 2001 году с принятием третьей части Гражданского кодекса РФ. Суть универсального правопреемства согласно статье 1110 ГК РФ заключается в том, что при наследовании имущество умершего переходит к другим лицам в неизменном виде как единое целое и в один и тот же момент, если из правил самого Кодекса не следует иное.

Вместе с тем, проведенный анализ предыдущего опыта правового регулирования этой сферы показывает, что такой вид наследственного правопреемства всегда был характерен для российского гражданского права. В частности в статье 1104 законов гражданских Свода законов России, наследство определялось как «совокупность имущества, прав и обязанностей, оставшихся после умершего»².

Несмотря на столь длительный период признания значимости принципа универсального правопреемства в наследственных правоотношениях, доктринального единomyслия в данном вопросе не наблюдается.

Так, К.П. Победоносцев определял наследование через понятие о правопреемстве как «вступление преемника в права и обязанности»³, В.И. Синайский — как «преемство в частноправовой сфере человека»⁴, Г.Ф. Шершеневич — как «переход имущественных отношений лица со смертью его к другим лицам»⁵, а А.А. Башмаков — как «всю совокупность тех правовых перемен, которые отражаются на имуществе вследствие смерти лиц, обладающих этими правами»⁶.

По мнению Б.С. Антимонова и К.А. Граве, наследование представляет собой «непосредственное преемство в правах и обязанностях умершего лица, прежде всего преемство в имуществе, в праве собственности, которое является основой всех имущественных прав»⁷.

В.А. Тархов под наследованием понимал «переход имущества лица после смерти к известным лицам», обозначая имущество как «...все вещные и обязательственные права умершего (актив имущества) и его... обязанности (пассив имущества)»⁸.

¹ Постановление Конституционного Суда от 16 января 1996 года № 1-П «По делу о проверке конституционности частей первой и второй статьи 560 ГК РФ в связи с жалобой г. А.Б. Наумова» // Вестник Конституционного Суда РФ. — 1996. — № 1.

² Свод законов Российской империи. — СПб., 1914. — Т. X. — Ч. 1: Законы гражданские.

³ Победоносцев К.П. Курс гражданского права: В 2 ч. — СПб., 1871. — С. 197.

⁴ Синайский В.И. Русское гражданское право. — М., 2002. — Вып. 2: Обязательственное, семейное и наследственное право. — С. 546.

⁵ Шершеневич Г. Ф. Курс гражданского права. — Тула, 2001. — С. 616.

⁶ Башмаков А.А. Отрицание наследства в семейном имуществе // Юридическая газета. — 1903. — № 57. — С. 2.

⁷ Антимонов Б.С. Советское наследственное право / Б.С. Антимонов, А.К. Граве // ВИЮН МЮ СССР. — М., 1955. — С. 5.

⁸ Тархов В. А. Римское частное право. — Саратов, 2003. — С. 161.

Данная многогранность подходов к определению наследования, дает основание не считать легальное закрепление его дефиниции завершением исследования его сущности.

Легализация дефиниции наследования предполагает необходимость доктринального определения, которое, с одной стороны, должно опираться на легальное, воспринимая его сущностные признаки, а с другой стороны, восполнить имеющиеся в легальном определении пробелы.

Данные исследования перспективны не только с точки зрения теоретико-познавательной, но и с точки зрения практического применения правовых норм в полном соответствии с заложенной в них волей законодателя.

Для установления, особенностей перехода к наследнику имущества, принадлежащего наследодателю, представляется целесообразным определение характерных признаков, присущих универсальному преемству.

В основе концепции универсальности лежит тезис о единстве наследственной массы как объекта, переходящего к наследникам в нераздельной совокупности прав (активы) и обязанностей (пассив) умершего, то есть все принадлежащие наследодателю права и обязанности переходят как единое целое, со всеми способами их обеспечения и лежащими на них обременениями¹. По общему правилу, наследник замещает наследодателя во всех правоотношениях, участником которых был наследодатель.

Абсолютная неразрывность связи активов с пассивами была свойственна лишь римскому праву архаической и предклассической эпох: переходящие наследнику долги отнюдь не ограничивались стоимостью активов и могли просто-напросто разорить его, не имевшего права отказаться от законного наследства, и ухудшить положение его кредиторов. Эволюция этого института, начавшись с появления у наследника права требовать составления описи с целью отвечать за долги наследодателя лишь в пределах перешедших активов, привела к нынешней конструкции легального определения наследования².

Говоря об единстве наследственной массы следует отметить, что еще И.А. Покровский отмечал: «наследственная масса мыслится не как сумма разрозненных имущественных объектов, а как некоторое единство, в котором наличность и долги сливаются в одно юридическое целое, переходящее... к известным, заранее предопределенным лицам, наследникам»³. Данный вывод им был сделан на основании того, что развитие денежного и товарного оборота требовало соединения долгов с имуществом. Все деловые отношения строятся на кредитоспособности их участников, а эта кредитоспособность была бы совершенно непрочной, если бы она могла быть разрушена таким случайным событием, как смерть контрагента⁴.

Характеризуя особенности универсального преемства, Б.С. Антимонов и К.А. Граве отмечали необходимость включения в наследственную массу и тех обязательств наследодателя, о которых наследнику даже не было известно⁵.

Вместе с тем, позицию о единстве актива и пассива в наследственной массе поддерживали не все специалисты наследственного права. Так В.И. Серебровский первоначально признавал под наследственным преемством лишь переход к наследникам совокупности имущественных прав, тогда как «долги являются только «обременением» наследства, но не его составной частью». Долги могут уменьшить наследственное имущество (наследство), даже полностью его исчерпать, но сами в его состав не входят⁶. То, что обременяющие наследство долги выводятся за пределы наследства, считал и Н.Д. Егоров. Он определял наследование как преемство не самих прав, а объектов этих прав⁷.

Позиция, согласно которой пассивы выводятся за пределы наследства, представляется хотя и неверной с точки зрения чистоты принципов наследования, но объяснимой применительно к советскому наследственному праву с учетом идеологии того времени⁸.

Если после смерти наследодателя наследников несколько, то они всегда приобретают соответствующие доли актива и соразмерные этим долям доли пассива наследства. В случае если кто-либо из наследников откажется от наследства или не примет его, то его доля с соответствующим активом и пассивом перейдет к другим наследникам в полном объеме.

Таким образом, можно говорить, что наследственная масса состоит из двух компонентов, первым из которых является актив, включающий совокупность прав, носителем которых является наследодатель.

¹ См.: Черепяхин Б. Б. Правопреемство по советскому гражданскому праву. — М., 1962.—С. 110.

² См.: Паничкин В.Б. Понятие и правовая природа наследования в российском и американском праве: сравнительный анализ // Наследственное право. — 2009. — № 2.

³ Покровский И.А. Основные проблемы гражданского права. — М., 1998. — С. 297.

⁴ Бегичев А. В. О наследстве и наследственном преемстве // Наследственное право. — 2010. — № 4.

⁵ Антимонов Б.С. Советское наследственное право / Б.С. Антимонов, А.К. Граве // ВИЮН МЮ СССР. — М., 1955. — С. 54.

⁶ См.: Серебровский В.И. Очерки советского наследственного права. — М., 1953.— С. 28—65.

⁷ См.: Егоров Н.Д. Наследственное правоотношение // Вестник ЛГУ. — Серия: Право. — 1988.— Вып.3.—№ 6. — С. 73.

⁸ См.: Гуцин В.В. Наследственное право и процесс: Учебник для вузов / В.В. Гуцин, Ю.А. Дмитриев. — 2-е изд., перераб. и доп. — М., 2005. — С. 58—59.

К таким правам относятся: вещные права; обязательственные требования; исключительные права на результаты интеллектуальной деятельности; отдельные корпоративные права. Вторым компонентом является пассив, состоящий из совокупности обязанностей, то есть обязательственных правоотношений, в которых наследодатель участвовал в качестве должника.

Вместе с тем, современное российское законодательство предусматривает ряд исключений из принципа единства наследства.

Так, согласно пункту 2 статьи 1112 ГК РФ в наследственную массу не включаются имущественные права (обязанности), которые тесно связаны с личностью наследодателя, обусловлены личными качествами умершего и прекращаются с его смертью. В частности, не могут передаваться по наследству право на алименты, право на возмещение вреда, причиненного жизни и здоровью гражданина, право авторства.

Данные нормативные положения включаются в основу мотивировочных частей судебных решений. Например: «правом на перерасчет пенсии с учетом надбавок и повышений... обладает исключительно тот гражданин, который являлся получателем пенсии, поскольку такое право связано с его личным субъективным правом»¹. Таким образом, наследники не могут претендовать на получение денежных средств в порядке перерасчета пенсии наследодателя.

В качестве следующего исключения из общего правила универсальности преемства в наследственных правоотношениях можно рассматривать предусмотренную пунктом 2 статьи 1152 ГК РФ возможность наследника отказаться от принятия наследства по одному из оснований (по завещанию, по закону, в порядке наследственной трансмиссии).

Следующим существенным признаком универсальности правопреемства является признак непосредственности. Действительно, к наследнику переходит все права и обязанности наследодателя без участия третьего лица.

Данный признак означает, что между волей наследодателя, действительной или предполагаемой, направленной на то, чтобы наследство перешло именно к тем, к кому оно перейдет, и волей наследника, который принимает наследство, не должно быть никаких посредствующих звеньев². Вместе с тем, законодатель предусмотрел ряд исключений. Например, если наследником является несовершеннолетний в возрасте от 14 до 18 лет за исключением эмансипированных или вступивших в брак до 18 лет, они могут принимать наследство собственной волей, с согласия своих законных представителей, которыми являются родители, усыновители и попечители. Согласие законного представителя должно быть выражено в виде самостоятельного заявления либо оформляется на заявлении о принятии наследства посредством проставления отметки «согласен» и подписи.

Наследник, пропустивший срок на принятие наследства, может восстановить его и непосредственно принять наследство путем истребования своей доли у наследников, уже вступивших в управление наследством. Данное действие не означает, что наследники, принявшие наследство ранее и потому уже владеющие наследством, создают субъективные права для наследников, явившихся позднее. Действие наследников в данном случае приравнивается к требованию собственника о выдаче своей вещи, обращенному к третьему лицу, не имеющему законного основания для владения вещью.

В качестве исключения из признака непосредственности универсального правопреемства можно рассматривать и завещательный отказ (легат), при котором отказополучатель, в отличие от наследников не отвечает по долгам наследодателя и получает завещательный отказ из оставшегося после удовлетворения кредиторов.

В качестве следующего признака универсального преемства в наследственных правоотношениях можно рассматривать неизменность наследства.

Так наследник, принявший наследство, приобретает право не только на то имущество, которое оказалось в наличии в момент принятия наследства, но и на все, то имущество, которое было в наличии в момент открытия наследства. Например, наследник может и не знать о вкладах в банках, совершенных наследодателем.

Наследник не может принять наследство под условием или с оговоркой. Оно может быть принято только целиком, нельзя принять часть наследства, отказавшись, например, от долгов, входящих в его состав. Кроме того, согласно пункту 2 статьи 1152 ГК РФ принятие наследником части наследства означает принятие всего причитающегося ему наследства, в чем бы оно ни заключалось и где бы оно ни находилось.

Установлено, что право наследования состоит из двух правомочий: правомочия на принятие наследства и правомочия на отказ от наследства. Отказ от принятия наследства, в свою очередь, хотя и не влечет тех правовых последствий, на которые рассчитана сама конструкция наследственного преемства, также не является безразличным для права.

¹ Определение СК по гражданским делам ВС РФ от 3 ноября 2006 года. — № 83-В06-17 // <http://www.supcourt.ru>

² См.: Иоффе О.С. Советское гражданское право: Курс лекций. — 1965. — Ч. 3. — С. 282.

Отказ от наследства сразу и одновременно отсекает все права и все обязанности, которые могут вытекать для наследника из факта призвания его к наследованию и из последующего акта принятия наследства¹. В результате действий по отказу от наследства могут возникать самые разные правовые последствия. Так, отдельные преимущества получают иные наследники помимо отказавшегося наследника, либо наследственная масса может подпасть под режим выморочного имущества в соответствии со статьей 1151 ГК РФ. Таким образом, отказ от наследства, так же как и акт принятия наследства, носит безусловный, безотзывный характер.

Проведенное исследование позволяет сделать вывод о том, что универсальность наследственного преемства в российском законодательстве характеризуется следующими признаками:

- наследники приобретают наследство как единое целое;
- наследники приобретают наследство непосредственно;
- наследники приобретают все переходящие по наследству права и обязанности сразу и одновременно.

Вместе с тем, рассмотренные нами закрепленные в третьей части ГК РФ исключения (ограничения) отдельных признаков универсального преемства позволяют говорить об определенной ограниченности универсального характера наследственного правопреемства в современной России.

Наличие данных исключений дает основание в определенной мере усомниться не только в полноте реализации принципа универсальности правопреемства в российском наследственном праве, но и в логичности толкования законодателем конституционных норм, предопределяющих возможность и порядок ограничения конституционных прав, одним из которых является право наследования.

Так, согласно статье 55 Конституции России, свобода наследования может быть ограничена законодателем в целях защиты основ конституционного строя, нравственности, здоровья, прав и законных интересов других лиц, обеспечения обороны страны и безопасности государства, при условии, что данные ограничения носят обоснованный и соразмерный характер.

Однако ни одно из вышеприведенных нами исключений универсальности правопреемства нельзя рассматривать как обстоятельства, создающие угрозу основам конституционного строя, нравственности, здоровья, правам и законным интересам других лиц, обеспечению обороны страны и безопасности государства.

Данная ситуация позволяет говорить не только о необходимости дальнейшего совершенствования доктринального определения дефиниции наследования и сущности универсального правопреемства, но и об их конкретизированном закреплении в нормах действующего законодательства с учетом реализации конституционных гарантий прав человека и гражданина.

¹ См.: Антимонов Б.С. Советское наследственное право / Б.С. Антимонов, А.К. Граве // ВИЮН МЮ СССР. — М., 1955. — С. 48.

Н.В. Макарейко

Макарейко Николай Владимирович — кандидат юридических наук, доцент, начальник кафедры общеправовых дисциплин Нижегородской академии МВД России

Преемственность в институте административной ответственности

Вопросы преемственности в праве традиционно находятся в орбите внимания ученых-правоведов. Это обусловлено поиском и применением наиболее эффективных моделей правового регулирования. Решение этой многосложной задачи возможно при условии всемерного задействования опыта, который был накоплен ранее и не утратил своей актуальности в современных условиях.

Особую важность вопросы преемственности приобретают в переходный период развития российского государства и права. Следует признать вредным и даже опасным отрицание накопленного опыта прошлых лет, когда правовое наследие дореволюционного и советского периодов не принимались во внимание со ссылкой на некие исторические, идеологические и иные обстоятельства. В этой связи В.А. Рыбаковым было отмечено: «Отрицание непреходящего характера правовых ценностей, выработанных длительной историей человечества, пренебрежение преемственными связями, объективно существующими между различными этапами развития права и государства, делают крайне проблематичным возможность выбора верных стратегических линий взаимосвязи истории и современности страны, определения правильных ориентиров на будущее»¹.

Следует согласиться с авторитетным мнением профессора В.К. Бабаева, который считал, что преемственность в отечественном праве затрагивает: «а) содержание права — речь здесь идет об общедемократическом прогрессивном содержании правовых норм и правовых институтов; б) форму права (российское право оперирует почти такими же источниками права, как и предшествующие, и современные правовые системы; наименование и правовой статус, например, таких источников права, как «закон», «декрет», «постановление», «указ» и др., — не изобретение советского правоведения, а разумное заимствование из прошлого); в) сферу юридической техники»². В своем исследовании мы и проанализируем законодательство об административных правонарушениях с учетом тех ориентиров, которые были обозначены профессором В.К. Бабаевым.

Реформирование общественных отношений в России в конце XX столетия повлекло за собой значительное изменение действующего законодательства. Данный процесс существенно ускорился после принятия Конституции Российской Федерации. Это повлекло за собой принятие таких значимых кодифицированных нормативных правовых актов, как Гражданский кодекс РФ, Налоговый кодекс РФ, Уголовный кодекс РФ, и других нормативных правовых актов.

Окончание 2001 года в российском законодательстве было ознаменовано принятием таких важных кодифицированных нормативных правовых актов, как Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях, Трудовой кодекс Российской Федерации, Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации, которые вступили в силу в 2002 году.

Сложно и необоснованно ставить вопрос о приоритете названных кодексов. Каждый из них играет важную роль в регулировании соответствующих групп общественных отношений. Вместе с тем, законодательство об административных правонарушениях относится к наиболее молодому сегменту кодифицированных нормативных правовых актов, которое оформилось только в начале 80-х годов XX столетия. В то же время, принципиальные изменения содержания ряда общественных отношений потребовали выработки и применения соответствующим образом адаптированных средств, что в полной мере относится и к законодательству об административных правонарушениях.

Коренная переработка нормативных правовых актов, которые обеспечивают позитивное регулирование общественных отношений, потребовала принятия нормативных правовых актов, призванных защитить общественные отношения от новых вызовов и угроз, которые еще недавно не представляли какой-либо существенной угрозы. Это касалось тех отраслей законодательства, которые регламентируют применение государственного принуждения и, прежде всего, юридической ответственности. При этом следует также отметить изменение механизма отношений между Федерацией и ее субъектами, что нашло отражение в статьях 71—73 Конституции РФ. Необходимо учесть, что в соответствии с пунктом «к» статьи 72 Конституции РФ административное и админист-

¹ Рыбаков В.А. Преемственность в отечественном праве в переходный период: Общетеоретические вопросы: Автореф. дис... д-ра юрид. наук. — Омск, 2009. — С. 3.

² Бабаев В.К. Понятие права // Теория права: Учебник / Под ред. В.К. Бабаева. — 2-е изд., перераб. и доп. — М., 2007. — С. 229.

ративно-процессуальное законодательство относится к предмету совместного ведения Российской Федерации и ее субъектов.

Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях был принят вместо КоАП РСФСР. Следует иметь в виду, что источники административного права традиционно отличались низким уровнем систематизации нормативного материала. Это обусловлено тем, что законодательство об административных правонарушениях составляет ничтожно малую часть источников административного права. Вместе с тем, следует иметь в виду, что в силу специфики управленческих отношений, которые являются объектом административно-правового регулирования, не представляется возможным провести работу по всеобщей кодификации данного законодательства по образцу и подобию гражданского, налогового, трудового или уголовного.

В ходе подготовки проекта Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях законодателем был верно определен вектор деятельности по систематизации источников административного права, так как это касалось законодательства, регламентирующего материальные и процессуальные аспекты административной ответственности.

В новом законодательном акте нашли отражение коренные экономические и социальные изменения в жизни Российского государства, приоритет прав и свобод человека и гражданина. Принятие Конституции РФ 1993 года явилось итогом существенных изменений в жизни общества, которые коснулись всех сфер общественной жизни. Она ознаменовала юридический отказ от государственной монополии на многие сферы общественной жизни. Особенно это проявилось в политической и экономической сферах. Политический плюрализм, отказ от единой идеологии, умноженные на частную собственность, свободу экономической деятельности повлекли за собой существенное реформирование законодательства.

Конституцией РФ 1993 года были установлены принципиально новые основы правового статуса человека и гражданина, где человек, его права и свободы были объявлены высшей ценностью, а государство приняло на себя обязанность признавать, соблюдать и защищать права и свободы человека и гражданина¹. Это принципиальное положение о ценности человеческой личности призвано определять деятельность Российского государства, его органов, должностных лиц и иных субъектов. Из формальной декларации оно должно трансформироваться в соответствующие нормативные правовые акты и в конкретные действия, призванные создать необходимые условия для реализации прав и свобод личности. Провозглашение Российской Федерации социальным государством² потребовало создания действенного, а не декларативного механизма защиты прав и свобод конкретного человека.

Ключевое положение о человеке как высшей ценности получило свою конкретизацию в политических, экономических, социальных и культурных правах и свободах. Необходимо отметить, что в Конституции РФ получили отражение ряд международных нормативных правовых актов, в том числе Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод. Все происшедшие к началу нового тысячелетия изменения были учтены разработчиками Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях.

Четкая преемственность наблюдается и в формально-правом аспекте. Разработчики Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях для закрепления административной ответственности использовали такую же форму нормативного правового акта, как и в советский период — кодекс. Именно кодекс как систематизированный законодательный акт позволил объединить в себе нормы, устанавливающие юридическую ответственность за совершение административных правонарушений.

С позиции структурной организации КоАП РФ во многом схож с КоАП РСФСР. Он состоит из пяти разделов, которые объединяют тридцать две главы. Между тем имеются и определенные отличия структурного построения нормативного правового материала. Так, в раздел I КоАП РСФСР «Общие положения» входили нормы, которые давали характеристику задач законодательства об административных правонарушениях, разграничения компетенции между различными субъектами по установлению административной ответственности, а также закреплению принципов данного административно-правового института (только одна глава). Авторы КоАП РФ посчитали необходимым в разделе I КоАП РФ «Общие положения» наряду с закреплением задач и принципов законодательства об административных правонарушениях (глава 2), дать общую характеристику административных правонарушений и административной ответственности (глава 2). В КоАП РСФСР эти вопросы были включены в раздел второй, который включал в себя Общую часть (главы 2 — 4) и Особенную часть (главы 5 — 14).

В КоАП РФ раздел II «Особенная часть» посвящен исключительно нормативной правовой регламентации конкретных составов, устанавливающих ответственность за совершение административных правонарушений. Таким же образом была построена Особенная часть КоАП РСФСР.

¹ Статья 2 Конституции РФ.

² Статья 7 Конституции РФ.

Разделы III КоАП РСФСР и КоАП РФ с точки зрения структуры идентичны. Отличия имеются только в их названии. В КоАП РСФСР этот раздел назывался «Органы, уполномоченные рассматривать дела об административных правонарушениях», а в КоАП РФ разработчики посчитали необходимым изложить в названии перечисление субъектов административной юрисдикции. «Судьи, органы, должностные лица, уполномоченные рассматривать дела об административных правонарушениях». Структура разделов ни в КоАП РСФСР, ни в КоАП РФ не отличается и состоит из двух глав. В первой дается общая характеристика субъектов административной юрисдикции, а во второй детально закрепляется подведомственность дел об административных правонарушениях.

Раздел IV имеет аналогичное название как в КоАП РСФСР, так и в КоАП РФ — «Производство по делам об административных правонарушениях», но отличается по числу глав, которых в КоАП РСФСР шесть, а в КоАП РФ — семь. Следует сразу оговориться, что структура глав, закрепляющих производство по делам об административных правонарушениях, в КоАП РФ более логически обоснована, чем в КоАП РСФСР и более детально регламентирует порядок привлечения к административной ответственности.

Заключительный V раздел в КоАП РФ и КоАП РСФСР посвящен нормативной правовой регламентации исполнения постановлений по делам об административных правонарушениях. В КоАП РФ он включает две главы, которые посвящены соответственно общей характеристике исполнительного производства и исполнению отдельных видов административных наказаний, то в КоАП РСФСР этот раздел состоял из десяти глав. Это обусловлено тем, что наряду с общей характеристикой исполнительного производства законодатель посчитал необходимым посвятить отдельную главу нормативному правовому регулированию исполнения отдельного административного взыскания, а также возмещения имущественного ущерба, причиненного административным правонарушением.

Преемственность КоАП РФ и КоАП РСФСР четко просматривается и в содержательном плане. Это видно при анализе норм как Общей, так и Особенной частей КоАП РФ и производства по делам об административных правонарушениях. Об этом говорит тот факт, что большинство норм, которые входили к КоАП РСФСР получили свое закрепление в КоАП РФ с незначительной корректировкой.

Вместе с тем, преемственность в законодательстве, в том числе регламентирующем ответственность за совершение административных правонарушений, вовсе не означает «слепое» копирование ранее действующих нормативных правовых актов, а их существенную переработку с учетом изменения общественных отношений. При этом следует учитывать как ближайшие преобразования, так и изменения в отдаленной перспективе. Это свидетельствует об известной «прочности» законодательства, что является гарантией стабильности общественных отношений. Особенно это важно в отношении нормативных правовых актов, которые регламентируют применение мер государственного принуждения.

В то же время следует обратить внимание на ряд изменений, которые внесены в действующее законодательство. Так, в части 1 статьи 1.1 закреплено, что законодательство об административных правонарушениях состоит из Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях и принимаемых в соответствии с ним законов субъектов Российской Федерации об административных правонарушениях.

Субъекты местного самоуправления в настоящее время лишены права осуществлять правотворчество по установлению и реализации административной ответственности, в то время как ранее за ними такое право было закреплено в статье 6 КоАП РСФСР. Такое решение разработчиков КоАП РФ вполне закономерно, так как отвечает требованиям действующего законодательства, а закрепление административной ответственности на муниципальном уровне и раньше было излишним. Выявление специфики административно-правовой охраны общественных отношений и ее закрепления вполне достаточно для регионального уровня правотворческой компетенции. Ранее субъект муниципального правотворчества при установлении административной ответственности допускал существенные юридические ошибки в ходе правотворческой деятельности, что негативным образом сказывалось на качестве обеспечения правопорядка.

Следует обратить внимание на важную техническую новеллу, которая заключается в нумерации статей в рамках одной главы. Нельзя однозначно дать ей оценку. С одной стороны это позволяет оперативно обнаруживать нужную норму, так как поиск целенаправленно производится в рамках одной главы, а с другой — затрудняет правоприменителю запоминать нумерацию статей. Если говорить о технико-юридических новеллах, то следует отметить, что законодателем шире использованы примечания. Это свидетельствует о стремлении сформировать более совершенное нюансированное законодательство, которое позволит избежать ошибок при толковании норм, устанавливающих административную ответственность, и при их реализации.

Одним из значимых изменений КоАП РФ является расширение круга субъектов административной ответственности. Ими по КоАП РФ являются не только физические, но и юридические лица. Это предопределено динамикой общественных отношений, потребностью сформировать должный механизм их административно-правовой. Ранее административная ответственность коллективных субъектов, которая

включала в себя ответственность как юридических лиц, так и коллективных субъектов, не обладающих статусом юридического лица, была предусмотрена большим числом нормативных правовых актов различной юридической силы, что порождало серьезные проблемы. И.В. Назаровым было проанализировано законодательство об административных правонарушениях, что позволило определить административную ответственность юридических лиц, как «урегулированное нормами права применение в особом порядке специально уполномоченными государством органами, судами и должностными лицами административных наказаний к обладающим административной правосубъектностью организациям, зарегистрированным в качестве юридического лица и совершившим административное правонарушение»¹. Следует отметить, что законодательство об административной ответственности юридических лиц в настоящее время динамично развивается, что обусловлено объективной потребностью защитить права и законные интересы субъектов, которые контактируют с юридическими лицами, особенно в экономической сфере.

Одной из новелл КоАП РФ является четкое закрепление понятия должностного лица. В КоАП РСФСР отсутствовало единство в определении понятия должностного лица, что порождало различное видение правоприменителем данных субъектов. Этот недостаток был ликвидирован в процессе работы над проектом КоАП РФ. В КоАП РФ сохранен и последовательно проведен принцип более строгой ответственности должностных лиц, перечень составов правонарушений, предусматривающих для них повышенную ответственность, расширен. В отличие от КоАП РСФСР, где отсутствовало определение понятия «должностное лицо»², что в ряде случаев создавало сложности с реальным привлечением правонарушителей к административной ответственности. Это свидетельствует о преимуществах с УК РФ, где понятие должностного лица закреплено в статьях 201, 285, 318 УК РФ. Вместе с тем, объем понятия должностного лица в КоАП РФ существенно отличается от объема понятия в УК РФ. К должностным лицам в соответствии с примечанием к статье 2.4 КоАП РФ. При этом следует быть внимательным, так по статьям 15.3 — 15.9, 15.11 КоАП РФ административная ответственность, установленная в отношении должностных лиц за исключением граждан, осуществляющих предпринимательскую деятельность без образования юридического лица³. В то же время за совершение административного правонарушения, в области таможенного дела (нарушения таможенных правил), лица, осуществляющие предпринимательскую деятельность без образования юридического лица, несут административную ответственность как юридические лица⁴. Административная ответственность, установленная в отношении должностных лиц частями 1, 3, 4 и 5 статьи 15.25 КоАП РФ, применяется только к лицам, осуществляющим предпринимательскую деятельность без образования юридического лица⁵.

Такое законодательное решение стало итогом эволюции понятия должностного лица, что выступало объектом доктринального осмысления⁶. Следует иметь в виду, что статус должностного лица во многом предопределяет применение административных наказаний. Произошла законодательная замена понятия «административного взыскания» на «административное наказание». Такое решение не несет в себе какого бы то ни было юридического значения. Значительно важнее является изменение системы административных наказаний. Логически оправданным видится исключение исправительных работ из перечня административных наказаний, поскольку применяемые исключительно по месту работы, они по существу являются штрафом, который был «привязан» к заработной плате. Вместе с тем, в систему административных наказаний включены такие виды административных наказаний как дисквалификация (статья 3.11 КоАП РФ) и административное приостановление деятельности (статья 3.12 КоАП РФ).

С учетом передовой зарубежной практики, в целях усиления гарантий прав и свобод человека и гражданина расширена исключительная компетенция судей за счет отнесения к их ведению наложения ряда административных наказаний: лишения специального права, конфискации и возмездного изъятия предметов, явившихся орудием совершения или непосредственным объектом правонарушения, административного ареста, административного выдворения иностранных граждан и лиц без гражданства из пределов Российской Федерации, административного приостановления деятельности.

¹ Назаров И.В. Административная ответственность юридических лиц в России: Учебное пособие. — Н. Новгород, 2003. — С. 23.

² Статья 2.4 КоАП РФ.

³ Примечание к статье 15.3 КоАП РФ.

⁴ Примечание к статье 16.1 КоАП РФ.

⁵ Примечание к статье 15.25 КоАП РФ.

⁶ См.: Чанов С.Е. Правовой статус должностного лица органов государственной власти и местного самоуправления: Дис... канд. юрид. наук. — Саратов, 2000; Бадрова Н.В. Административная ответственность должностных лиц: Дис... канд. юрид. наук. — Саратов, 2001; Ермоленко М.В. Административная ответственность должностных лиц в России: Учебное пособие. — Н. Новгород, 2003; Бабаева О.Н. О понятии должностного лица в правовой науке и законодательстве России // Юридические записки / Под ред. Ю.Н. Старилова, 2000. — Вып. 12: Правоприменение и правоприменительная деятельность. — С. 101—120.

Разработчики КоАП РФ включили в Особенную часть ряд норм КоАП РСФСР, которые доказали свою эффективность при осуществлении правоприменительной практики, а также нормы принятых после вступления в силу Конституции РФ ряда федеральных законов, в которых предусмотрена административная ответственность юридических лиц.

Существенное внимание в КоАП РФ уделено административной ответственности за правонарушения, посягающие на конституционные права граждан, направленные против институтов государственной власти и управления, наносящие вред окружающей природной среде, препятствующие развитию конкуренции, рыночных отношений, а также за нарушения в области налогов, федерального транспорта, дорожного движения, связи, информации и за некоторые другие проступки, имеющие общесоюзное значение.

Развитие экономических отношений повлекло за собой включение в Особенную часть КоАП РФ новых глав: о правонарушениях в области финансов, налогов и сборов, страхования, рынка ценных бумаг; связи и информации; нарушениях законодательства о Государственной границе РФ, миграционного законодательства; законодательства о воинском учете и др.

В целях недопущения конкуренции норм об уголовной и административной ответственности за отдельные деяния статьи Особенной части КоАП РФ скорректированы с учетом норм УК РФ, что позволит предупредить правоприменительные ошибки. Так, наличие примечания к статье 7.27 КоАП РФ предоставляет возможность провести различие между хищениями, которые наказуемы в административно-правовом и уголовно-правовом порядке.

В разделе III КоАП РФ «Судьи, органы, должностные лица, уполномоченные рассматривать дела об административных правонарушениях», детально закреплена компетенция субъектов административной юрисдикции по делам об административных правонарушениях, предусмотренных в Особенной части КоАП РФ. К сожалению, в КоАП РФ произошло расширение перечня субъектов, полномочных рассматривать дела об административных правонарушениях по сравнению с КоАП РСФСР, число которых к настоящему времени превысило семьдесят. Это не стимулирует объективность и беспристрастность при рассмотрении дел об административных правонарушениях. Учитывая нестабильность структуры федеральных органов исполнительной власти Российской Федерации и органов исполнительной власти субъектов Российской Федерации в статье 22.3 КоАП РФ закреплено, что в случае упразднения указанных в главе 23 КоАП РФ или в законе субъекта Российской Федерации органа, учреждения, их структурных подразделений или территориальных органов, должности должностного лица до внесения в настоящий Кодекс или в закон субъекта Российской Федерации соответствующих изменений и дополнений подведомственные им дела об административных правонарушениях рассматривают судьи.

В разделах III—V КоАП РФ значительное внимание уделено усилению гарантий законности при осуществлении производства по делам об административных правонарушениях. Это направлено на обеспечение таких основополагающих принципов производства, как всесторонность, полнота, объективность и своевременность выяснения всех обстоятельств совершенного административного правонарушения, законность и справедливость принимаемых решений, реальность исполнения вынесенных по делу постановлений.

Реальности достижения задач производства по делам об административных правонарушениях способствует детальное закрепление правового статуса его субъектов (глава 25 КоАП РФ). С одной стороны, мы наблюдаем преемственность по сравнению с главой 20 КоАП РСФСР, а с другой — увеличен перечень субъектов, которые участвуют в производстве по делу об административном правонарушении, к их числу дополнительно отнесены: законные представители юридических лиц (статья 25.4 КоАП РФ), более детально прописан правовой статус защитника и представителя (статья 25.5 КоАП РФ).

Расширен перечень дел, при рассмотрении которых личное участие правонарушителя является обязательным (например, при рассмотрении дел о правонарушениях, совершенных несовершеннолетними, либо совершение которых влечет административные взыскания в виде ареста, административного выдворения за пределы Российской Федерации, лишения специального права, предоставленного лицу, конфискации имущества — статья 25.1 КоАП РФ). Для более качественной защиты прав и законных интересов, лица привлекаемого к административной ответственности допускается возможность рассмотрения дел об административных правонарушениях не только по месту совершения административного правонарушения, но и по месту жительства лица, в отношении которого ведется производство по делу (часть 1 статьи 29.5 КоАП РФ).

При этом законодателем реализован комплексный подход, что нашло отражение в усилении охраны прав и законных интересов потерпевшего, который будет вправе знакомиться со всеми материалами дела, представлять доказательства, заявлять ходатайства и отводы, иметь представителя, обжаловать принимаемые решения (статья 25.2 КоАП РФ). Для более качественного информирования потерпевшего предусмотрено вручение ему наиболее важных процессуальных документов: копии протокола об административном правонарушении (пункт 6 статьи 28.2 КоАП РФ), копии определения

о возбуждении дела об административном правонарушении часть 3.1 статьи 28.7 КоАП РФ), копия постановления по делу об административном правонарушении может быть выслана в течение трех лет потерпевшему, если имеется его просьба (часть 2 статьи 29.11 КоАП РФ).

Разработчиками КоАП РФ уделено повышенное внимание административно-правовому обеспечению установления истины по делам об административных правонарушениях, что достигается путем установления административной ответственности в отношении отдельных участников производства по делам об административных правонарушениях (статьи — 17.3 — 17.9 КоАП РФ).

Преемственность в производстве по делу об административном правонарушении наблюдается и в системе мер обеспечения производства по делу об административном правонарушении (глава 27 КоАП РФ и глава 19 КоАП РСФСР). Вместе с тем, разработчиками КоАП РФ был расширен перечень мер обеспечения и более детально регламентирован порядок их применения. В их число, наряду с административным задержанием, личным досмотром, досмотром вещей, транспортных средств и изъятием вещей и документов у физических лиц, включены: доставление физического лица к месту составления протокола о правонарушении, привод, осмотр медицинское освидетельствование на состояние опьянения, принадлежащих юридическому лицу помещений, транспортных средств, наложение ареста на товары, транспортные средства и иное имущество, принадлежащее юридическому лицу, временный запрет деятельности.

В КоАП РФ в отдельную главу объединены нормы, регламентирующие порядок возбуждения дел об административных правонарушениях (глава 28). При этом следует отметить детальное закрепление органов и должностных лиц, которые вправе составлять протоколы и возбуждать дела об административных правонарушениях (статья 28.3 КоАП РФ). Это всемерно способствует обеспечению законности в рамках производства по делу об административном правонарушении.

Существенному усовершенствованию подвергся институт пересмотра постановлений. Так правом направлять жалобу на постановление по делу об административном правонарушении, вынесенное судьей, получили субъекты, полномочные составлять протокол об административных правонарушениях (часть 1.1 статьи 30.1 КоАП РФ). Объективность решений по жалобам на постановления по делам об административных правонарушениях предопределено тем, что в большинстве случаев правами по рассмотрению таких правовых споров наделены судьи (часть 1 статьи 30.1 КоАП РФ). Это свидетельствует о том, что разработан надежный правовой механизм, защиты прав и законных интересов участников производства по делам об административных правонарушениях.

В рамках небольшой статьи нельзя в полной мере проанализировать все аспекты преемственности и новизны законодательства об административных правонарушениях. В то же время очевидным видится тот факт, что КоАП РФ является более качественным нормативным правовым актом по сравнению с КоАП РСФСР. Однако это стало возможным только благодаря обеспечению преемственности между выше названными нормативными правовыми актами, а также учету перспектив развития общественных отношений и перспектив развития законодательства об административных правонарушениях.

Е.В. Маслова

Маслова Евгения Валерьевна — старший преподаватель кафедры финансового права Нижегородского института менеджмента и бизнеса

Преемственность субъективного вменения в российском уголовном законодательстве

...завоеванное правом остается до сих пор за римлянами.

Н.Е. Чижов¹.

На развитие любой правовой системы оказывает влияние такое явление, как преемственность². Преемственность — это использование преемником чего-либо принадлежащего предшественнику³. Преемственность в праве — это заимствование правом того или иного государства положений прошлых либо современных ему правовых систем⁴. Наиболее яркий пример преемственности в мировой истории — это рецепция римского права⁵.

Применительно к отечественной правовой системе⁶ о преемственности (о рецепции римского права) можно говорить с момента появления древнерусского феодального права, поскольку в числе памятников права Киевской Руси известны договоры Руси с Византией⁷ (Восточной Римской империей) как результат военных походов русских князей, заключенные в X веке, представляющие собой международно-правовые акты, в которых нашли отражение нормы византийского и древнерусского (уголовного) права⁸. В частности, здесь употребляется термин «согрешение»⁹ (ст. 2 Договора Руси с Византией 911 г.), который историки переводят как «вина» (безусловно, отличное от современного

¹ «Если в свое время римское копье подчинило римлянам весь тогдашний свет, то победа, одержанная ими над человечеством путем права, была еще грандиознее. Взятое мечом, тем же средством отнято у римлян другими народами. Но...». *Чижов Н.Е.* Материалы к истории системы права. — Одесса, 1885. — С. 10—11.

² Преемственность в праве соотнобразует с рецепцией права — возрождением и использованием отечественного и мирового опыта юриспруденции, правовых ценностей и принципов, достижений политико-правовой науки прошлого в современных научных исследованиях, законодательстве и юридической практике. Часто преемственность называют формой рецепции. См.: *Литвинович Ф.Ф.* Преемственность в праве: вопросы теории и практики: Автореф. дис... канд. юрид. наук. — Уфа, 2000. — С. 3—4; *Ткаченко С.В.* Правовые реформы в России: проблемы рецепции западного права. — Самара, 2007; *Фольгерова Ю.Н.* Преемственность и рецепция в конкурсном процессе стран Западной Европы и России: историко-сравнительный анализ: Автореф. дис... канд. юрид. наук. — Саратов, 2008. — С. 3—5.

³ См.: *Новый юридический словарь / Под ред. А.Н. Азрилияна.* — М., 2006. — С. 704.

⁴ См., например: *Иванов А.А.* Справочник по теории государства и права: основные категории и понятия. — М., 2007. — С. 258; *Теория государства и права: Учебник / Под ред. В.К. Бабаева.* — М., 2001. — С. 210.

⁵ Термином «римское право» обозначается право античного Рима, право Римского государства рабовладельческой формации. См.: *Новицкий И.Б.* Римское право: Учебник для вузов. — М., 2003. — С. 1, 5.

⁶ Не все ученые разделяют точку зрения, согласно которой российская правовая система является составной частью романо-германской правовой семьи. Например, суть позиции профессора В.Н. Синукова в следующем: российская правовая семья есть центр славянской правовой семьи, которая может считаться самостоятельной и своеобразной. В этой связи означим, что правовая система каждого государства может считаться специфической, но необходимо вычленять и учитывать общие закономерности развития государственности с тем, чтобы классифицировать правовые системы по различным основаниям в целях многоаспектного анализа правовой карты мира. См.: *Синуков В.Н.* Российская правовая система. — Саратов, 1994. — С. 167—177; *Теория государства и права: Учебник / Под ред. В.К. Бабаева.* — М., 2001. — С. 548—550.

⁷ По завещанию императора Феодосия I Римская империя в 395 году разделилась на два самостоятельных государства: 1) Западную Римскую империю; 2) Восточную Римскую империю со столицей в Константинополе — Византию.

⁸ Связи Киевской Руси и Византии укрепились на почве принятия на Руси христианства («Крещение Руси») в 898 году и совместной борьбы с общими врагами (печенегами, хазарами, половцами). Договоры Руси с Византией составлялись, как правило, в двух экземплярах: один, написанный на древнерусском языке, передавался на хранение в Византию; другой, написанный на греческом языке, отсылался в Русь. Наиболее известны четыре договора между Русью и Византией: договоры князя Олега (907 г. и 911 г.), договор князя Игоря (945 г.), начало договора князя Святослава (971 г.).

⁹ Согрешение — грех, проступок (правонарушение). См.: *Ожегов С.И.* Словарь русского языка: Около 53 000 слов / Под общ. ред. Л.И. Скворцова. — 24-е изд., испр. — М., 2005. — С. 972; *Толковый словарь русского языка: В 4 т. / Под ред. Д.Н. Ушакова.* — М., 1935—1940.

понимания вины). Кроме того, в чуть более позднее время Эклога¹ полностью вошла в Русскую Кормчую книгу² и оказала влияние на развитие (уголовного) законодательства.

Общеобязательные веления и принципы³ права, возникшие в Риме, нашли (определенное) отражение в законодательных актах нашего государства, начиная с древнейшего, — Русской Правды⁴, которая явилась в основном сборником норм уголовного права и процесса (что вообще свойственно для памятников права раннего феодализма).

В связи с заявленной темой нас интересует динамика не всех заимствованных принципов права, а только принципа субъективного вменения (принципа вины, говоря языком действующего уголовного закона)⁵.

Субъективное вменение — это принцип уголовного права, содержание которого заключается в том, что юридически значимыми и способными повлечь применение мер ответственности являются лишь те обстоятельства деяния, которые осознавались лицом, совершившим деяние. Субъективным вменением признается и принцип уголовного процесса, который заключается в требовании точного установления и строжайшего учета степени виновности лица, обвиняемого в совершении преступления⁶.

Для феодальных государств (характеризующихся наличием двух социальных классов — феодалов (землевладельцев) и простолюдинов (крестьян), занимающих по отношению к феодалам подчиненное положение), к числу которых относят и Византию, и Русь, заимствовавшую принципы римского права, не совсем типично субъективное вменение (антипод объективного вменения — в буржуазном праве) — привлечения к уголовной ответственности за причинение общественно опасного вреда при отсутствии вины, представляющей собой психическое отношение лица к совершаемому им общественно опасному деянию, предусмотренному уголовным законом, и его последствиям⁷). А также нетипичен принцип равенства лиц, совершивших преступление, перед законом. Если представители господствующего класса (отчасти) привлекались к (уголовной) ответственности только за те общественно опасные деяния и наступившие общественно опасные последствия, в отношении которых установлена их вина, то к лицам, занимающим подчиненное положение, зачастую применялось объективное (или фактическое⁸) вменение⁹ — привлечение к уголовной ответственно-

¹ В 726 году (по некоторым данным — в 741 г.) по указанию императора Льва Исаврийского была издана Эклога («избранные законы», основанные на кодификации Юстиниана), явившаяся важнейшим этапом в развитии византийского права). См.: *Рубаник В.Е.* История государства и права зарубежных стран: Учебник. — М., 2011. — С. 180—184.

² Кормчими книгами («Номоканон» — правило, закон) назывались сборники церковных норм, применявшиеся главным образом духовенством, но повлиявшие на все сферы общественной жизни, на все (формирующиеся) отрасли права, в том числе и уголовное.

³ Страны романо-германской семьи права рецепировали, по оценкам специалистов, не конкретные нормы римского права, а именно его принципы — исходные нормативно-руководящие начала (императивные требования), определяющие общую направленность правового регулирования общественных отношений. См.: *Кашанина Т.В.* Юридическая техника: Учебник. — М., 2007. — С. 89; Теория государства и права: Учебник / Под ред. В.К. Бабаева. — М., 2001. — С. 222.

⁴ Русская Правда — сборник законов Древнерусского государства, применявшихся на Руси в XI—XIII веках. Она была открыта в 1738 году историком В.И. Татищевым. До нас дошло более 100 списков Русской Правды, которые по своему содержанию делятся на три редакции (или списка): Краткую, Пространную и Сокращенную. Каждая из редакций — это самостоятельный памятник, отражающий определенный этап в развитии русского законодательства. Время происхождения и место принятия древнейшей части Русской Правды спорно. Но большинство современных историков связывает ее с именем Ярослава Мудрого и полагают, что местом ее создания был Киев. См.: История государства и права России: Учебник / Под ред. Ю.П. Титова. — 2-е изд., перераб. и доп. — М., 2011. — С. 24; *Чернявская Т.А.* Законодательные памятники России до 1917 г.: Учебное пособие. — Н. Новгород, 1997. — Ч. 1: Русская Правда. — С. 5.

⁵ Не все ученые согласны с отождествлением субъективного вменения как принципа уголовного права с принципом вины, закрепленным непосредственно в законодательстве (ст. 5 УК РФ). См., например: *Якушин В.А.* Субъективное вменение и его значение в уголовном праве. — Тольятти, 1998. — С. 10. Думается, это верно, поскольку вина не охватывает всего содержания субъективной (внутренней) стороны преступления — здесь есть также эмоциональное состояние, мотив, цель. Однако, учитывая неразработанность в теоретическом плане субъективного вменения именно как принципа (уголовного) права, представляется возможным уравнивать означенные дефиниции в рамках настоящего исследования с тем, чтобы проследить развитие привлечения к уголовной ответственности в отечественном праве без учета (и с учетом) вины лица, совершившего преступление. Эмоциональное же состояние, мотив и цель преступления будут рассмотрены по тексту отдельно (применительно к каждому из анализируемых правовых актов).

⁶ То есть здесь содержится основная идея, общая для двух отраслей права, отражающая закономерности и связи развития общественных отношений, нормативно закрепленная в позитивном праве, направляющая правовое регулирование и определяющая сущность и социальное назначение права. См.: *Захаров А.Л.* Межотраслевые принципы права. — Самара, 2004. — С. 88 и др.; *Иванов А.А.* Справочник по теории государства и права: основные категории и понятия. — М., 2007. — С. 329; *Якушин В.А.* Субъективное вменение и его значение в уголовном праве. — Тольятти, 1998. — С. 11—28.

⁷ *Гладышев Ю.А.* Уголовное право России в определениях и схемах: Учебное пособие / Ю.А. Гладышев, А.П. Кузнецов, А.А. Обухов. — Н.Новгород, 2003. — С. 72.

⁸ То есть, воспринималось лишь внешнее явление (факты), внутреннее содержание общественно опасного деяния практически не исследовалось. См., например: *Магомедов А.А.* Уголовное право России. Общая часть: Учебное пособие. — М., 1997. — С. 94—95.

⁹ Объективное вменение противоречит теории правового государства, при построении которого высшей ценностью признается человек, его права и свободы (ст. 2 Конституции РФ).

сти без установления его вины. Поэтому стоит говорить изначально о преемственности объективно-субъективного вменения.

Вместе с тем, принимая во внимание межотраслевой характер вменения, необходимо учесть и характер юридического (различий между гражданским и уголовным процессами еще не было) процесса в феодальных государствах — он был обвинительно-состязательным. Ответчик имел права, аналогичные правам истца (в частности, искал и представлял доказательства в свою пользу). В качестве доказательств наряду с вещественными признавались ордалии — «суд божий» (испытание железом, водой), что говорит об отсутствии принципа вины правонарушителя при производстве по делу. Процесс выглядел как состязание, поединок (иногда в прямом смысле этого слова — победившая сторона выигрывала и процесс) двух сторон при довольно пассивном положении судебного органа, который выносил решение, рассмотрев представленные доказательства. При этом юридический процесс защищал интересы привилегированных групп общества — феодалы имели возможность привести на суд больше свидетелей (послухов), организовать преследование («гонение следа»)¹, добиться решения дела в свою пользу, что также подтверждает объективно-субъективный характер вменения.

Итак, рассмотрим регламентацию (субъективного) вменения в наиболее значимых для (истории) развития нашего государства нормативных правовых актах, к числу которых относятся, прежде всего, Русская Правда, Новгородская и Псковская судебные грамоты, Судебник 1497 года, Судебник 1550 года, Соборное уложение 1649 года, Артикул воинский 1715 года, Свод законов Российской Империи, Уголовное уложение 1903 года, Основные государственные законы 1906 года, первые акты советской власти, Уголовные кодексы 1922, 1926, 1960, 1996 годов².

Русская Правда не знала четких формулировок при определении понятия уголовно наказуемого деяния (а, следовательно, и элементов состава преступления), видов подобных деяний, наказаний за их совершение³. При этом ясно, что такие общетеоретические формулировки, как принципы (уголовного) права, принцип субъективного вменения, в частности, еще не были и не могли быть разработаны.

Русская Правда использует такие слова, как «вина», «виноватый», «виновный» (ст. 2, 3, 6, 41 и др.); но содержание указанных дефиниций не соответствует психическому отношению правонарушителя к совершенному им деянию и наступившим последствиям — преступным деяние признается лишь по фактическим размерам причиненного личности или собственности вреда (объективные признаки преступления).

Однако заметим, что статья 6 Пространной Правды определяет некий субъективный момент (не смотря на расплывчатость формулировки) — волевое отношение преступника к последствиям своего поведения — «...убил или в сваде⁴, или на пиру явленно»⁵, что типично для вины в форме неосторожности (легкомыслие или небрежность).

Кроме того, Древнейшей частью Русской Правды (ст. 1, 2, 3 и др.⁶) признавалась возможность кровной мести, а это мотив⁷ — факультативный признак субъективной стороны состава преступления в современном понимании.

Иной мотив — корыстное⁸ намерение — упоминается (но не раскрывается) и в статье 19 правового акта. Помимо перечисленного, Русской Правде известна и цель⁹ грабежа при убийстве (ст. 20), являющаяся наряду с мотивом факультативным признаком субъективной стороны состава преступления.

Новгородская и Псковская судебные грамоты XV века (судебные кодексы) занимают особое место среди источников отечественного права. Они явились результатом кодификационных работ, проведенных в Новгородской и Псковской феодальных республиках, и были основаны на правовых

¹ См.: *Исаев И.А.* История государства и права России: Полный курс лекций. — 2-е изд., перераб. и доп. — М., 1995. — С. 62 и далее.

² Создание каждого из указанных документов соответствует тому или иному типу государства и права (применительно ко всякому из которых учеными выделяются различные периоды развития).

³ См.: *Голицын С.М.* За березовыми книгами. — М., 1989; История государства и права России: Учебник / Под ред. Ю.П. Титова. — 2-е изд., перераб. и доп. — М., 2011. — С. 29; *Чернявская Т.А.* Законодательные памятники России до 1917 г.: Учебное пособие. — Н. Новгород, 1997. — Ч. 1. «Русская Правда».

⁴ Во время ссоры.

⁵ См.: *Чернявская Т.А.* Законодательные памятники России до 1917 г.: Учебное пособие. — Н. Новгород, 1997. — Ч. 1: Русская Правда. — С. 12.

⁶ См. там же. — С. 3 и др.

⁷ Мотив преступления представляет собой обусловленные потребностями и интересами внутренние побуждения, которые вызывают у лица решимость совершить преступление и которыми оно руководствовалось при его совершении. См.: *Гладышев Ю.А.* Уголовное право России в определениях и схемах: Учебное пособие / Ю.А. Гладышев, А.П. Кузнецов, А.А. Обухов. — Н.Новгород, 2003. — С. 78.

⁸ Корысть — один из возможных мотивов преступления, состоящий в стремлении к наживе, обогащению путем совершения преступления. Относится к отягчающим ответственность обстоятельствам. См., например: *Новый юридический словарь* / Под ред. А.Н. Азрилияна. — М., 2006. — С. 298.

⁹ Цель преступления — это мысленная модель будущего результата, к достижению которого стремится лицо при совершении преступления. См.: *Гладышев Ю.А.* Уголовное право России в определениях и схемах: Учебное пособие / Ю.А. Гладышев, А.П. Кузнецов, А.А. Обухов. — Н.Новгород, 2003. — С. 78.

документах значительно более раннего происхождения¹ — в первую очередь, речь идет о Русской Правде.

Следовательно, здесь и на всех последующих этапах формирования государства и права России можно говорить о преемственности уже не только принципов римского права (и принципа вменения, в частности), но и о заимствовании положений российского же законодательства предшествующих периодов общественного развития.

Новгородская судная грамота, составленная в 1456 году, сохранилась в единственном списке, и содержит 42 статьи², посвященные судоустройству и процессуальному праву (норм уголовного права здесь нет).

Принцип вменения с точки зрения материального права здесь не раскрывается. В тексте есть слова «виноватый» (ст. 6, 10, 23) и «обвинить» (ст. 14, 15, 24, 32, 36), но они характеризуют не отношение лица к противоправному деянию и причиненному преступлением вреду, а особенности порядка производства по делу (например, «...а не поцелует креста, в том его и обвинить»³).

Псковская судная грамота была утверждена в 1467 году, дошла до нас полностью, в двух списках (полный только один из них), и охватывает 120 статей, в которых содержатся нормы гражданского права, положения о судоустройстве и процессе, нормы уголовного права. Поскольку Псков до середины XIV века был городом Новгородского государства, на содержание Псковской судной грамоты, безусловно, повлияло законодательство Новгорода.

Псковская судная грамота охватила собой регулирование большего круга общественных отношений, нежели Новгородская судная грамота. Однако, учитывая вышеизложенное, положения грамоты Пскова, касающиеся вменения, существенно не отличались и не могли отличаться от судебного кодекса Новгородской феодальной республики.

Особо следует отметить появление впервые в Псковской судной грамоте (уголовной) ответственности за должностные преступления, которые, как известно, имеют корыстную природу (соответственно здесь в наличии корыстные мотив и цель преступления, которые не имеют законодательного определения).

Таким образом, Новгородская и Псковская судные грамоты отражали более высокую ступень в развитии права по сравнению с законодательством Древнерусского государства; для них характерны большая системность в изложении норм, формулирование некоторых общих положений. Но казуальность в изложении нормативного материала в целом сохраняется, это касается и принципа вменения. Грамоты Новгорода и Пскова — типичные кодексы феодального права, открыто закреплявшие привилегии господствующего класса, неравное положение зависимых сословий. То есть, в период действия анализируемых кодексов применяется, как прежде, объективно-субъективное вменение.

Следующий нормативный правовой акт — **Судебник 1497 года**⁴ — стал первым важнейшим документом⁵ периода создания русского централизованного государства⁶, который приводил перечень всех основных городов и местностей Русского государства того времени и действовал на всей его территории (ст. 30 Судебника). Этот памятник права состоит из 4 разделов и 68 статей; нормы уголовного права (в том числе имеющие отношение к вменению) изложены в первом разделе «Деятельность центрального суда и нормы уголовного права» (ст. 1—36).

Примечательно, что изменилось понятие преступления в сравнении с Русской Правдой и основанными на ней грамотами Новгородской и Псковской феодальных республик. Теперь под преступлением понималось «лихое дело», его определение сводилось к нарушению существующего строя и

¹ Среди таких документов назовем договорные грамоты Великого Новгорода с князьями; договоры Новгорода с немецкими городами-государствами и другими иностранными государствами; княжеские уставы.

² См.: Российское законодательство X—XX веков: В 9 т. — М., 1984. — Т. 1. — С. 304—308.

³ См. там же. — С. 307.

⁴ Представляет собой свод законов Русского государства; нормативный правовой акт, созданный в эпоху правления Ивана III в целях систематизации существующих норм права. Составление Судебника приписывается дьяку Владимиру Гусеву, князю И.Ю. Патрикееву, дьякам Василию Долматову, Василию Жуку, Федору Курицину. См.: Черепнин Л.В. Образование Русского централизованного государства в XIV—XV вв. Очерки социально-экономической и политической истории Руси. — М., 1960. — С. 5, 43 и далее; и др.

⁵ До принятия Судебника 1497 года наиболее важными правовыми актами являлись великокняжеские акты, например, Двинская уставная грамота (1397—1398 гг.), Белозерская уставная грамота (1488 г.), Белозерская таможенная грамота (1497 г.). Но названные документы определяли, в основном, права и обязанности местного управления, регламентировали деятельность наместников и кормленщиков, не затрагивая упорядочение уголовно-правовых отношений, поэтому в рамках настоящего исследования содержание указанных актов автором не анализируется.

⁶ Процесс образования единого русского государства выразился как в объединении территорий ранее независимых государств-княжеств в одно — Московское великое княжество, так и в изменении самого характера государственности, в преобразовании политической организации общества.

правопорядка¹. Элементы состава преступления и признаки каждого из них, принципы (уголовного) права по-прежнему недостаточно разработаны, и не находят законодательной регламентации.

В литературе отмечается, что Судебник Ивана III — это типичный кодекс феодального права. То есть, несмотря на объединение (централизацию) государства, усиление власти великого князя, увеличение влияния дворянства, ограничение прав кормленщиков, появление понятия судебных инстанций и др.², нормы здесь, как и ранее, излагаются без четкой системы, казуально, открыто определяют привилегии господствующего класса, неравное положение зависимых сословий, что свидетельствует о применении объективно-субъективного³ вменения, как и в более ранние периоды развития отечественного права.

Особо следует отметить закрепление понятия «бесхитростного» деяния, которое противопоставляется умышленному деянию, а, следовательно, речь идет о вине в форме неосторожности.

Кроме того, анализируемый нормативный правовой акт впервые определяет круг субъектов преступления с учетом холопов⁴ (ранее они таковыми не признавались), то есть законодательно предполагается некое равенство при привлечении к (уголовной) ответственности, но в действительности такое отсутствует. По крайней мере, следует отметить определенное (пусть и незначительное) приближение свойственной тому времени юридической материи к идеям естественного⁵ права, которые есть основа современного правового государства.

Для государства и права России в период сословно-представительной монархии⁶ (который последовал за этапом бытия централизованного государства) наиболее значимым стал **Судебник 1550 года**⁷, основой которого явился ранее рассмотренный материально-процессуальный кодекс (Судебник 1497 г.). Судебник 1550 года, состоящий из 100 статей, расширил круг вопросов, регулируемых с помощью правовых предписаний. В частности, подробнее стали регламентироваться вопросы юридического процесса, а также увеличилось число деяний, признаваемых преступлениями. Учитывая тот факт, что вид и размер наказания напрямую зависели от социальной принадлежности потерпевшего⁸, можно сделать вывод, что по-прежнему отсутствуют принципы равенства всех перед законом и судом и субъективного вменения.

В тексте документа присутствуют слова «виноватый», «обвинить» (ст. 8, 99 и др.), но психическое отношение субъекта к совершенному им деянию и последствиям этого деяния они, по-прежнему, не раскрывают, употребляются, в основном, при конструировании законодателем норм процессуального права. Важно отметить, что Судебник 1550 года в качестве основного доказательства вины признает собственное признание обвиняемого — «...кто в чем скажется виноват, то на нем и взяти...» (ст. 25), хотя методом получения такого признания часто были пытки⁹, а, следовательно, (уголовная) ответственность наступала без вины.

¹ См.: Чернявская Т.А. Законодательные памятники России до 1917 г. Судебник 1497 г. — М., 1997. — С. 4—5.

² См.: История государства и права России: Учебник / Под ред. Ю.П. Титова. — 2-е изд., перераб. и доп. — М., 2011. — С. 75.

³ В большей степени, думается, объективного вменения, учитывая следующее положение, закрепленное в ст. 12 Судебника: «А на кого взмолвят детей боярских человек пять или шесть добрых... что он тать... решать дело без разбора, не доказывая виновности (курсив наш. — Е.М.) оговоренного...». См.: История государства и права России: Учебник / Под ред. Ю.П. Титова. — 2-е изд., перераб. и доп. — М., 2011. — С. 75; Чернявская Т.А. Законодательные памятники России до 1917 г. Судебник 1497 г. — М., 1997. — С. 9.

⁴ Холоп — это человек несвободного состояния, раб (в Древней Руси), в дальнейшем наблюдается слияние холопов с крепостными крестьянами. Холоп считался вещью, частной собственностью, и за его действия отвечал господин (объект права, а не его субъект). См., например: Иллюстрированный энциклопедический словарь Ф.А. Брокгауза и И.А. Ефрона. — М., 2005. — Т. 15: У—Х. — С. 246—247.

⁵ Известно, что идеи естественного права (которое представляет собой право принадлежащее каждому человеку от рождения и не требующее регламентации государства, в отличие от права позитивного) лежат (и должны быть, учитывая идеи свободы, справедливости и частной собственности) в основе любой правовой системы современности.

⁶ Означенная форма правления (при которой власть правителя несколько ограничена) сложилась в российском государстве к середине XVI века и сохраняла свое значение примерно до середины XVII века.

⁷ Текст Судебника 1550 года был рассмотрен и принят Боярской думой в июне 1550 года, а затем Судебник был представлен на утверждение Стоглавого (церковного) собора 1551 года. Созданный в обстановке обострения классовой борьбы и внутриклассовых противоречий, Судебник был призван укрепить феодальный правопорядок и способствовать сплочению сил господствующего класса. Подлинник Судебника 1550 года до нас не дошел. Сохранились 40 списков. См.: Чернявская Т.А. Законодательные памятники России до 1917 г. Судебник 1550 г. — М., 1997. — С. 4—5.

⁸ Например, статья 26 Судебника содержит следующую норму: «...всем указывати за увечье, посмотри по человеку и по увечью...». Кроме того, оскорбление женщины каралось по анализируемому акту двойной мерой наказания по сравнению с наказанием за оскорбление мужчины того же социального положения (несмотря на приниженное положение женщины в русском феодальном обществе).

⁹ Пытка — причинение физических или нравственных страданий в целях понуждения к даче показаний или иным действиям, противоречащим воле человека, а также в целях наказания либо в иных целях. См.: Иванов А.А. Справочник по теории государства и права: основные категории и понятия. — М., 2007. — С. 276; Новый юридический словарь / Под ред. А.Н. Азрилияна. — М., 2006. — С. 793.

Тем не менее, определенные изменения в содержании вины есть, поскольку «виноватый» здесь часто означает «проигравший дело» (то есть особое состояние лица, характеристика личности правонарушителя). Кроме этого, законодатель делает акцент на намерениях (мотиве) правонарушителя («хитрость»), через которые и выражается отношение субъекта к преступлению¹.

Нормы уголовного права (и процесса), закрепленные в Судебнике 1550 года, были конкретизированы в Уставной книге Разбойного приказа² (1555—1556 гг.), а впоследствии и в новой Уставной книге Разбойного приказа, выработка которой началась в 1616 году.

Следующим³ нормативным правовым актом, оказавшим существенное влияние на становление и развитие отечественного (уголовного) права стало **Соборное уложение 1649 года**⁴, которое состоит из 25 глав и 967 статей. Статьи этого свода законов сведены в главы по определенной, хотя и не всегда выдержанной, системе, но казуальность в изложении норм права не преодолена. Уложение, как и предшествующие ему судебники, открыто закрепляло привилегии господствующего класса и неравное положение зависимого населения⁵; оно юридически оформило систему крепостного права, что исключает субъективность вменения. Тем не менее, уровень законодательной техники здесь более высокий, в частности, степень разработанности внутренней стороны преступления.

Соборное уложение 1649 года различает такие формы вины, как умысел (при этом, умысел называется злым или голым, и в отдельных случаях наказуем сам по себе без совершения деяния⁶, что противоречит современным понятиям и умысла, и преступления) и неосторожность, но неосторожность смешивается со случайностью (например, «бесхитростное» деяние в одной статье понимается как неосторожное, а в другой — как случайное), что затрудняет реализацию норм права, поскольку за случайные деяния наказание не устанавливалось.

Важно, что в Уложении появляется понятие воли. Если показания обвиняемого не подтверждаются свидетелями, на которых он указывал, то «...его тем обвинить по тому, что он на тех людей сам слался из воли...». В этой связи оценка различий волевой направленности действий виновного весьма высокая. Например, в случае с поджогами имущества документ различает казус («ненарочное дело»), неосторожность («небрежение») и умысел («нарочное дело»). А статья 4 закона содержит указание и на наличие цели государственного преступления — поджог двора или города с целью сдачи его врагу: «А будет кто умышлением и изменою город зажжет, или дворы, и в то время, или после того зажигальщик изыман будет, и сыщется про то его воровство допряма: и его самого сжечь без всякого милосердия»⁷.

Формирование идей умысла и неосторожности в кодексе 1649 года во многом предопределило перемещение понятия вины (и факультативных признаков субъективной стороны состава преступления) в область психической деятельности человека. Этому способствовало и отделение церкви от государства, разграничение «ответственности перед Богом» и государственного принуждения.

Дальнейшее развитие норм уголовного (и отчасти уголовно-процессуального) права связано с таким законодательным актом, как **Артикул воинский 1715 года**⁸ (поскольку после государственных преобразований Петра I многие нормы права XVII века фактически утратили силу), который не заме-

¹ См.: Чернявская Т.А. Законодательные памятники России до 1917 г. Судебник 1550 г. — М., 1997. — С. 19—21 и др.

² Разбойный приказ — центральное правительственное учреждение в России (орган исполнительной власти), ведавшее в XVI—XVII веках сыском и судом по уголовным делам

³ Между Судебником 1550 года и Соборным Уложением 1649 года пролегло целое столетие, насыщенное крупными социально-политическими событиями, что не могло не отразиться в законодательстве.

⁴ Соборное Уложение 1649 года возникло под непосредственным влиянием и воздействием событий середины XVII века, прежде всего городских восстаний, развернувшихся в 1648—1649 годы. Московское восстание привело к созыву 16 июля 1648 года Земского собора, принявшего решение о выработке нового судебного кодекса. Непосредственно подготовкой его руководила специальная комиссия (приказ), во главе которой стоял боярин князь Н.И. Одоевский. Текст Уложения был окончательно составлен в конце января 1649 года. После утверждения Земским собором и царем Уложение было переписано на столбце длиной 309 метров, а в апреле-мае отпечатано в типографии. В том же году Уложение было издано — впервые для законодательных памятников — и разослано на места. См.: Чернявская Т.А. Законодательные памятники России до 1917 г. Соборное уложение 1649 г. — М., 1997. — С. 4—5.

⁵ См.: История государства и права России: Учебник / Под ред. Ю.П. Титова. — 2-е изд., перераб. и доп. — М., 2011. — С. 105.

⁶ Например, ст. 2 главы II устанавливает смертную казнь за обнаружение умысла «...Московским государством завладеть и Государем быть...». См.: Чернявская Т.А. Законодательные памятники России до 1917 г. Соборное Уложение 1649 г. — М., 1997. — С. 11.

⁷ См.: Чернявская Т.А. Законодательные памятники России до 1917 г. Соборное уложение 1649 г. — М., 1997. — С. 12.

⁸ Артикул воинский 1715 года — это первый в России военно-уголовный кодекс, необходимость разработки которого связывается с формированием постоянной регулярной армии. Состоял из 24 глав, разделенных на 209 артикулов (статей).

нил Соборное уложение 1649 года, а действовал параллельно с ним до создания Свода законов Российской империи.

Здесь сохраняется принцип объективно-субъективного вменения. Несмотря на то, что впервые появляется легальный термин «преступление», уделяется внимание определению вины как ответственности за содеянное (артикулы 21, 79, 158, 169) и формам вины, все же государство защищает, прежде всего, интересы господствующего класса (дворянства).

Различались деяния умышленные («нарочно» — арт. 8; «с умыслом» — арт. 27; «с упрямства» — арт. 103; «в намерении» — арт. 144; «волею» — арт. 154; «самовольством» — арт. 178; «добровольно» — толкование к арт. 1894 «лживо» — арт. 200), неосторожные («из легкомыслия» — арт. 6; «неосмотрителен» — арт. 40; «с лености или от неосторожности» — толкование к арт. 41; «небрежением и винностью офицерскою или солдатскою» — арт. 87; «не одумавшись с сердца, или не опаматовась» — арт. 152; «ненарочно и неволею» — арт. 158; «не в намерении» — толкование к арт. 163; «небрежением и неосторожностью» — арт. 179) и случайные («весьма неумышленное и ненарочное убийство, у которого никакой вины не находится» — арт. 158); за совершение случайных деяний уголовная ответственность не устанавливалась. Наказание зависело от степени вины: строже наказывались умышленные преступления, мягче — совершенные по неосторожности (характеристика субъективного вменения). Но, вместе с тем, по ряду преступлений отвечали не только виновные, но и безвинные лица — близкие (жена и дети) правонарушителя (характеристика объективного вменения).

Затрагивается в Артикуле и вопрос о вменяемости лица, совершившего преступление. Совершение преступления в состоянии душевной болезни вело к смягчению наказания и иногда и неприменению его¹. То есть законодатель обращает внимание на осознание лицом содеянного, что является необходимой составляющей вины (и субъективного вменения).

Стремление власти закрепить существующие порядки приводит в XVIII веке к идее систематизации законодательства. Результатом колоссальной работы, проведенной в данном направлении, явилось создание в начале XIX века **Свода законов Российской империи**² (нормы уголовного права излагались в книге первой 15 тома), который впоследствии стал основой для создания Уложения о наказаниях уголовных и исправительных 1845 года.

В Своде законов и Уложении устанавливались формы вины (без определения ее), а также обстоятельства, смягчающие и отягчающие вину.

Неосторожность Свод законов определял в двух видах: 1) «когда виновный легко мог предвидеть, что действие его может повлечь противозаконные последствия...» и 2) «когда виновный совершил действие, законом не воспрещенное, не думая, чтобы из одного могло произойти противозаконное последствие, однако же, при надлежащей осмотрительности мог бы избежать противозаконного последствия». Эти формулировки впервые на законодательном уровне отразили отношение лица к последствиям совершенного им деяния.

Уложение регламентировало деяния умышленные и неумышленные, называя две разновидности умысла: 1) «когда противозаконное деяние учинено вследствие не внезапного, а заранее обдуманного намерения или умысла...» и 2) «когда противозаконное деяние учинено хотя и с намерением, но по внезапному побуждению без предумышления». Видно, что критерием классификации умысла в данном случае выступает побуждение (или мотив) преступления, что не свойственно современным представлениям о содержании субъективной стороны состава преступления (вина не охватывает своим содержанием побуждения лица совершить противоправное деяние).

В статье 7 сохраняется понятие случайного деяния: «...зло, сделанное случайно, не только без намерения, но и без всякой со стороны учинившего оное неосторожности, не считается виною». Из приведенных формулировок можно заключить, что законодатель понимает под виной умышленное или неосторожное отношение лица к совершенному им деянию.

Статьи 35—44 Уложения, описывающие виды и размеры наказания, места и продолжительность заключения, оперируют понятием «мера вины», не разъясняя содержания данного термина. Одной из причин, согласно которым содеянное не должно быть вменено в вину (ст. 98), признавалась «совершенная невинность того деяния, коего случайным и непредвидимым последствием было сделанное зло...»³.

При описании конкретных составов преступлений в Уложении используются следующие формулировки вины: «умышленно», «с умыслом», «с злобным умыслом», «хотя и не с прямым на то умыслом, но однако же и не случайно, а с намерением», «без умысла», «без умысла и по замешательству»,

¹ Совершение же преступления в состоянии опьянения до XVIII века считалось смягчающим обстоятельством. С принятием же Артикула воинского 1715 года ситуация в корне изменилась — состояние опьянения стало обстоятельством, отягчающим ответственность (усиливало вину), а в отдельных случаях само по себе составляло преступление.

² Свод законов Российской империи был опубликован в 1832 году и введен в действие с 1835 года; он состоял из 15 томов.

³ См.: Российское законодательство X—XX веков: В 9 т. — М., 1984. — Т. 1. — С. 384—388.

«с намерением», «с обдуманном намерением», «без прямого на то намерения», «без всякого злого намерения, а по шалости», «заведомо», «самовольно», «злонамеренно», «по одному лишь легкомыслию», «по неосторожности», «по замешательству в трудных обстоятельствах и слабости разумения», «по нерадению», «по неосмотрительности», «по неразумию, невежеству или пьянству». Такое количество словосочетаний свидетельствует о еще недостаточно высоком уровне законодательной техники (сохраняется фрагментами казуальность). Вместе с тем, некоторые конструкции (и признаки) используются в отечественном законодательстве до настоящего времени (например, заведомость — юридический факт, характеризующий субъекта).

По-прежнему предусматривалась уголовная ответственность за намерение без деяния (например, ст. 263—266, 271, посвященные посягательствам на государя), что подтверждает объективно-субъективное вменение.

Таким образом, при конструировании уголовно-правовых норм и при определении меры ответственности лица, нарушившего установленные предписания, Уложение уделяло особое внимание внутреннему психическому отношению лица к своему противоправному поведению.

Последующая редакция Уложения о наказаниях уголовных и исправительных была осуществлена в 1866 году в связи с проведением в стране крестьянской реформы, реформы полиции, судебной реформы и некоторыми изменениями карательной политики. Однако ни названная, ни редакция Уложения 1885 года, дополненная в связи с развитием революционного движения в России новыми составами государственных преступлений, не внесли существенных изменений в содержание законодательных формулировок различных форм и проявлений вины (и принципа вменения в целом).

Виновная ответственность получила достаточно детальную регламентацию в **Уголовном уложении 1903 года**¹. Согласно статьям 42 и 43 Уложения «...не вменяется в вину преступное деяние, коего учинивший не мог предвидеть или предотвратить. Неведение обстоятельства, коим обуславливается преступность деяния или которое усиливает ответственность, устраняет вменение в вину самого деяния или усиливающего ответственность обстоятельства». С этого момента можно говорить о развитии принципа субъективного вменения в российском уголовном праве.

Уложение закрепило не только разграничение между виной умышленной и виной неосторожной, но и содержательные характеристики форм вины. Согласно статье 48 «...преступное деяние почитается умышленным не только, когда виновный желал его учинения, но также когда он сознательно допускал наступление последствия, обуславливающего преступность сего деяния. Преступное деяние почитается неосторожным не только когда виновный его не предвидел, хотя мог или должен был оно предвидеть, но также когда он хотя и предвидел наступление последствия, обуславливающего преступность сего деяния, но легкомысленно предполагал такое последствие предотвратить». В этих формулировках отчетливо просматриваются современные уголовно-правовые определения форм вины.

Уголовное уложение 1903 года закрепило впервые и влияние формы вины на ответственность при совершении преступлений различных категорий: «Тяжкие преступления наказываются лишь при наличии вины умышленной. Преступления наказываются при наличии вины умышленной, при наличии же вины неосторожной — только в случаях, особо законом указанных. Проступки наказываются при наличии не только вины умышленной, но и неосторожной, за исключением случаев, особо законом указанных». Прогрессивный смысл новых идей, привнесенных по велению времени в уголовное законодательство, вызвал определенные (и оправданные) опасения монарха (в плане сохранения им власти), так как Уголовное уложение 1903 года полностью не было введено в действие.

Принятие **Основных государственных законов 1906 года**, которые называли конституцией, и сформированных на них временных правил, регулирующих различные сферы общественной жизни, было связано с существенными изменениями, произошедшими в конце XIX — начале XX века в экономике России, с началом буржуазно-демократической революции.

Особенностью названных актов явился их изначально нестабильный (временный) характер (это объясняется соответствующей обстановкой в стране, связанной со становлением капитализма, а, следовательно, нового типа государства и права). Тем не менее, уголовная ответственность ими устанавливается за многие деяния, ранее не считавшиеся преступлениями — например, публичные собрания; деятельность профсоюзов, «угрожающая общественному спокойствию или безопасности»². При определении степени такой угрозы учитывалось лишь мнение администрации и полиции, что не позволяет сделать вывод о применении субъективного вменения.

Прежнее уголовное законодательство в рассматриваемый период продолжает действовать, однако идет работа по составлению нового кодекса, поскольку, как указал император Александр III, «...изменились средства и приемы, отчасти и самое направление преступной деятельности, в силу

¹ В подготовке проекта Уголовного уложения 1903 года приняли участие такие ученые-юристы, как Н.А. Неклюдов, Н.Д. Сергиевский, Н.С. Таганцев, И.Я. Фойницкий.

² См.: История государства и права России: Учебник / Под ред. Ю.П. Титова. — 2-е изд., перераб. и доп. — М., 2011. — С. 236.

чего... (нормы закона)... оказались несоответствующими новым формам скопищ и сообществ, недостаточными для борьбы с социально-революционной пропагандой»¹. Таким образом, здесь впервые появляется социал-революционная *направленность*² преступлений, а, значит, и аналогичные мотивы и цели совершения преступлений, являющиеся субъективными характеристиками деяний.

Термины «вина», «виновные», «виновники» достаточно часто встречаются в **первых законодательных актах Советского государства**³: обращении «Рабочим, солдатам и крестьянам!»; декретах о мире, о земле, об образовании рабочего и крестьянского правительства; декларации прав народов России. В основных декретах, содержащих уголовно-правовые нормы, прямо говорилось о необходимости привлечения к уголовной ответственности и наказания лиц, виновных в совершении конкретных общественно опасных деяний (саботажа, дезертирства и др.), и что наказание должно соответствовать степени виновности этих лиц. Однако содержание понятия этих терминов не раскрывалось. В актах содержалось положение о субъективной стороне состава преступления, согласно которому не подлежали суду и наказанию лица, совершившие деяние в состоянии душевной болезни. Хотя исключение юридической ответственности при совершении преступления в состоянии душевной болезни не исчерпывает содержания субъективного вменения, все же правовая регламентация этого положения имеет определенное значение для развития российского уголовного права, поскольку именно здесь впервые можно вести речь о таких составляющих вины, как сознание и воля (на этом построена конструкция вины в действующем уголовном законодательстве) — при душевной болезни исключается сознательное совершение противоправного деяния.

В целом советское право отличалось тем, что в нем отрицалась всякая преемственность с предшествующими типами права. Но, несмотря на подобное отрицание, без заимствования ранее созданных правовых положений, принципов, норм, советское государство и право возникнуть и существовать не могло. Здесь были искусственно уничтожены многие юридические институты и процедуры, которые в дальнейшем вновь обрели правовые очертания.

Анализ ряда законодательных актов периода 1917—1919 годов позволяет заключить, что их составители рассматривали вину в качестве субъективной стороны преступления. «Руководящие начала по уголовному праву РСФСР», принятые 12 декабря 1919 года, категорически отказались от понятия вины, провозгласив в статье 10, что «наказание не есть возмездие за «вину», не есть искупление вины»⁴. Авторы руководящих начал, не ограничившись отказом от понятия вины, отбросили и такие основополагающие категории уголовного права, как умысел и неосторожность. То есть, не проводя никаких различий между умышленными и неосторожными преступлениями, закон (ст. 12) предписывал при назначении наказания учитывать по существу и этот критерий.

В первом советском **Уголовном кодексе 1922 года** говорится не только о «виновных» (ст. 30), но и о «вине». Так, на смягчающие вину обстоятельства указывают статьи 201, 207, 208 и др. В соответствии со статьей 11 Кодекса «наказанию подлежат лишь те, которые: а) действовали умышленно, то есть предвидели последствия своего деяния и их желали или же сознательно допускали их наступление; или б) действовали неосторожно, то есть легкомысленно надеялись предотвратить последствия своих действий или же не предвидели их, хотя и должны были их предвидеть»⁵.

Согласно статье 10 **Уголовного кодекса РСФСР 1926 года** «в отношении лиц, совершивших общественно опасные деяния, меры социальной защиты судебно-исправительного характера применяются лишь в тех случаях, когда эти лица: а) действовали умышленно, то есть предвидели общественно опасный характер последствий своих действий, желали этих последствий или сознательно допускали их наступление, и б) действовали неосторожно, то есть не предвидели последствий своих поступков, хотя и должны были предвидеть их, или легкомысленно надеялись предотвратить такие последствия».

¹ См.: История государства и права России: Учебник / Под ред. Ю.П. Титова. — 2-е изд., перераб. и доп. — М., 2011. — С. 237—238.

² Направленность — это сосредоточенность мыслей, интересов, направленная к какой-либо цели. См.: Ожегов С.И. Словарь русского языка: Около 53 000 слов / Под общ. ред. Л.И. Скворцова. — 24-е изд., испр. — М., 2005. — С. 493.

³ Второй Всероссийский съезд Советов рабочих и солдатских депутатов (25—27 октября 1917 г.) провозгласил свержение власти Временного правительства и установление власти Советов. Тем самым было создано советское государство и право (следовательно, 5 часов утра 26 октября 1917 г. можно считать началом истории советского государства и права), идеологическим и теоретическим обоснованием которого были основные идеи марксизма-ленинизма о праве и государстве. Социальное назначение советского государства и права — выражать классовые интересы и быть средством построения бесклассового коммунистического общества. См.: История государства и права СССР: Сборник документов. — М., 1968. — С. 20; Отечественное законодательство XI—XX вв. / Под ред. проф. О.И. Чистякова. — М., 2002. — Часть II. — С. 18; Теория государства и права: Учебник / Под ред. В.К. Бабаева. — М., 2001. — С. 217.

⁴ Отечественное законодательство XI—XX вв. / Под ред. О.И. Чистякова. — М., 2002. — Часть II. — С. 30 и далее.

⁵ Там же. — С. 104 и далее.

Совершение преступления по невежеству, неосознанности или случайному стечению обстоятельств согласно пункту «ж» статьи 48 уголовного закона признавалось смягчающим обстоятельством. Статья 58 (14) при характеристике контрреволюционного саботажа закрепила достаточно своеобразное отношение преступника к своим обязанностям: сознательное неисполнение либо умышленно небрежное их исполнение со специальной целью ослабления власти правительства и государственного аппарата. Остается только догадываться о том, какой смысл вкладывал законодатель в термин «умышленно небрежное». Возможно, данный термин был прообразом современного понятия преступного легкомыслия.

Уголовный кодекс РСФСР 1926 года при описании конкретных составов преступлений активно использовал и другие термины, характеризующие субъективное отношение лица к содеянному: умышленное истребление или повреждение имущества (ст. 79), преступно небрежное обращение с лошадьми (ст. 79 (4)), заведомо ложный донос (ст. 95), небрежное или недобросовестное отношение к возложенным по службе обязанностям (ст. 111), неосторожное телесное повреждение (ст. 145), самовольное использование литературных, музыкальных и иных художественных и научных произведений (ст. 177) и другие.

Основы уголовного законодательства Союза ССР и союзных республик 1958 года и **Уголовный кодекс РСФСР 1960 года** закрепили принцип виновной ответственности и содержали законодательные формулы умысла и неосторожности. Статья 3 Основ, посвященная основаниям уголовной ответственности, зафиксировала, что «уголовной ответственности и наказанию подлежит только лицо, виновное в совершении преступления, то есть умышленно или по неосторожности совершившее предусмотренное уголовным законом общественно опасное деяние». Статья 3 УК РСФСР к этой формуле добавила следующее: «Никто не может быть признан виновным в совершении преступления, а также подвергнут уголовному наказанию иначе как по приговору суда и в соответствии с законом»¹.

Согласно положений статьи 8 Основ и статьи 8 УК РСФСР, «преступление признается совершенным умышленно, если лицо, его совершившее, сознавало общественно опасный характер своего действия или бездействия, предвидело его общественно опасные последствия и желало их или сознательно допускало наступление этих последствий». Статьи 9 этих нормативных документов закрепляли, что «преступление признается совершенным по неосторожности, если лицо, его совершившее, предвидело возможность наступления общественно опасных последствий своего действия или бездействия, но легкомысленно рассчитывало на их предотвращение, либо не предвидело возможности наступления таких последствий, хотя должно было и могло их предвидеть».

В **Уголовном кодексе Российской Федерации 1996 года**, вступившем в действие с 1 января 1997 года, в отличие от ранее действовавшего уголовного законодательства, вине посвящена целая глава (глава 5). Статьи данной главы не только называют, но и подробно регламентируют умышленную и неосторожную формы вины (ст. 24, 25, 26 УК), ответственность за преступление, совершенное с двумя формами вины (ст. 27 УК), а также случаи невиновного причинения вреда (ст. 28 УК). Однако, несмотря на то, что словом «вина» называется глава 5 УК РФ, в ее статьях не раскрывается понятие этого термина.

Психологическое содержание занимает центральное место среди основных категорий, характеризующих вину в действующем уголовном законе. Составными элементами психического отношения, проявленного в конкретном преступлении, являются сознание и воля. Изменения в соотношении сознания и воли образуют формы вины.

УК РФ (ст. 25) характеризует умысел как психическое отношение, при котором лицо осознавало общественную опасность действий (бездействия), предвидело возможность или неизбежность наступления общественно опасных последствий и желало их или сознательно допускало наступление этих последствий.

Вторая форма вины — неосторожность (ст. 26 УК РФ), в отличие от умысла, связана с отрицательным отношением лица к преступным последствиям, наступление которых оно не желает и не допускает. Наступление последствий, как правило, исключает ответственность за неосторожное создание опасности причинения вреда.

Новеллой УК РФ является статья 27, в которой закреплено правило привлечения к ответственности за преступление, совершенное с двумя формами вины. Если виновный, действуя умышленно, причиняет тяжкие последствия, которые по закону влекут более строгое наказание и которые не охватывались умыслом виновного, то уголовная ответственность за эти последствия наступает лишь в случае, если лицо предвидело возможность их наступления, но без достаточных к тому оснований самонадеянно рассчитывало на их предотвращение, или в случае, если лицо не предвидело, но должно было и могло предвидеть возможность наступления этих последствий. Сочетание двух форм вины характеризуется различным отношением лица к деянию и к последствию, поэтому оно возможно

¹ См.: История государства и права России: Учебник / Под ред. Ю.П. Титова. — 2-е изд., перераб. и доп. — М., 2011. — С. 457 и далее.

лишь в материальных преступлениях, которые содержат последствия в качестве самостоятельного признака объективной стороны.

Согласно части 1 статьи 28 УК РФ, отсутствие обязанностей и (или) возможности предвидения лицом вредных последствий своего деяния является обстоятельством, исключающим вину данного лица, поэтому независимо от наступивших последствий лицо не может быть привлечено к уголовной ответственности. В части 2 статьи 28 впервые к деяниям, совершенным невиновно, отнесены случаи, когда лицо предвидело возможность наступления общественно опасных последствий, но не могло предотвратить эти последствия в силу несоответствия своих психофизиологических качеств требованиям экстремальных условий или нервно-психическим перегрузкам.

Завершая анализ отечественного уголовного законодательства, посвященного субъективному вменению, следует отметить, что на примере рассмотренных нормативных документов нельзя не увидеть эволюции уголовно-правовых взглядов (в особенности с начала прошлого века), которая способствовала перемещению категории вины из области материальных признаков преступления в сферу субъективных оснований уголовной ответственности. Способность человека оценивать свое поведение и руководить своими действиями постепенно занимает центральное место в деле надлежащей защиты важнейших интересов личности и общества от различного рода противоправных посягательств.

О.Н. Мигущенко

Мигущенко Олег Николаевич — доктор юридических наук, доцент, профессор кафедры теории и истории государства и права Курского государственного университета

Преимственность в развитии российского правосознания

По мысли Г.В.Ф. Гегеля, следование только за противоречием (+А) или противоречием (-А) ведет в тупик. И только следование исключенному третьему ($\pm A$) приводит к истинному развитию¹. Учитывая вышесказанное, предпримем попытку рассматривать явление правосознания (как соотносимое с системами политической, правовой и системой морали) в развитии и принимать за точку отсчета те социально-экономические и социально-психологические факторы, которые доминировали в каждую конкретную эпоху.

Исходя из этого, попытаемся рассмотреть соотношение права и морали на различных исторических этапах и классифицировать указанные категории. Главным критерием такой классификации может стать право человека на жизнь. На наш взгляд, следует выделять три уровня в развитии морали. Это — эгоизм, разумный эгоизм (в понимании Н.Г. Чернышевского) и альтруизм. При этом мы будем учитывать относительность нравственных норм не только в смысле их изменчивости вместе с историческим развитием, но и в том, что схожие нормы в различных исторических ситуациях могут иметь относительно различное звучание². Так же нет юридических положений и институтов, которые бы с течением времени не изменялись³, поэтому в восприятии права мы выделим пять уровней: субъективный, национальный, классовый, гуманистический, объективный. При этом будем исходить из необходимости рассмотрения генезиса права и морали на пути интеграции формационного и цивилизационного подходов⁴.

Субъективное восприятие права (как интуиция справедливости) характерно для доаграрного общества или первобытнообщинной общественно-экономической формации на их начальных этапах, когда понятия общества в современном понимании не существовало, когда господствовал эгоизм как основа морали. С началом выделения человеком представлений о добре и зле неизбежно зарождалось и понимание им, как должно поступать. В этот период каждый сам определял для себя, что и как он может и должен делать. Причем преимущество отдавалось «может», а, следовательно, если может, то и должен. Главенствовал тезис: все, что хорошо для меня, то и хорошо. Вопрос о жизни человека решался просто. Если мне мешает сосед, его надо убить или прогнать. При этом каждый сам определял, что он должен сделать: убить или прогнать. Таким образом, опираясь на существующую промораль, человек создавал свое субъективное проправо. Весь мир делился на «я» и «они». Человек жил один во враждебном ему мире.

Следующему периоду развития общества соответствовал уже такой уровень морали, как разумный эгоизм. С появлением первых социальных образований семьи, рода, племени и народности менялся взгляд на понятия добра и зла. Главенствующим стал тезис: все, что хорошо для моей семьи, рода, племени и народа, то и хорошо. Поэтому убийство человека воспринималось именно с этой стороны. Если убитый человек принадлежал к моему роду, народу, это плохо, если наоборот, то хорошо. Весь мир делился на «мы» и «они». Человек обрел союзников, враждебного стало меньше. «Мы» всегда были «хорошими», «они» всегда «плохими». Отсюда и развились кровная месть и право талиона.

Классовое восприятие права раздвигало границы «своих». Стали проявляться элементы космополитичности. Но неоднозначное отношение к убийству человека сохранялось. И реакция «эксплуататоров» и «трудящихся» на убийство Сакко и Ванцетти, с одной стороны, и на казни английского и французского королей, с другой, была предсказуемой.

По мере развития человечество стало приходить к мысли, что жизнь каждого человека бесценна. Так сформировался гуманистический подход к праву. Однако, как показывает опыт, руководителей современных государств, обрекающих свои или чужие народы на войны, пока судит не суд, а общественное мнение. Имеющиеся здесь исключения скорее подтверждают сделанный вывод, нежели опро-

¹ См.: Гегель Г.В.Ф. Наука логики: В 3 т. — М., 1971. — Т. 2. — С. 63—64.

² См.: Мамед-заде И.Р. Политика и мораль. — Баку, 1998. — С. 169.

³ См.: Гражданское право. Общая часть. Лекции читанные в Московском университете профессором Ю.С. Гамбаровым. — М., 1897—1898. — С. 7.

⁴ См. Мулукаев Р.С. К вопросу о необходимости отхода от конъюнктурных оценок истории права // История государства и права / Р.С. Мулукаев, О.Н. Мигущенко. — 2001. — № 4. — С. 17—20; Мигущенко О.Н. Правосознание общества переходного типа: его трансформация: Монография. — Курск, 2006.

вергают его. Это еще раз говорит о том, что эволюция противостояния государственно-политических и моральных категорий не достигла гармонии, и «правовые государства» еще не вышли из периода становления.

Неизвестному пока обществу, которое можно назвать обществом четвертой волны, ноосферой или как-то иначе, должен будет соответствовать высший уровень морального — альтруизм и объективный подход к праву. Когда-то, через много лет, гуманистическое понимание права сменится объективным. И тогда тезис: все, что хорошо для человечества, то хорошо, будет заменен другим: все, что хорошо для живого или разумного (искусственного интеллекта в частности), то хорошо. К этому пониманию приведут опять же материальные факторы и стремление их решить, и опять же материально. Но данное утверждение вовсе не означает, что такое случится в ближайшее время. Здесь вполне можно согласиться с Г.С. Остроумовым, что в ближайшие десятилетия не произойдет замены правовых взглядов и норм моральными. Сфера правового регулирования будет не сокращаться, а обогащаться моральным содержанием через закрепление в нормах права соответствующих взглядов¹.

Взгляд на развитие соотношения права и морали как на пятиэтапный процесс, разделяется российскими теоретиками права, не чужд и западной философии. Такой подход разделяется немецким классиком историко-философской науки Вильгельмом Виндельбандом. В развитие взглядов Г.В.Ф. Гегеля о переходе права в мораль через ответственность В. Виндельбанд разработал схему ответственности человека за свои волевые поступки в правовом и нравственном смысле. Пятый этап, по его мнению, проявляется как самая высшая форма возложения ответственности, самоответственности совести². Не оспаривая предложенную схему, необходимо указать на то, что второй этап перехода права в мораль В. Виндельбанд оставляет безымянным.

С.С. Алексеев выделяет четыре основные ступени позитивного права: право сильного, право власти, право государства и право гражданского общества. При этом право сильного С.С. Алексеев делит еще на две ступени. Непосредственно право сильного, где преобладает биологический компонент в условиях начальной стадии развития человеческого сообщества и его модификацию — кулачное право. В то же время отождествление права гражданского общества с объективным правом, на наш взгляд, не обоснованно. Реализация высоких гуманистических ценностей правом гражданского общества соответствует гуманистическому пониманию права, поэтому объективным, в нашем понимании, оно быть не может. В целом предложенные В. Виндельбандом и С.С.Алексеевым схемы значительно дополняют описанную выше пятиуровневую модель соотношения права и морали.

Имеют место и иные представления об этапах развития права. Т.В. Кашанина выделяет архаичное право, сословное или корпоративное, развитое право или общегосударственное право, «континентальное» и «мировое»³. О.Э. Лейст предпринимает попытку рассмотреть четыре этапа развития права. Он не отрицает факта появления права и государства в результате деления первобытного общества на классы, но говорит о четырех этапах в развитии права: сословном (аграрное общество. — **О.М.**), формальном (индустриальное общество. — **О.М.**) и социальном (постиндустриальное общество — **Авт.**) праве. Социальное право, по его мнению, сохраняет общечеловеческие ценности равного права, но преодолевает формализм буржуазного права при помощи общегосударственной системы гарантий, особенно льгот и правовых преимуществ для социально обездоленных слоев населения. В качестве очередного, четвертого этапа он видит тенденцию становления обязательных для всех государств норм и принципов международного права⁴. На наш взгляд, заслуга О.Э. Лейста заключается в выводе об ограниченности буржуазного, формального права и закономерной замене его социальным правом.

Рассмотрение соотношения права, как закрепленного в норме интереса и морали, как нравственного и поэтому добровольного стремления к согласованию действий членов общества с интересами других членов и общества, в целом достаточно перспективно. Положительной стороной этого становится обращенность в настоящее и будущее, что позволяет увидеть процесс «расширения» права от лично — субъективного до всеобщего объективного на фоне процесса перехода права в мораль. Это связано с тем, что общество развивается к праву, свободе и равенству⁵. Значимость естественно-правового подхода в настоящее время сложно переоценить, ибо он является духовной основой движения к гражданскому обществу и правовому государству. И для этого есть все основания. Так, в (относительно) стабильном обществе большинство людей воздерживается от действий, запрещенных правом, в силу моральных стимулов. Специальное значение правовые стимулы имеют здесь в основном

¹ См.: Остроумов Г.С. Правовое осознание действительности. — М., 1969. — С. 97.

² См.: Виндельбанд В. О свободе воли. — Мн.; М., 2000. — С. 188—191.

³ См. Кашанина Т.В. Происхождение государства и права: Учебное пособие. — М., 2004. — С. 211—214.

⁴ Лейст О.Э. Сущность права. Проблемы теории и философии права / Под ред. В.А. Томсинова. — М., 2008. — С. 126—127.

⁵ Малахов В.П. Правосознание: природа, содержание, логика: Монография. — М., 2001. — С. 83.

для морально неустойчивых людей¹. Иная ситуация складывается в условиях общества переходного типа. Поэтому попытка ограничиться рассмотрением только соотношения права и морали имеет и слабые стороны. Подмена правовых категорий моральными (количественная сторона) может привести к «расширению» понимания права (то есть смешению правового и морального). Следствием этого станет появление нечетких юридических формул и понятий. Расширительное понимание права приведет и к «расширению» понятия правосознания.

Оценивая два вида соотношений: «политика — право» и «мораль — право», можно утверждать, что и то и другое, несмотря на разную направленность (первое — на настоящее и прошлое, второе — на настоящее и будущее), имеют одно важное сходство, а именно одновременное нахождение в настоящем. Данные подходы обусловлены реальной жизнью, объективно отражают ее. С точки зрения теории систем в каждом из них достаточно точно определен параметр порядка, который должен привести систему в состояние равновесия. В обозначенных подходах нашло отражение важнейшее противоречие прошлого и настоящего — противоречие государственного (общественного) и индивидуального. Где в первом случае гармония понимается как необходимость экспансии политического аспекта в сферу права, а во втором — морального. Возникающие здесь две парадигмы в первом случае приводят к появлению «политического права», а во втором — «морального права». В этом проявляется особенность правосознания переходного типа, оно резко поляризовано и в значительной степени определяется внешним воздействием. Подобная ситуация отражается на внутреннем состоянии системы правосознания, при которой серьезные противоречия между правовой идеологией и правовой психологией не способствуют формированию позитивных ценностей, адекватных современной эпохе.

В силу указанного выше, а также других факторов в условиях общества переходного типа складывается ситуация, когда общество уже не желает безоговорочно принимать «политическое право», но еще не в состоянии организовать свое функционирование на основе «морального права». Это обстоятельство актуализирует поиск «исключенного третьего», отсюда и возникает вариативность развития общества как возможность. Создается формально-логическое противоречие «антагонистической игры», где выигрыш одного становится проигрышем другого. Но с точки зрения теории систем при проведении оптимизации (выборе лучшего варианта) не следует стремиться к достижению точного значения экстремума (крайнего максимального или минимального значения), так как это стремление оборачивается многими трудностями, а конечный эффект невелик. То есть достижение максимального результата с минимальными затратами в среднем невозможно. Решить возникшую проблему, можно лишь вводя взаимные ограничения на значения экстремумов с целью достижения минимакса (значение максимума, меняющееся с изменением значения минимума)². Другими словами, это и есть необходимость «исключенного третьего». Такая необходимость обусловлена тем, что если мы примем — какой-либо объект за систему, то окружающая его среда образует систему высшего порядка, которая и определяет стремление своих подсистем к поиску минимакса. Стремление одной подсистемы к своему максимальному значению будет ограничиваться подобными стремлениями других подсистем и угрозой дестабилизации системы в целом.

Диалектическая взаимозависимость явлений социально-экономического, политического, правового, морального характера и субъекта-носителя экономического, политического, правового и морального сознания позволяет утверждать, что указанные категории в процессе развития общества способствуют развитию друг друга, с одной стороны, а с другой, взаимно ограничивают это развитие. Тем самым «развитие права... есть лишь момент развития общества»³.

Характеризуя взаимосвязь экономических отношений, политики, права, морали и правосознания как исторический процесс, можно заметить, что субъективному уровню восприятия права соответствуют доаграрные экономические отношения, стадная организация как основа зарождения политических отношений, источником ответственности выступает «рефлекторное выражение аффекта», восприятие права носит интуитивный характер. Правовой аспект присутствует в первобытных мифологически — ритуальных установлениях⁴. А в основе всего — эгоистическая мораль.

Рождение и восхождение права в современном понимании начинается на основе национально-религиозной идеи. Его функция — быть инструментом подчинения общества вновь образовавшимся государственным объединениям. Однако такое право еще не есть право в современном понимании. Его характеристику можно найти у Г.В.Ф. Гегеля. При этом надо учитывать, что, давая характеристику неправа, Г. Гегель не имел в виду право только аграрной и индустриальной цивилизаций. Его выводы сохраняют актуальность и в настоящее время. По его мысли, вначале право возникает как «право героев» (основателей государств), затем трансформируется в непреднамеренное «неправо-видимость» (когда неправо представляется правом). Зарождение в недрах аграрной цивилизации (рабовладель-

¹ См.: Алексеев С.С. Механизм правового регулирования в социалистическом государстве. — М., 1966. — С. 66.

² См.: Могилевский В.Д. Методология систем: вербальный подход. — М., 1999. — С. 93.

³ Спиридонов Л.И. Социальное развитие и право. — Л., 1973. — С. 44.

⁴ См.: Нерсесянц В.С. Право в системе социальной регуляции (история и современность). — М., 1986. — С. 20.

ческой и феодальной общественно-экономических формаций) следующей (буржуазной) ступени развития приводит к появлению неправа двух видов: «неправо-обман» (когда обманутого убеждают верить, что с ним поступают соответственно праву) и «неправо-преступление» (когда человек принуждается принять неправо как право). Но так как принуждение снимается принуждением, то и переход к новому уровню восприятия права чаще всего был связан именно с принуждением. Однако национально-религиозный уровень восприятия права принимал неправо (с современной точки зрения) за настоящее право. Этому уровню соответствует аграрное производство с преимущественным производством для себя. Политическая организация общества осуществляется на преобладающей основе монархических форм правления и недемократических политических режимов. Основным источником ответственности выступает принуждение к труду, в основном, внеэкономическими методами. Складывается мораль разумного эгоизма.

Классовый уровень восприятия права проникнут позитивизмом. Появляется интерес к идеям естественного права, что проявлялось в требованиях равноправия¹. Классовому восприятию права соответствует индустриальное общество (вторая волна), для которого характерно производство для обмена и создание рыночной цивилизации. Преимущественной формой правления в рыночной цивилизации становится республика, недемократические политические режимы начинают эволюцию к демократическим режимам. Источником ответственности становится позитивное право. Право как закон на фоне морали разумного эгоизма.

Гуманистическое восприятие права основывается на «стремлении “очеловечить”» все проблемы общественного и государственного устройства². Если для национального и классового уровней характерно «политическое право», то на гуманистическом уровне возникнет «моральное право разумного эгоизма». Укоренение естественно-правового, или гуманистического восприятия права вызвано к жизни постиндустриальным уровнем развития экономики и как его высшей стадией обществом третьей волны. Для данного уровня развития экономики характерно возрастание роли производства «для себя», и это делает его подобным аграрному производству. Формируется трансрыночная цивилизация³ с высокой мобильностью населения, создается «раса кочевников»⁴. Лидирующей формой правления становится республика с демократической формой политического режима. В то же время повышенная мобильность населения формирует тенденцию снижения роли национального государства. В связи с этим ослабеет роль позитивного права (как система установленных норм государством), и усилится роль естественного права. Это и станет основой формирования гражданского общества. Источником ответственности данного этапа мораль. Разумный эгоизм — основа общественной морали.

Говорить об объективном восприятии права в данный момент можно только предположительно. Единственным источником здесь выступают работы футурологов, в частности Э. Тоффлера. Он указывает, что новые производственные отношения потребуют создания новых политических систем, нового социального и правового регулирования⁵. В то же время надо учитывать тот факт, что, несмотря на всемирное признание взгляды Э. Тоффлера далеки от идеала. «Кто может поручиться за то, что превозносимая Э. Тоффлером и другими западными футурологами децентрализованная, мозаичная или «сетевая» структура будущего общества не станет для свободного человека конформистским адом внутри группы или возможно системой, которая вынудит одинокого человека вечно скитаться между множества мелких изолированных групп»⁶. Поэтому взгляды футурологов не могут быть приняты безоговорочно.

Более привлекательной, на наш взгляд, является идея коммунистического общества. Характеризуя коммунизм, К. Маркс в «Критике Готской программы» писал о преодолении противоположности между умственным и физическим трудом, превращении труда из средства для жизни в жизненную потребность, росте производительных сил и общественного богатства. Последнее обстоятельство, по его мнению, должно привести к удовлетворению материальных потребностей человека. В частности производство ощущений (не материальных благ. — **О.М.**) как главная цель общества постиндустриальной экономики гармонирует с художественным глазом и музыкальным ухом всесторонне развитого человека, описанного К. Марксом.

Объективные процессы, происходящие в обществе, настраивают на необходимость рассматривать различные варианты его развития. Как представляется, наиболее желательным будет общество,

¹ См.: *Моджевский-Фрыч А.* Об исправлении государства // Антология мировой философии: Возрождение. — Мн.: М., 2001. — С. 563—566.

² *Корнев А.В.* Идеи гуманизма в европейской и отечественной правовой теории // Международное гуманитарное право: актуальные проблемы. — М., 2000. — С. 98.

³ См.: *Тоффлер Э.* Третья волна / Пер. с англ. — М., 2004. — С. 431, 432, 433, 463.

⁴ *Тоффлер Э.* Шок будущего / Пер. с англ. — М., 2004. — С. 89.

⁵ См.: *Тоффлер Э.* Третья волна / Пер. с англ. — М., 2004. — С. 510, 524, 567, 636, 662, 665, 623, 570, 336; *Тоффлер Э.* Шок будущего / Пер. с англ. — М., 2004. — С. 527, 515, 525, 155, 166; *Тоффлер Э.* Метаморфозы власти / Пер. с англ. — М., 2004. — С. 287, 288, 305, 291, 293, 300.

⁶ Влияние научно-технического прогресса на юридическую жизнь / Отв. ред. Ю.М. Батулин. — М., 1988. — С. 55.

где источником ответственности станет внутренняя совесть человека. Когда преимущественное развитие получит позитивный (перспективный) аспект юридической ответственности. Возникнет «моральное право», основанное на альтруизме. Данное утверждение вступает в значительное противоречие с классической либеральной интерпретацией «естественного состояния» человека. Но, по мнению Ф. Фукуямы, «люди приходят к сотрудничеству гораздо легче, чем это предсказывают индивидуалистические гипотезы... период усиливающегося индивидуализма подходит к концу»¹. В результате развития производительных сил понятия индивидуального и общественного, богатых и бедных² в большей степени утратят противоречивость, а установление гармонии между этими противоречиями и создаст реальное правовое государство³. Объективный характер данного процесса подтверждают и исследования социобиологии, где альтруизм рассматривается как важный фактор эволюции. Более того, специалистами в области социобиологии делается вывод: «...во всех культурах человечества альтруистическое поведение преобладает над эгоистическим, но форма и интенсивность альтруистических актов в значительной степени детерминированы культурой»⁴. Культура будущего, особенно ее экономическая составляющая, приведет к трансформации правовой культуры и правосознания. Возникнет необходимость существования отношений, основанных на альтруизме⁵.

В то же время попытка комплексного рассмотрения соотношения социально-экономических отношений, политики, права и морали имеет слабые и сильные стороны. Значительное увеличение переменных затрудняет поиск минимакса, увеличивает количество альтернатив. Это приводит к снижению вероятности оптимального выбора. В то же время этот путь ориентирует на необходимость обращения внимания в будущее на основе тенденций выявленных в прошлом и настоящем. Здесь необходимо учитывать, что развитие правосознания определяется и его спецификой. Такая специфика проявляется в том, что правосознание «прогнозирует определенные общественно обязательные масштабы поведения, обосновывает необходимость установления круга юридических прав и обязанностей участников общественных отношений»⁶. Следовательно, обращенность правосознания в будущее может стать залогом быстреего внедрения в современную правовую жизнь ценностей морального права вначале основанного на разумном эгоизме, а затем на альтруизме.

Правосознание и стабильного, и «переходного» общества является самостоятельной системой и самодостаточным элементом относительно очень сложных (комплексных) систем, в которые оно входит. Правосознание развивается не только на основании внутренней логики и преемственности, но и под воздействием внешних факторов. Любые значительные перемены в жизни общества отражаются и на правосознании. В связи с этим при изучении правосознания появляется необходимость в представлениях о той среде, которая и определяет характер основных воздействий. В качестве такой среды выступает общество в целом и прежде всего общественное сознание. Решающим фактором, оказывающим влияние на общество и общественное сознание, являются социально-экономические отношения. Их изменения приводят, в конечном счете, и к изменениям правосознания. Поэтому понимание причин трансформации правосознания будет неполным без выявления закономерностей развития социально-экономических отношений.

В связи с этим особого внимания, на наш взгляд, заслуживает концепция больших циклов экономической конъюнктуры, разработанная Н.Д. Кондратьевым. По его мнению, каждые 47—60 лет необходимость экономических преобразований приводит к изменениям и в социально-политических отношениях. На периоды повышательных волн больших циклов приходится наибольшее количество важнейших социальных потрясений, как революционных, так и военных⁷.

Интерес к наследию Н.Д. Кондратьева в СССР возродился в восьмидесятые годы двадцатого века и со стороны экономистов, и со стороны обществоведов. Первые на основе пятифазного понимания циклов стали составлять циклограммы развития мировой экономики, охватывающие современный период. Вторые использовали двухфазное понимание циклов, где главным критерием социальных циклов становились основополагающие противоречия социальной жизни индивидуального и общественного. На основе этого они стремились составить циклограмму социальных процессов в России и СССР. Попытку определить основное направление развития социально-экономических отношений в России и СССР предприняли российские обществоведы В.В. Василькова, И.П. Яковлев, И.Н. Барыгин. Задав вопрос: «Были ли реформы в СССР закономерными или случайными?», — они однозначно склоняются в пользу первого утверждения⁸.

¹ Фукуяма Ф. Великий разрыв / Пер. с англ.; Под общ. ред. А.В. Александровой. — М., 2003. — С. 228, 255, 369.

² См.: Тоффлер Э. Третья волна / Пер. с англ. — М., 2004. — С. 527.

³ Нерсисянц В.С. Философия права: Учебник для вузов. — М., 1997. — С. 40.

⁴ Плотинский Ю.М. Математическое моделирование динамики социальных процессов. — М., 1999. — С. 114.

⁵ См.: Тоффлер Э. Метаморфозы власти / Пер. с англ. — М., 2004. — С. 256.

⁶ Щегорцев В.А. Социология правосознания. — М., 1981. — С. 28.

⁷ См.: Кондратьев Н.Д. Проблемы экономической динамики / Отв. ред. Л.И. Абалкин. — М., 1989. — С. 181, 205.

⁸ См.: Василькова В.В. Волновые процессы в общественном развитии / В.В. Василькова, И.П. Яковлев, И.Н. Барыгин. — Новосибирск, 1992. — С. 36.

Ими выделяется два типа реформ в СССР. Первый тип — социально-экономические реформы, позволявшие устранить накопившиеся недостатки в обществе при господстве излишне централизованных форм и перейти к более демократическим, стихийным. Это реформы 1920-х, 50-х и середины 1980-х годов. Реформы второго типа усиливали государственно-плановый характер и централизацию управления всеми сферами жизни общества. К ним относятся реформы 1917—1920 годов, 20—30-х и 60-х годов. Такими станут реформы, которые придут на смену современным. В этих реформах проявилось последовательное чередование противоречий индивидуального и общественного (государственного). Приоритет индивидуального проявился в реформах 1920-х, 50-х годов и современных. Общественное начало преобладало в реформах, последовавших за октябрём 1917 года, в 20—30-х, в шестидесятые годы и будет преобладать в реформах, которые придут на смену современным. На каждом выделенном выше историческом этапе можно заметить определенные колебания правосознания. Поэтому применение концепции Н.Д. Кондратьева в историко-правовых исследованиях достаточно перспективно.

В то же время необходимо указать на серьезную проблему в применении концепции Н.Д. Кондратьева на весь период российской истории. Дело в том, что данная концепция была создана во время и для описания индустриального (буржуазного) общества, поэтому ее механическое проецирование на доиндустриальные эпохи вряд ли будет оправданным. Здесь необходимо исходить из того, что последствием монголо-татарского нашествия для России стала хроническая социально-экономическая болезнь «запаздывающей модернизации» и параллельная ей идея объединения, прежде всего на политической основе. Поэтому все преобразования в экономике и, как следствие, в остальных подсистемах российского общества носили характер «вынужденной» меры. Они производились только тогда, когда политический вопрос (внешняя угроза или борьба за власть) обострял проблему социально-экономического отставания или низкого уровня жизни населения. Отсюда, по мнению Н.А. Эйдельмана, практически все социально-экономические преобразования России носят характер «революций сверху». Кроме того, во всех странах, не вышедших из индустриального уровня развития (к ним относится и Россия), перемены связываются с крайностями и обязательным отрицанием прошлого опыта¹. И причиной, и следствием этого является такая черта русского характера, как экстремизм и максимализм².

Поэтому, на наш взгляд, при изучении историко-правовых процессов в России нельзя ограничиваться концепцией Н.Д. Кондратьева. Понимание циклического развития российской истории права до XIX века будет более убедительным через призму взглядов В.В. Розанова и А.Дж. Тойнби. В первом случае мы будем исходить из двухфазной волны общественного развития, где в условиях восходящего развития возникает обособление всех частей, а в условиях нисходящего — все второстепенное смешивается и становится однородным³. А во втором случае две формулы: прогрессивного роста (вызов — успешный ответ) и прогрессирующего распада (вызов — безуспешный ответ)⁴. В этом случае концепция больших циклов экономической конъюнктуры может быть рассмотрена как частное по отношению к общим взглядам В.В. Розанова и А.Дж. Тойнби.

Все вышесказанное дополняет системный подход в направлении комплексного соотношения принципов причинно-следственного и индивидуального. Это позволяет рассматривать, на первый взгляд, абсолютно разнонаправленные исторические периоды как две фазы одного цикла, а в разорванных во времени однонаправленных периодах находить подобие и общие закономерности, позволяя составить циклограмму генезиса российского правосознания⁵.

При изучении историко-правовых явлений нельзя не заметить и всеобщей (мировой) тенденции к расширительному пониманию индивидуального в сторону общественного. В то же время нелинейная оценка обозначенной тенденции убеждает, что при очередных колебаниях системы неизбежно возникают периоды, в которых со всей очевидностью проявляется «эффект матрешки» общественного правосознания⁶.

Завершение рассмотрения вопроса о тенденциях развития правосознания позволяет перейти к характеристике генезиса правосознания. В этой связи необходимо отметить тот факт, что правосознание как элемент системы общественного сознания, с одной стороны, подчиняется общим для всех элементов общественного сознания закономерностям, а с другой, — обладает специфичностью. Последнее становится возможным благодаря собственному предмету отражения, который выражается в

¹ См.: Арон Р. Мнимый марксизм / Пер. с фр. — М., 1993. — С. 134.

² См.: Лосский Н.О. Характер русского народа: В 2 кн. — М., 1990. — Кн. 2. — С. 50.

³ См.: Розанов В.В. Эстетическое понимание истории // Русские философы (конец XIX—середина XX века): Антология / Сост. С.Б. Неволин, Л.Г. Филонова. — М., 1994. — Вып. 2. — С. 54.

⁴ См.: Тойнби А.Дж. Постигание истории: Сборник / Пер. с англ. Е.Д. Жарикова. — 2-е изд. — М., 2002. — С. 489.

⁵ См. Мигущенко О.Н. Историческое и логическое в понимании правосознания // История государства и права. — 2006. — № 9. — С. 24—26.

⁶ См. Мигущенко О.Н. Правосознание общества переходного типа: его трансформация: Монография. — Курск, 2006.

правовых категориях (юридические права, обязанности, законность и др.). В целом правосознание формируется на базе политических идей¹. Здесь необходимо уточнение: в границах национального и классового уровней — на базе политических идей, в условиях гуманистического и объективного — на базе моральных идей. Попробуем проследить указанную специфику правосознания в ее развитии.

Так, если субъективному (рефлекторному) праву, праву как интуиции соответствовало интуитивное праправосознание с мыслью «я и они», я-ценностями и я-интересом, то на следующем этапе (национально-религиозном) были заложены основы современного понимания правосознания. Поэтому, в терминологии Г.В.Ф. Гегеля, право, которое есть право героев и неправое как таковое, основанное на национальной идее, приводило к формированию правосознания, где основой правовой идеологии становилась религиозно-национальная идея, ценность понималась в контексте религиозных норм, а интерес выражался через справедливость как милость, ниспосланную свыше. Классовое восприятие права оформило себя в формулу: «право равно закону». Этот уровень развития правосознания сформирован на правовой идеологии, основанной на идее государственности, ценностью здесь станут нормы закона, а интерес выразит себя через требование справедливости. Условием перехода к следующему уровню станет конвергенция «трех основных направлений правопонимания (юридического позитивизма, философско-правового и социолого-правового). При этом право можно будет понимать как систему правоотношений, закрепленных в нормах права, содержание которых составляет справедливость, отраженная в правосознании и находящаяся под официальной охраной и защитой государства»².

Гуманистический уровень понимания права сформируется на основе идеи прав человека, где ценность будет представлена нормами естественного права, закрепляющими в законе не формальные, а реальные справедливость, равенство и свободу. Развитие социального права приведет к тому, что преобладающей основой правового интереса станет честь и совесть.

Идея равного права на существование человека, а также всего живого и разумного; совесть как ценность; а альтруизм как интерес обусловят рождение объективного «морального права». Несмотря на утопичность таких взглядов с точки зрения господствующей сегодня частнособственнической идеологии, это не является утопией. Не следует отвергать взгляды западных футурологов на социальные отношения будущего общества. На наш взгляд, здесь нельзя не учитывать и взгляды К. Маркса, Ф. Энгельса и В.И. Ленина на отношения в коммунистическом обществе, не следует забывать и опыт советского государства и права.

Вне зависимости от взглядов на вышесказанное, сомнения не может вызвать утверждение того, что правосознание претерпевает значительные изменения в процессе своего развития точно так же, как и остальные подсистемы общества. В то же время указанные тенденции развиваются не линейно. Можно отметить определенные колебания внутри каждого из этапов и заметить некоторые аналогии между ними.

Во всех социальных системах источником развития служит противоречие общественного и индивидуального. Применительно к России можно заметить, что общественное проявляется здесь в основном как государственное и политическое. В периоды политического решения экономических проблем преимущество получает государственное. В условиях же относительно «свободного» развития экономики — индивидуальное. В целом для России свойственна асимметрия в соотношении политика — право в пользу первого. На наш взгляд, критерием выделения циклов в развитии правосознания и должны стать колебания, обусловленные борьбой противоречий государственного (коллективного) и индивидуального.

В современном и исторически обозримом прошлом и будущем жил, живет, и будет жить разумный эгоист. Такой человек обладает двойственной природой, в зависимости от ситуации проявляет себя и как эгоист, и как альтруист. Но чаще всего человек стремится избегать таких крайностей. То же происходит в обществе. Уровень развития социально-экономических и политических отношений усиливает или ослабляет то или иное качество на определенных исторических этапах. Поэтому периоды коллективизма сменяются периодами индивидуализма и наоборот. При этом опять же в силу уровня развития социально-экономических и политических отношений, а также культурно-исторических традиций в разных странах проявления индивидуализма или коллективизма будут неодинаковы. В зависимости от условий и часто возникающих ситуаций человек проявляет направленность или на коллективную или на индивидуальную деятельность. По нашему мнению, в этом проявляется социальный «защитный механизм» выработанный человечеством. Подобные колебания присущи и общественному правосознанию России.

Еще Л.И. Петражицкий отрицал «национальный дух» разных народов и объяснял подобное колебаниями правовой психики, ее подъемом или падением, или даже временной дегенерацией под

¹ См.: Покровский И.Ф. Формирование правосознания личности (вопросы теории и практики). — Л., 1972. — С. 8, 10.

² Гранат Н.Л. О понятии и сущности права XXI века // Право XXI века: взгляд в будущее: Материалы научной конференции (19 апреля 2000 г.). — М., 2001. — С. 22.

влиянием разных факторов¹. Таким образом, различие правосознания разных народов коренится не в биологической, а в социальной области. В силу этого, считал Б.А. Кистяковский, все правовые идеи в сознании каждого отдельного народа получают своеобразную окраску и свой собственный оттенок. В качестве особенности русского правосознания он называл слитное существование в сознании норм права и норм нравственности, их недостаточную дифференциацию, а также нахождение правосознания на стадии развития соответствующей формам полицейской государственности².

Российское правосознание определялось специфическими социальными условиями. Они заключались в сосуществовании двух одновременных воздействий на правосознание со стороны государственной политической идеологии и общинной психологии и морали. Это обстоятельство предопределило своеобразие русского правосознания. Другое заключалось в том, что и государственная идеология, и общинная психология, а, следовательно, и правосознание являлись сдерживающим социально-экономическое и правовое развитие фактором. Но это было следствием существовавшего политического режима. Право не получало должного развития до второй половины девятнадцатого века. Из всех социальных характеристик личности, которые находили отражение в гипотезах норм позитивного права, преимущественное значение придавалось сословным. Отсюда принципы юридической ответственности справедливости и гуманизма не находили отражения в санкциях норм, обладающим был принцип целесообразности. Государственное принуждение также осуществлялось по сословному признаку. По такому же признаку функционировали две системы судов и только с 1904 года здесь наметились позитивные сдвиги. После первой буржуазно-демократической революции началось формирование правовой системы, основанной на формальном праве. Но принимаемые нормативно-правовые акты в ряде случаев встречали сопротивление со стороны не только низших, но и высших сословий. Пример тому проблемы с принятием Уголовного уложения 1903 года. Задержка с полным вводом в действие Уголовного уложения от 22 марта 1903 года была вызвана тем, что важнейшие с точки зрения обеспечения монархии разделы были приняты быстро, поэтому с остальными можно было не спешить; законотворческий процесс отличался медлительностью; в среде правящей элиты находились противники его полного принятия; революция и последовавшая реакция настраивала на применении чрезвычайного законодательства и «временных правил»³.

В Советской России под воздействием государственной идеологии и неблагоприятных внешних условий национальной (государственное) и классовое слились воедино. Этому же способствовало закрепление в массовом правосознании политической идеи о возможности построения коммунизма в одной стране. Такое приводило к пониманию классовых задач как задач национальных. Отсюда и стала возможна интернализация массовым правосознанием понятия «враг народа». Субъекты-носители такого правосознания допускали ликвидацию нетрудовых классов, а, с другой стороны, интернализировали мораль аскетизма и самопожертвования для блага государства. Именно это способствовало решению множества социально-экономических и политических проблем. Формирование единой общности «советский народ» привело к ослаблению классового аспекта и установлению здорового правосознания, базирующемуся на социальном праве. Такая ситуация создавала невиданные в истории человечества возможности совершенствования гражданского общества и построения правового государства. Именно это сделало возможным «перестройку». Но с начала 1990-х годов правовая система, основанная на социальном праве, была разрушена и заменена правовой системой формального права. Патриотический и моральный аспекты социалистического правосознания были преодолены как тоталитарные. Усилился классовый аспект. В общественной жизни обострилось противоречие частного и публичного. Внутренним противоречием правосознания стало противоречие естественно-правовой идеологии и классовой правовой психологии. Однако усложнение внешнеполитической обстановки и другое вновь актуализирует задачи, которые уже были решены в 20—30 годы XX века. Актуализируется проблема мобилизации народных масс на решение задач социально-экономической политики государства, предупреждения преступности, преодоления социальных болезней и выживания. В условиях ограниченности материальных средств возрождается потребность в развитии энтузиазма населения.

Обобщая все вышесказанное, можно сделать ряд выводов:

1. Развитие общественных отношений приводит к изменению правосознания. Каждому уровню развития этих отношений соответствует и определенное правосознание.

2. Циклическое развитие производительных сил приводит к периодической смене приоритетов в правовом регулировании общественных отношений. Стремление к достижению индивидуалистиче-

¹ *Петражицкий Л.И.* О мотивах человеческих поступков в особенности об этических мотивах и их разновидности. — СПб., 1904. — С. 46.

² *Кистяковский Б.А.* Социальные науки и право. Очерки по методологии социальных наук и общей теории права. — М., 1916. — С. 620, 632, 634.

³ Российское законодательство X—XX веков: В 9 т. — М., 1994. — Т. 9: Законодательство эпохи буржуазно-демократических революций. — С. 271.

ских правовых ценностей сменяется стремлением к достижению общественных (коллективистских) и наоборот. Социально-экономическая политика советского государства в 20-е—30-е годы XX века стимулировала формирование направленности массового правосознания на интернализацию норм права, закреплявших коллективистские правовые ценности. Соответствие результатов социально-экономической политики государства интересам большинства населения страны способствовала, в конечном счете, формированию положительных оценок позитивного права. Особенно это проявилось в послевоенный период.

3. Развитие норм права на основе индивидуализма имеет границы. Такое развитие ограничивается интересами общества, классов и даже интересами отдельных представителей элиты. Поэтому на смену нормам права, которые закрепляют индивидуалистические правовые ценности, приходят нормы права, учитывающие и иные интересы. Период усиливающегося индивидуализма подходит к концу. В таких условиях массовое правосознание оценивает как справедливые не все нормы, закрепляющие индивидуалистические правовые ценности.

И.А. Минникес

Минникес Илья Анисимович — доктор юридических наук, проректор по научной работе Сибирской академии права, экономики и управления (г. Иркутск)

Проблемы преемственности и теория правового регулирования

Теория правового регулирования общественных отношений как составная часть общей теории права прошла сложный путь становления и развития в российской юридической науке. Исследователи конца XIX — начала XX века не пользовались термином «правовое регулирование». Однако многие современные разработки в этой области в значительной степени основываются на идеях, которые сформулировали в своих трудах основоположники российской теории права.

С.А. Муромцев считается основоположником социологического направления в теории права. Как отмечает Ю.И. Гревцов во вступительной статье к книге С.А. Муромцева «Определение и основное разделение права», «система понятий и определений, используемых С.А. Муромцевым, в большинстве своем привычна и понятна ученым не только его времени, однако интерпретация некоторых из них может вызвать затруднения у современного читателя»¹.

С.А. Муромцев не пользуется термином «правовое регулирование» в его современном понимании. Вместе с тем, ряд положений, изложенных в его фундаментальном труде, способствовали в дальнейшем формированию данной категории.

Исследователь исходил из того, что «вместо совокупности юридических норм под правом разумеется совокупность юридических отношений (правовой порядок). Нормы же представляются как некий атрибут порядка»².

В развитие этого положения исследователь различает две формы защиты — неорганизованную и организованную. Организованная защита, по его мнению, осуществляется определенным заранее порядком и, обыкновенно, при содействии особых, установленных для того органов. Организованная форма защиты называется формой юридической или правовой³.

Именно категория «правовой порядок» в предлагаемом понимании означает урегулированность общественных отношений нормами права, пусть даже они и являются только атрибутом этого порядка. Установление определенного порядка юридической защиты свидетельствует о правовой регламентации данных отношений. Примерно так в современной теории права понимается нормативное правовое регулирование.

Еще одна очень интересная идея С.А. Муромцева состоит в том, что под отношением человека к окружающим его предметам и людям понимается возможность известного рода событий, которые обусловлены воздействием предметов и людей на человека и человека на них. Содержание такого отношения определяется свойствами лиц и предметов. И среди данных свойств наряду с остальными называются индивидуальные качества⁴. По сути, это один из первых подходов к такому явлению, как индивидуальное правовое регулирование.

Огромный вклад в становление и развитие общей теории права внес другой русский юрист Н.М. Коркунов. В своих трудах, среди которых особо следует выделить «Лекции по общей теории права»⁵, он сформулировал ряд положений во многом ставших основой современной теории государства и права. Это касается понятия и структуры нормы права, источников права, юридических фактов, применения права и многого другого.

Н.М. Коркунов также не пользовался термином «правовое регулирование», но, вместе с тем, он сформулировал ряд положений, без которых сложно представить современную теорию правового регулирования. Так, юридическое отношение, по его мнению, есть то же житейское, бытовое отношение, только регулируемое юридической нормой⁶.

Эта мысль в чем-то созвучна с идеями С.А. Муромцева, но в отличие от «правового порядка», о котором писал С.А. Муромцев, по Н.М. Коркунову юридические нормы регулируют житейские, бытовые (в современном понимании — общественные отношения), превращая их в юридические отношения (или правоотношения в современной интерпретации).

¹ Цит. по: Муромцев С.А. Определение и основное разделение права. — СПб, 2004. — С. 10. (Первое издание книги вышло в 1879 г.)

² Там же. — С. 57.

³ См. там же. — С. 72—73.

⁴ См. там же. — С. 62.

⁵ См.: Коркунов Н.М. Лекции по общей теории права. — СПб, 2004. (Первое издание вышло в 1886 г.)

⁶ См. там же. — С. 176.

Урегулированность общественных отношений нормами права суть правового регулирования. «Право действует в человечестве, — писал Н.М. Коркунов, — как необходимое и единственное средство установить хотя бы некоторую гармонию постоянно сталкивающихся индивидуальных интересов, не разрушая общества и не отдавая в жертву интересам общественного порядка самостоятельности отдельных людей и их свободу»¹.

Еще более четко эта мысль выражена в разделе о судебной практике, где Н.М. Коркунов отмечал: «В судебной практике юридические нормы выражаются не в общей форме, а лишь в применении к отдельным, частным случаям»². Вместе с тем, Н.М. Коркунов возражал против признания судебной практики источником права. «Ведь суд призван лишь к применению существующего права, ведь, разрешая частные случаи, он должен руководствоваться тем правом, которое уже существовало в то время, когда эти случаи совершились: каким же образом его деятельность может привести к возникновению новых норм? Признать судебную практику самостоятельным источником права — не все ли это равно, что признать за судом право судить не по закону или обычаю, а по своему усмотрению и, таким образом, возвести в общее правило судебский произвол», — отмечал исследователь³.

В настоящее время положение о необходимости учитывать индивидуальные интересы и особенности отдельной личности при разрешении конкретной ситуации с помощью права является одним из основополагающих в концепции индивидуального правового регулирования.

Свое дальнейшее развитие общая теория права получила в начале XX века, прежде всего, в работах Г.Ф. Шершеневича, которые стали основой

Особое значение имеет его книга «Общая теория права»⁴. Ряд интересных положений, касающихся правового регулирования, сформулированы в параграфе под названием «Закон» (§ 39). Г.Ф. Шершеневич писал о том, что формой права, преобладающей в настоящее время у всех цивилизованных народов, является закон, который совершенно отодвинул на задний план все иные формы. В качестве главного свойства закона он называет нормативность⁵. Вместе с тем, автор отмечал, что «государственная власть иногда принимает в законодательном порядке меры, рассчитанные на один случай их применения. Например, законодательное учреждение ассигнует некоторую сумму денег на помощь голодающей части населения, одобряет заграничный или внутренний заем, определяет приход и расход по государственному хозяйству (бюджет). Во всех таких случаях налицо законодательная форма, в которой проявляется воля органов государственной власти, но нет нормы права»⁶.

Таким образом, Г.Ф. Шершеневич, наряду с нормативным регулированием, по сути, говорил об индивидуальном правовом регулировании.

Ряд принципиальных положений, касающихся правового регулирования, сформулированы в параграфе «Судебная практика» (§ 46). Представляют интерес следующие моменты: а) к формам права относят и судебную практику, но далеко не с тем единодушием, как закон и обычай; б) судебное решение, состоявшееся по частному делу, может иметь двоякое значение: оно разрешает тот конкретный случай, который вызвал судебную деятельность, и может стать правилом разрешения подобных случаев на будущее время.

Следует отметить, что за прошедшие сто лет ситуация мало изменилась. Судебная практика по-прежнему далеко не всеми признается формой (источником) права. Что же касается судебного решения, то российская юридическая наука только с начала 90-х годов XX века перешла от огульного отрицания прецедента к возможности признания его источником российского права.

Г.Ф. Шершеневичем была отмечена еще одна закономерность: «Выдвигаясь вначале по мере того, как жизнь создает случай, требующий нормирования, и, приобретая поэтому казуистический характер, право в дальнейшем, при сознательном творчестве, захватывает случаи не только бывшие, но и возможные, и приобретает абстрактный характер. Нормы права не становятся рядом друг с другом, на равном положении, но преобразуются в стройную систему, где нормы располагаются иерархически. Чем развитее право, тем сильнее абстрактность берет верх над казуистичностью, тем меньшее число положений необходимо для того, чтобы охватить с правовой стороны наибольшую область жизненных отношений»⁷. В этом рассуждении показана основная тенденция развития правового регулирования — от казуального к нормативному.

Значительный вклад в становление и развитие теории государства и права внес Е.Н. Трубецкой, среди трудов которого особо следует отметить книгу «Энциклопедия права». Е.Н. Трубецкой отмечал, что право есть порядок, регулирующий отношения отдельных лиц в обществе. Этот порядок проявля-

¹ Коркунов Н.М. Лекции по общей теории права. — СПб, 2004. — С. 338.

² Там же. — С. 357.

³ Там же. — С. 359.

⁴ См.: Шершеневич Г.Ф. Общая теория права. — М., 1912.

⁵ Там же. — Вып. 3. — С. 381.

⁶ Там же.

⁷ Там же. — С. 465.

ется, во-первых, как внешняя свобода лица, и, во-вторых, как правило или норма, с одной стороны — предоставляющая лицу определенную сферу внешней свободы, а с другой стороны — ее ограничивающая¹.

Сопоставляя точки зрения Е.Н. Трубецкого и С.А. Муромцева, можно заметить, что оба исследователя используют термин «порядок» при определении права. Однако в отличие от С.А. Муромцева, который понимал под правом совокупность юридических отношений, Е.Н. Трубецкой говорил о том, что право — это совокупность норм. Причем в его понимании это объективное право, наряду с которым существует еще и субъективное право. В дальнейшем положение о том, что совокупность юридических норм регулирует отношения между людьми, явилось одним из краеугольных камней теории правового регулирования.

Далее, исследуя прецедент, Е.Н. Трубецкой писал: «Элементарное условие всякого правосудия состоит в том, чтобы суд решал все однородные случаи на основании одних и тех же правил. Поэтому решение отдельного казуса устанавливает *прецедент*, то есть общую правовую норму для всех аналогичных случаев. Таким образом, суд не только применяет закон, но и задает новые нормы права в дополнение к нему»².

Более четко об этом сказано в разделе о судебной практике: «Суд есть инстанция, применяющая закон к казусам, встречающимся в действительности. Но в силу невозможности для законодателя предвидеть все разнообразие казусов, судебная практика поневоле не ограничивается одним только применением закона к случаям действительной жизни. В жизни общества встречаются случаи, законом не предусмотренные, и суд, разбирая такие случаи, призван играть творческую роль; он должен разрешать всякие казусы и, сталкиваясь с новыми казусами, волей-неволей вынужден создавать для них новые нормы права»³.

Гораздо позднее специалисты в области общей теории права стали говорить о том, что в приведенных положениях речь идет о взаимосвязи нормативного и индивидуального правового регулирования и о том, что индивидуальное правовое регулирование органично дополняет нормативное.

Как уже отмечалось, Е.Н. Трубецкой различал объективное и субъективное право. Субъективное право в его понимании включает в себе индивидуальные права или правомочия отдельных лиц и служит выражением личного элемента в праве⁴. Эта мысль Е.Н. Трубецкого об индивидуальных правах за много лет до современной интерпретации стала предвестником одного из элементов теории индивидуального правового регулирования.

Безусловно, развитие теории правового регулирования не исчерпывается только положениями, сформулированными в трудах С.А. Муромцева, Н.М. Коркунова, Г.Ф. Шершеневича и Е.Н. Трубецкого. Помимо этого, идеи таких ученых, как Л.И. Петражицкий, И.В. Михайловский, Б.А. Кистяковский, П.И. Новгородцев⁵ и других видных представителей российской юридической науки явились тем фундаментом, на котором строятся многие современные исследования в общей теории государства и права⁶.

Дальнейшее развитие теория правового регулирования получила в советской и современной российской юридической науке.

Одной из несомненных заслуг советской юридической науки является то, что на основе общей теории права была создана теория правового регулирования общественных отношений.

Одним из первых, кто обратился к этой проблематике в советской юриспруденции, был Л.С. Явич.

Опираясь на труды П.С. Стучки⁷ и С.Н. Братуся⁸, в которых, по его мнению, был раскрыт общий смысл правового регулирования, Л.С. Явич в своих ранних работах говорит о праве как регуляторе общественных отношений⁹.

В последующем Л.С. Явич подчеркивал, что «специфика правового регулирования состоит именно в том, что это такое воздействие на общественные отношения, которое связано с установлением

¹ См.: Трубецкой Е.Н. Энциклопедия права. — СПб., 1999. — С. 21.

² Там же. — С. 100.

³ Там же. — С. 130—131.

⁴ Там же. — С. 152.

⁵ См.: Петражицкий Л.И. Теория права и государства в связи с теорией нравственности. — СПб., 1909. — Т. 1—2.; Михайловский И.В. Очерки философии права. — Томск, 1914. — Т. 1; Кистяковский Б.А. Социальные науки и право. Очерки по методологии социальных наук и общей теории права. — М., 1916; Новгородцев П.И. Лекции по истории философии права. Учения нового времени, XVI—XIX вв. — 4-е изд. — М., 1918; и др.

⁶ Подробнее см.: Минникес И.А. Развитие теории правового регулирования в трудах российских юристов конца XIX — начала XX века // История государства и права. — 2007. — № 19. — С. 35—37.

⁷ См.: Стучка П. Революционная роль советского права. — М., 1931.

⁸ См.: Братусь С.Н. О роли советского права в развитии производственных отношений. — М., 1954.

⁹ Явич Л.С. Советское право — регулятор общественных отношений в СССР. — Сталинабад, 1957; Явич Л.С. Право — регулятор общественных отношений // Правоведение. — 1958. — № 2. — С. 19—25; Явич Л.С. О путях воздействия права на общественные отношения // Советское государство и право. — 1959. — № 6. — С. 31—39; Явич Л.С. Проблемы правового регулирования советских общественных отношений. — М., 1961.

юридических прав и обязанностей их участников, с использованием таких прав и исполнением этих обязанностей»¹.

Во многом под влиянием работ Л.С. Явича, большой вклад в становление и развитие теории правового регулирования внесли и другие ленинградские (санкт-петербургские) юристы².

Значителен вклад в осмысление этой проблемы казанских ученых, причем как представителей общей теории права, так и отраслевых юридических наук³.

Но особо следует отметить труды Ф.Н. Фаткуллина⁴. Исследователь полагал, что правовое регулирование может осуществляться при помощи отличающихся друг от друга средств — нормативных и индивидуальных правовых актов. По его мнению, правовое регулирование пронизывает две области правовой действительности — полностью правотворчество и частично правореализацию. Соответственно, оно имеет двухступенчатое строение, позволяющее различать два вида правового регулирования — общее и индивидуальное правовое регулирование⁵.

По мнению Ф.Н. Фаткуллина, индивидуально-правовое регулирование не исчерпывается правоприменением, оно шире и богаче его, и может проявляться также в области правотворчества. Очень интересны и во многом новы для своего времени высказанные им идеи о правоприменительной ошибке как индивидуально-правовом предписании и об индивидуально-правовом регулировании при сложных формах правоприменения — коллизиях и пробелах в праве⁶.

Продолжаются заложенные традиции и в трудах современных представителей казанской юридической школы⁷. Но наиболее полно и всесторонне теоретические проблемы правового регулирования были исследованы представителями уральской юридической школы.

Отправной точкой, фундаментом для дальнейших исследований в этой области является работа С.С. Алексеева «Механизм правового регулирования в социалистическом государстве». Впервые в юридической науке показано, что правовое регулирование связано с действием определенного механизма, который включает в себя всю совокупность юридических средств, исследованы основные элементы этого механизма, его нормативные основы и объективные пределы⁸.

Концептуальные идеи С.С. Алексеева получили дальнейшее развитие в ряде других его работ⁹. Кроме того, это повлияло на развитие учебного курса «Теория государства и права», так как учебная литература во многом отражает те тенденции, которые сформировались в юридической науке. Долгое время во многих учебниках даже не было главы, посвященной правовому регулированию. Во многом благодаря исследованиям С.С. Алексеева, в учебниках по теории государства и права появилась тема «Механизм правового регулирования» или «Правовое регулирование»¹⁰.

В настоящее время заложенные традиции поддерживаются и развиваются в современных учебниках кафедры теории государства и права Уральской государственной юридической академии, которые издаются под редакцией В.Д. Перевалова¹¹.

Продолжая настоящий обзор, необходимо упомянуть еще ряд ученых, занимающихся данной проблематикой, которых условно можно разделить на две группы.

¹ Явич Л.С. Общая теория права. — Л., 1976. — С. 203.

² См., например: Сорокин В.Д. Метод правового регулирования: теоретические аспекты. — М., 1976; Сорокин В.Д. Правовое регулирование: предмет, метод, процесс (макроуровень). — СПб., 2003 и др.

³ См.: Безина А.К. Индивидуально-договорное регулирование труда рабочих и служащих / А.К. Безина, А.А. Бикеев, Д.А. Сафина. — Казань, 1984; Безина А.К. Судебная практика в механизме правового регулирования трудовых отношений. — Казань, 1989; Решетов Ю.С. Реализация норм советского права: системный анализ. — Казань, 1989; Березовская Е.В. Правотолкование и индивидуальное правовое регулирование: Дис... канд. юрид. наук. — Казань, 2005; Шарифуллин В.Р. Частно-правовое регулирование: Дис... канд. юрид. наук. — Казань, 2006 и др.

⁴ См.: Фаткуллин Ф.Н. Проблемы теории государства и права: Курс лекций. — Казань, 1987; Фаткуллин Ф.Н. Проблемы общей теории социалистической правовой надстройки. — Казань, 1980. — Т. 1.

⁵ См.: Фаткуллин Ф.Н. Проблемы теории государства и права: Курс лекций. — Казань, 1987. — С. 136—137.

⁶ См. там же. — С. 139—140, 298—301.

⁷ См.: Шарифуллин В.Р. Частноправовое регулирование: теоретико-правовое исследование. — Казань, 2007; Бакулина Л.Т. Правовое регулирование и правореализация / Л.Т. Бакулина, И.Г. Горбачев, Д.Н. Горшунов. — Казань, 2008; и др.

⁸ См.: Алексеев С.С. Механизм правового регулирования в социалистическом государстве. — М., 1966.

⁹ См.: Алексеев С.С. Проблемы теории права: Курс лекций: В 2 т. — Свердловск, 1972—1973; Алексеев С.С. Общая теория права: Курс в 2 т. — М., 1981—1982; Алексеев С.С. Общие дозволения и общие запреты в советском праве. — М., 1989; Алексеев С.С. Теория права. — М., 1995; Алексеев С.С. Частное право. — М., 1999; Алексеев С.С. Право: азбука — теория — философия. Опыт комплексного исследования. — М., 1999; Алексеев С.С. Право на пороге нового тысячелетия. — М., 2000; Алексеев С.С. Восхождение к праву. Поиски и решения. — М., 2001; Алексеев С.С. Линия права. — М., 2006; Алексеев С.С. Общая теория права. — 2-е изд. — М., 2008 и др.

¹⁰ См.: Теория государства и права / Под ред. С.С. Алексеева. — М., 1985; Проблемы теории государства и права / Под ред. С.С. Алексеева. — М., 1979.

¹¹ См.: Теория государства и права / Под ред. В.Д. Перевалова. — 3-е изд. — М., 2004 и последующие издания, а также предыдущие издания этого учебника, выпущенные под редакцией В.М. Корельского и В.Д. Перевалова: Теория государства и права / Под ред. В.М. Корельского, В.Д. Перевалова. — М., 1997; — 2-е изд. — М., 2000.

Первая группа — это профессура Уральской государственной юридической академии (Свердловского юридического института), основные труды которых посвящены другим проблемам теории права, но и теоретические вопросы правового регулирования нашли в них надлежащее отражение.

Так, в монографических работах А.Ф. Черданцева исследуются в основном проблемы толкования и методологии права. Но и в них анализируются вопросы, без которых немыслима современная теория правового регулирования — об идеальных объектах и роли языка в правовом регулировании, о фактах и оценке в правовом регулировании¹, об обязательности толкования и правовой природе актов судебного нормативного толкования².

Цикл статей А.Ф. Черданцева, посвященных проблемам системы права, закладывают методологическую основу для исследования правового регулирования как системного явления³, а в некоторых его статьях исследуется непосредственно правовое регулирование в аспекте толкования и применения права.⁴

Вопросы правового регулирования нашли отражение и в авторском учебнике А.Ф. Черданцева⁵.

Основные труды И.Я. Дюрягина посвящены применению норм советского права и проблеме права и управления⁶. В них право рассматривается как важнейшее средство социального управления, показаны правоприменительное отношение как форма управленческого отношения, юридический механизм управления и социально-управленческая природа применения права.

Данные идеи получили развитие в ряде его статей⁷. Обратившись к проблемам отраслевого российского законодательства, И.Я. Дюрягин также внес вклад в развитие теории правового регулирования, поставив вопрос о разработке механизма уголовно-процессуального регулирования⁸.

А.С. Шабуров в своих работах много внимания уделяет вопросам юридической ответственности⁹. Но и проблемы правового регулирования входят в сферу его научных интересов. В одной из ранних своих статей он исследовал соотношение автономного и индивидуального правового регулирования¹⁰. В последние годы автор вновь обратился к проблемам правового регулирования в монографических исследованиях, написанных в соавторстве¹¹.

Методологические проблемы современной юриспруденции глубоко исследованы в трудах еще одного представителя уральской юридической школы — Н.Н. Тарасова¹². Следует отметить, что ранее

¹ См.: Черданцев А.Ф. Логико-языковые феномены в праве, юридической науке и практике. — Екатеринбург, 1993.

² См.: Черданцев А.Ф. Толкование советского права: теория и практика. — М., 1979; Черданцев А.Ф. Толкование права и договора. — М., 2003.

³ См.: Черданцев А.Ф. Системность норм права // Сборник ученых трудов СЮИ. — 1970. — Вып. 12. — С. 47—63; Черданцев А.Ф. Специализация и структура норм права // Правоведение. — 1970. — № 1. — С. 41—49; Черданцев А.Ф. Системообразующие связи права // Советское государство и право. — 1974. — № 8. — С. 10—17 и др.

⁴ См.: Черданцев А.Ф. Место толкования в механизме правового регулирования // Материалы конференции по итогам научно-исследовательской работы за 1969 год. — Свердловск, 1969. — С. 82—86; Черданцев А.Ф. Правовое регулирование и конкретизация права // Применение советского права: Сборник ученых трудов. — Свердловск, 1974. — Вып. 30. — С. 15—37; и др.

⁵ См.: Черданцев А.Ф. Теория государства и права. — М., 2003.

⁶ См.: Дюрягин И.Я. Применение норм советского права: теоретические вопросы. — Свердловск, 1973; Дюрягин И.Я. Применение норм советского права и социальное (государственное) управление: теоретические проблемы: Дис... д-ра юрид. наук. — Свердловск, 1975; Дюрягин И.Я. Право и управление. — М., 1981.

⁷ См.: Дюрягин И.Я. Правоприменительные отношения как разновидность управленческих правоотношений // Советское государство и право. — 1977. — № 7. — С. 46—54; Дюрягин И.Я. О понятии механизма реализации нормативных правовых актов // Механизм реализации нормативных правовых актов: Сборник научных трудов. — Челябинск, 1995. — С. 3—17 и др.

⁸ См.: Дюрягин И.Я. О разработке механизма уголовно-процессуального регулирования // Научные и практические проблемы уголовного судопроизводства в свете судебно-правовой реформы: Материалы научно-практической конференции. — Ижевск, 1989. — С. 21—24.

⁹ См.: Шабуров А.С. Социальная ответственность личности в условиях перестройки. — Свердловск, 1990; Шабуров А.С. Политические и правовые аспекты социальной ответственности личности: Дис... д-ра юрид. наук. — Екатеринбург, 1992. См., также: Шабуров А.С. Проблемы юридической ответственности в отечественном правоведении // Юридическая наука и практика: проблемы теории и истории: Сборник научных статей. — Курган, 2002; Шабуров А.С. Теоретические проблемы позитивной юридической ответственности // Проблемы юридической ответственности: история и современность. — Тюмень, 2004. — Ч. 1. — С. 3—6; и др.

¹⁰ См.: Шабуров А.С. О соотношении автономного и индивидуального правового регулирования // Сборник аспирантских работ: Материалы ежегодной аспирантской конференции. — Свердловск, 1974. — Вып. 17. — С. 40—45.

¹¹ См.: Орлов К.А. Правовое регулирование и средства массовой информации / К.А. Орлов, А.С. Шабуров. — Екатеринбург, 2010; Коробкина В.А. Механизм локального правового регулирования трудовых отношений в России / В.А. Коробкина, А.С. Шабуров. — Курган, 2010.

¹² См.: Тарасов Н.Н. Методологические проблемы юридической науки. — Екатеринбург, 2001; Тарасов Н.Н. Методологические проблемы современного правоведения: Дис... д-ра юрид. наук. — Екатеринбург, 2002; Тарасов Н.Н. Метод и методологический подход в правоведении (попытка проблемного анализа) // Правоведение. — 2001. — № 1. — С. 31—50; Тарасов Н.Н. Объект и предмет юридической науки: подходы и методологические смыслы различия // Правоведение. — 2010. — № 1. — С. 20—35 и др.

автором защищена диссертация, посвященная непосредственно правовому регулированию, точнее роли социально-психологических факторов в правовом регулировании. Исследованы объективный характер и значение социально-психологических факторов в правовом регулировании, роль права в системе социально-нормативного регулирования, социально-психологические аспекты способов правового регулирования¹.

В 1973 году в Свердловском юридическом институте состоялась конференция «Индивидуальное регулирование в советском праве». Выступления участников были посвящены вопросам понятия индивидуального регулирования, его пределам, видам, месту в механизме правового воздействия и другим аспектам рассматриваемой проблемы². Данная конференция явилась своеобразным толчком к развитию нового направления в теории правового регулирования — индивидуального правового регулирования.

Значительный вклад в развитие теории правового регулирования внесли и другие представители уральской юридической школы, причем как специалисты в области общей теории права, так и отраслевых юридических наук, прежде всего гражданского права³.

Вторая группа — это ученые, которые сформировались в уральской юридической школе, прошли там аспирантскую и докторантскую подготовку, защитили кандидатские и докторские диссертации, но большая часть их преподавательской и научной деятельности проходила в других вузах и научных учреждениях.

Прежде всего, необходимо назвать В.Б. Исакова. Его монографии, кандидатская и докторская диссертации подготовлены во время работы автора в Свердловском юридическом институте⁴. Исследуются место юридических фактов и фактических составов в системе правового регулирования, юридические факты и индивидуальное регулирование.

В этот же период подготовлен ряд статей, посвященных проблеме правового регулирования⁵.

Подобно В.Б. Исакову, Т.В. Кашанина также закончила аспирантуру, защитила кандидатскую диссертацию в Свердловском юридическом институте и опубликовала за время работы в этом вузе несколько статей по теории правового регулирования⁶.

Но основные работы, посвященные данной проблематике, автор написала, работая в Московской государственной юридической академии (Московском юридическом институте).

Прежде всего, это ее диссертация на соискание ученой степени доктора юридических наук «Децентрализация в правовом регулировании (структурный анализ)»⁷. В диссертации глубоко исследу-

¹ См.: *Тарасов Н.Н.* Роль социально-психологических факторов в правовом регулировании: Дис... канд. юрид. наук. — Свердловск, 1979.

² См.: Сборник аспирантских работ: Материалы ежегодной аспирантской конференции / Отв. ред. В.М. Семенов. — Свердловск, 1974. — Вып. 17. Обзор материалов конференции см.: *Самигуллин В.К.* Индивидуальное регулирование в советском праве // Правоведение. — 1974. — № 5. — С. 147.

³ См.: *Русинов Р.К.* О социально-психологических аспектах правоприменительной деятельности // Применение советского права: Сборник научных трудов. — Свердловск, 1974. — Вып. 30. — С. 65—70; *Леушин В.И.* Юридическая практика в социалистическом обществе (гносеологический и специально-юридический аспект): Дис... д-ра юрид. наук. — Свердловск, 1990; *Архипов С.И.* Правовое регулирование и правовая коммуникация // Вестник Гуманитарного университета: Научный альманах. — Екатеринбург, 2005. — Вып. 4. — С. 36—48; *Красавчиков О.А.* Гражданские организационно-правовые отношения // Советское государство и право. — 1966. — № 10. — С. 50—57; *Красавчиков О.А.* Диспозитивность в гражданско-правовом регулировании // Советское государство и право. — 1970. — № 1. — С. 41—49; *Яковлев В.Ф.* Гражданско-правовой метод регулирования общественных отношений. — Свердловск, 1972; *Молчанова Т.Н.* Диспозитивность в советском гражданском праве: Дис... канд. юрид. наук. — Свердловск, 1972; *Казанцев М.Ф.* Договорное регулирование: цивилистическая концепция. — Екатеринбург, 2005; и др.

⁴ См.: *Исаков В.Б.* Фактический состав в механизме правового регулирования. — Саратов, 1980; *Исаков В.Б.* Юридические факты в советском праве. — М., 1984; *Исаков В.Б.* Фактический (юридический) состав в механизме правового регулирования: Дис... канд. юрид. наук. — Свердловск, 1975; *Исаков В.Б.* Проблемы теории юридических фактов: Дис... д-ра юрид. наук. — Свердловск, 1985.

⁵ См.: *Исаков В.Б.* Функции фактической предпосылки правоотношения в правовом регулировании общественных отношений // Сборник аспирантских работ. — Свердловск, 1973. — Вып. 15. — С. 86—90; *Исаков В.Б.* Акты индивидуального регулирования и юридические факты в механизме правового регулирования // Сборник аспирантских работ: Материалы ежегодной аспирантской конференции. — Свердловск, 1974. — Вып. 17. — С. 23—26; *Исаков В.Б.* Функции фактических обстоятельств в механизме правового регулирования // Советское государство и право. — 1975. — № 2. — С. 114—117; *Исаков В.Б.* Правовое регулирование и юридические факты // Правоведение. — 1980. — № 5. — С. 34—37 и др.

⁶ См.: *Кашанина Т.В.* Оценочные понятия в советском праве: Дис... канд. юрид. наук. — Свердловск, 1974; *Кашанина Т.В.* Роль оценочных понятий в правовом регулировании // Применение советского права: Сборник ученых трудов. — Свердловск, 1974. — Вып. 30. — С. 122—127; *Кашанина Т.В.* Пределы индивидуального регулирования и средства их установления // Сборник аспирантских работ: Материалы ежегодной аспирантской конференции. — Свердловск, 1974. — Вып. 17. — С. 16—19; *Кашанина Т.В.* Индивидуальное регулирование общественных отношений как элемент системы правового регулирования / Т.В. Кашанина, В.Б. Исаков, В.К. Самигуллин // Там же. — С. 3—12; и др.

⁷ См.: *Кашанина Т.В.* Децентрализация в правовом регулировании (структурный анализ): Дис... д-ра юрид. наук. — М., 1992.

ются такие проблемы как система правового регулирования, его понятие, сфера и виды (причем автор различает виды и разновидности правового регулирования). Т.В. Кашанина рассматривает централизацию как закономерное явление в праве, при этом выявляет факторы, обуславливающие децентрализованное правовое регулирование, показывает соотношение централизованного и децентрализованного правового регулирования. Большой интерес представляют разделы работы, посвященные локальному и индивидуальному правовому регулированию.

Серьезный вклад в развитие теории правового регулирования внесли и статьи Т.В. Кашаниной¹.

Следует назвать и ученых, которые, защитив кандидатские диссертации в Свердловском юридическом институте, в последующим преподавали и защищали докторские диссертации в других вузах, но без них картина уральской школы теории права была бы неполной².

Велика роль в становлении теории правового регулирования В.М. Горшенева. Его докторская диссертация защищена в Свердловском юридическом институте³. На основе диссертации была издана фундаментальная монография⁴. Правовому регулированию посвящен цикл статей автора⁵.

В своих трудах В.М. Горшенев исследовал природу и содержание правового регулирования, его понятие, функции, способы. Подробно изучены природа и содержание организационных форм (структуры) правового регулирования, функции и особенности правоприменительного процесса, содержание и особенности норм процессуального права. В последующем при его участии было издано ряд монографий и сборников научных трудов, посвященных теории юридического процесса⁶.

И в заключение хотелось бы отметить большую роль уральской школы теории права в становлении иркутской юридической школы.

Под руководством С.С. Алексева, А.Ф. Черданцева и В.Д. Первалова подготовили и защитили кандидатские и докторские диссертации В.И. Нижечек, Н.А. Власенко, И.А. Минникес⁷, которые также внесли вклад в развитие теории правового регулирования.

¹ См.: Кашанина Т.В. Соотношение централизованного и децентрализованного правового регулирования // Правоведение. — 1991. — № 4. — С. 54—64; Кашанина Т.В. Децентрализованное регулирование в правовом государстве // Правовое государство: проблемы формирования: Сборник статей. — Красноярск, 1991. — С. 43—54; Кашанина Т.В. Индивидуальное регулирование в правовой сфере // Советское государство и право. — 1992. — № 1. — С. 122—130; Кашанина Т.В. Система правового регулирования в демократическом государстве. — М., 1996. — С. 109—116; и др.

² См.: Кожевников С.Н. Меры защиты в советском праве: Дис... канд. юрид. наук. — Свердловск, 1968; Кожевников С.Н. Социально-правовая активность личности и условия ее действительности: Дис... д-ра юрид. наук. — М., 1991; Реутов В.П. Юридическая практика и развитие законодательства: Дис... канд. юрид. наук. — Свердловск, 1968; Реутов В.П. Структурирование правовой системы как выражение ее функциональных возможностей: Дис... д-ра юрид. наук. — Н. Новгород, 2004; Бабаев В.К. Презумпции в советском праве: Дис... канд. юрид. наук. — Свердловск, 1969; Бабаев В.К. Логические проблемы социалистического права: Дис... д-ра юрид. наук. — Горький, 1980; Сапун В.А. Социальная структура правосознания и реализация права: Дис... канд. юрид. наук. — Свердловск, 1978; Сапун В.А. Теория правовых средств и механизм реализации права: Дис... д-ра юрид. наук. — Н. Новгород, 2002; Шафиров В.М. Правовая активность граждан в развитом социалистическом обществе (общетеоретические вопросы): Дис... канд. юрид. наук. — Свердловск, 1979; Шафиров В.М. Естественно-позитивное право (проблемы теории и практики): Дис... д-ра юрид. наук. — Н. Новгород, 2005; и др.

³ См.: Горшенев В.М. Способы и организационные формы правового регулирования в современный период коммунистического строительства: Дис... д-ра юрид. наук. — Свердловск, 1969.

⁴ Горшенев В.М. Способы и организационные формы правового регулирования в социалистическом обществе. — М., 1972.

⁵ См.: Горшенев В.М. О повышении роли общественных организаций в правовом регулировании // Советское государство и период развернутого строительства коммунизма: Тезисы докладов и научных сообщений (6—9 марта 1962 г.). — Харьков, 1962. — С. 45—47; Горшенев В.М. К вопросу о методах правового регулирования в период развернутого строительства коммунизма // Вопросы экономики, государства и права в решениях XII съезда КПСС: Май 1962 г.: Доклады. — Томск, 1962. — С. 55—57; Горшенев В.М. О структуре правового регулирования социалистических общественных отношений // Доклады по вопросам конкретной экономики и советского права. — Томск, 1963. — С. 30—33; Горшенев В.М. О демократизации правового регулирования в современный период // Право и коммунизм: сборник статей. — М., 1965. — С. 87—117; Горшенев В.М. Понятие метода правового регулирования и его разновидности // Сборник ученых трудов. — Свердловск, 1966. — Вып. 5. — С. 388—415; Горшенев В.М. Правовое регулирование и организация управления социалистическим обществом // Материалы теоретической конференции, посвященной 50-летию Советской власти. — Свердловск, 1968. — С. 25—32; Горшенев В.М. Структура механизма правового регулирования в общенародном государстве // О научном единстве проблем общей теории права и трудового права: Труды ВЮЗИ. — М., 1978. — Т. 56. — С. 41—52; и др.

⁶ См.: Актуальные проблемы юридического процесса в общенародном государстве: Сборник научных трудов. — Ярославль, 1980; Теория юридического процесса / Под ред. В.М. Горшенева. — Харьков, 1985; и др.

⁷ См.: Нижечек В.И. Правовое регулирование в системе нормативного регулирования общественных отношений в СССР: Дис... д-ра юрид. наук. — Свердловск, 1975; Власенко Н.А. Коллизионные нормы в советском праве: Дис... канд. юрид. наук. — Свердловск, 1982; Власенко Н.А. Проблемы точности выражения формы права (лингвистический анализ): Дис... д-ра юрид. наук. — Екатеринбург, 1997; Минникес И.А. Объективно-противоправное деяние: Дис... канд. юрид. наук. — Свердловск, 1987; Минникес И.А. Индивидуальное правовое регулирование (теоретико-правовой анализ): Дис... д-ра юрид. наук. — Екатеринбург, 2009.

В.И. Нижечек рассматривал социальные нормы как основу нормативного регулирования общественных отношений. Исследуя сущность, основные признаки и виды социальных норм, а также объективные основы взаимодействия норм в процессе нормативного регулирования, он пришел к выводу, что нормативное регулирование — это важнейшая форма регулирования общественных отношений, показал системный характер нормативного регулирования¹.

Научные интересы Н.А. Власенко главным образом лежат в сфере правотворчества. Но ряд его работ позволяют и теорию правового регулирования вывести на новый качественный уровень².

Автор настоящей статьи также внес свой посильный вклад в развитие теории правового регулирования. Сферой моих интересов являются проблемы индивидуального правового регулирования. Ряд публикаций был сделан во время подготовки докторской диссертации³. Сохранился интерес к этой проблеме и после защиты диссертации⁴.

Приведенный обзор не является исчерпывающим. Безусловно, еще многие ученые имеют все основания быть включенными в этот обзор. В статье показаны лишь основные подходы к теории правового регулирования и упомянуты исследователи, которые внесли наибольший вклад в осмысление данной проблемы.

¹ См.: *Нижечек В.И.* Советское право в системе нормативного регулирования социалистических общественных отношений. — Иркутск, 1973; *Нижечек В.И.* Нормативное регулирование социалистических общественных отношений // Правоведение. — 1974. — № 5. — С. 14—20.

² См.: *Власенко Н.А.* Коллизионные нормы в советском праве. — Иркутск, 1984; *Власенко Н.А.* Об аналогии в современном процессуальном праве // Российская юстиция. — 2005. — № 2. — С. 32—36; *Власенко Н.А.* Неопределенность в праве: понятие и пути исследования // Российское правосудие. — 2006. — № 7. — С. 4—12; *Власенко Н.А.* Правовая природа, виды и понятие правовых позиций // Российское правосудие. — 2008. — № 9. — С. 32—41; и др.

³ См.: *Минникес И.А.* Индивидуальное правовое регулирование: проблемы теории и практики. — Иркутск, 2008; *Минникес И.А.* Индивидуальное правовое регулирование: понятие и виды. — Иркутск, 2009; *Минникес И.А.* Правовая персонификация: практические аспекты индивидуального правового регулирования / Научные доклады Института законодательства и правовой информации. — Иркутск, 2009. — Вып. 3; *Минникес И.А.* Индивидуальное правовое регулирование: понятие, правотворческая деятельность, правовые акты // Научные доклады Института законодательства и правовой информации. — Иркутск, 2009. — Вып. 4; и др.

⁴ См.: *Минникес И.А.* Об индивидуальной норме и индивидуальном правовом регулировании // Российский юридический журнал. — 2009. — № 5. — С. 69—74; *Минникес И.А.* Техника индивидуальных правовых актов // Современные проблемы правотворчества и правоприменения: Сборник научных трудов. — М.; Иркутск, 2009. — Вып. 7. — С. 8—12; *Минникес И.А.* Правовое регулирование: нормативные и индивидуальные начала // Вестник Сибирской академии права, экономики и управления. — 2010. — № 1. — С. 4—11; *Минникес И.А.* О прецедентном регулировании // Российский юридический журнал. — 2011. — № 1. — С. 120—126; *Минникес И.А.* О проблеме автономного индивидуального регулирования // Актуальные проблемы частного права: Сборник научных трудов. — Новосибирск, 2011. — С. 102—114; и др.

А.И. Овчинников

Овчинников Алексей Игоревич — доктор юридических наук, профессор, начальник кафедры теории и истории государства и права Ростовского юридического института МВД России

Архетипы правовой культуры и преемственность в государственно-правовом развитии России

Преемственность в государственно-правовом развитии русского народа крайне важна для современного общества, теряющего прежние ценностные ориентиры и напоминающего слепца, который может вот-вот упасть в яму, потянув за собой еще немало подобных слепцов: от судьбы русского народа зависят судьбы иных народов, этносов, населяющих пространства Евразии. Дискурс относительно преемственности правовых норм, институтов и, самое главное, ценностей уже представляет собой важный шаг по формированию, а точнее, по «ремонту» фундамента русской государственности, традиционно основанной на православной духовно-нравственной вертикали ценностей.

Каждый народ, каждое государство имеет свою духовную, религиозную историю, так как в основе культурной и национальной идентичности любого народа лежат именно религиозные особенности, которые впоследствии формируют нравы, менталитет, правосознание общества. Для российского государства такой государствообразующей и культуuroобразующей религией является православие, которое еще в 988 году стало официальной религией на Руси благодаря активной деятельности равноапостольного святого князя Владимира. Из язычников, совершавших дикие оргии, кровавые жертвоприношения, бесконечные набеги и военные походы на соседние народы, восточные славяне стали превращаться в кроткий, богобоязненный и великодушный народ, стали строить единое мощное государство на территории, ранее раздираемой междоусобицами. Сам князь Владимир из буйного, агрессивного, хитрого и воинственного правителя, многоженца и братоубийцы превратился в кроткого и смиренного христианина, ставшего образцом святости и воинской доблести одновременно. За оружие князь брался только для защиты Отечества, а за свою благотворительность и попечительство о бедных, больных, убогих народ прозвал его Владимиром Красное Солнышко.

Расцвет и могущество русского государства происходило всегда в те периоды, когда в народе существовали церковное единство, соборность, скрепленные общей верой, общими ценностями. И, напротив, кризис, смута и революции, особенно большевистский переворот в октябре 1917 года, приходились на те периоды, когда ослабевало или вовсе исчезало духовное единство нашего народа.

Поэтому крайне важным в современных условиях видится духовное развитие нашего народа, а не только экономическая или политическая стабильность и безопасность. Ведь именно духовно-нравственные, а не материальные ценности сыграли главную роль в процессе формирования архетипов правовой и политической культуры, определили основные этапы и достижения государственно-правового развития России. Систему духовно-нравственных архетипов правовой культуры раскрывает консервативная философия права, основы которой в России были заложены известными русскими мыслителями А.И. Кошелевым, А.С. Хомяковым, И.В. Киреевским, Ф.М. Достоевским и др. Именно консерваторам принадлежит авторство в открытии особой миссии России — служить миру примером верховенства духовных ценностей везде: в политике, культуре, государственной жизни.

Духовно-нравственные ценности имеют религиозную природу и ведут к достижению Вечных, Высших или, точнее, Небесных идеалов (Бог, Добро, Красота, Любовь к Богу и ближним). Благо нации и государства можно рассматривать как ценности духовного порядка в том случае, если целью их существования является достижение Небесных идеалов. В России всегда и нация, и государство были едины в коллективном стремлении русского народа к обретению мира и нравственной чистоты.

В отличие от общества потребления, общество, где главную роль играет мир духовных ценностей, порождает и цивилизацию духовную, или цивилизацию служения, в которой служение ближнему окзывается одной из высших ценностей. Такой цивилизацией является Россия, где традиционно на первом месте стояли идеалы сострадания, милосердия, добра, нравственной чистоты и красоты. Система ценностей русской государственности определяется религиозным смыслом и вечными ценностями православного христианства.

В последние два десятилетия Россия в законодательстве закрепила ценности общества потребления и правового государства, руководствуясь идеей заимствования достижений западной цивилизации, построенной на ценностях материальных, а не духовно-нравственных. Между тем государство на постхристианском Западе претерпевает не лучшие времена: огромное число социальных болезней, нищета, бедность, одиночество являются бичом развитых стран. Не случайно в европейских

странах так высок процент суицида. Кризис семейных отношений, демографическая катастрофа, экологические бедствия, дефицит сострадания и милосердия, гомосексуализм и иные извращения, утрата смысла жизни, наркотизация, эгоизация общества — все это результат духовного кризиса, разрушения традиционных ценностей. Об этом говорят и юристы: «Человек Запада находится в гуще беспрецедентного кризиса правовых ценностей и правового мышления» (Г.Дж. Берман), подчеркивая кризис правосознания современного жителя западных стран.

К сожалению, Россия стала на путь разрушения традиционных ценностных устоев еще в XIX веке. Начало этому положили русские западники, либерал-демократы и большевики, которые предпочли материальные ценности и земные блага вечным ценностям. Построение общества сытости и достатка не удалось, и в результате кризиса коммунистической идеи возник ценностный вакуум, который был заполнен либеральными ценностями, защищенными на конституционном уровне. Либеральные реформы последних лет опровергли прогнозы русских эмигрантов относительно духовного возрождения России после «коммунистического мракобесия».

В юридической литературе процесс либеральной идеологизации правового мышления особенно успешен. Идея и понятие «прав человека» стала заслонять традиционно равновесное в юриспруденции понятие «обязанности». Теоретики как один разрабатывают механизмы реализации прав человека, их оптимизации и обеспечения. Доходит до откровенного отрицания основополагающих в русской истории ценностей и норм, даже такого идеала, как «воинский долг». Например, в одной из диссертаций последних лет обосновывается тезис о том, что обязанность военнослужащего исполнить воинский долг с риском для жизни противоречит его праву на жизнь: «Недопустимо существование законодательного закрепления положения о “риске для жизни” в отношении военнослужащего, исполняющего обязанность по вооруженной защите Российской Федерации, что может повлечь... ограничение права на здоровье, личную безопасность и неприкосновенность»¹.

Между тем, в истории России мы встречаем совершенно противоположное отношение к государству и праву. Сам термин «государство» связан с понятиями «государь», «господарь — глава семьи («оспода» — семья)». Поэтому государство воспринималось русским человеком, скорее, как большая, разросшаяся семья, где все родственники друг другу. До сих пор большинство россиян разделяет архетип государства — большой семьи. Атомизированное общество и государство еще не стало определяющим началом для отечественной правовой и политической культуры.

Ценности русской государственности строились вокруг восприятия русской земли как святыни, а Русь имела образ огромного дома, обители русского народа и православной христианской веры. Соответственно и князь воспринимался как защитник земли Русской, отвечающий перед Богом за ее судьбу. Следовательно, князь имеет не право княжения, а обязанность попечения о народе своем, и обязанности Князя от Бога. Князь — охранитель православия, гарант избранного пути ко спасению народа.

Духовные ценности оказали влияние и на архетипы правосознания русского человека. Особенность отечественной правовой культуры заключается в восприятии прав личности не в качестве абсолютной ценности, а в качестве средства для служения обществу. Например, право воспитания детей рассматривается как средство для исполнения обязанности формирования личности христианина, порядочного человека, нравственной личности. Право на власть, управление понимается как средство для исполнения обязанности служения, а не привилегия. Право на свободу толкуется как возможность строить свой быт, свою жизнь в соответствии с верой отцов.

Большую роль играли в истории русского права архетипы и ценности Совести и Закона. Считалось, что закон служит только для бессовестных, забывших Бога людей. Во многом эта архетипическая установка следует из следующих евангельских слов: «...Закон положен не для праведника, но для беззаконных и непокоривых, нечестивых и грешников, развратных и оскверненных, для отцеубийц, человекоубийц, для блудников... (1 Тим. 1, 9)».

Именно евангельские ценности способствовали и неприязни русского человека к судебным тяжбам. В отличие от западных народов, русский народ не принимал доносы и суды в качестве нормального элемента общественной жизни, следуя таким словам Спасителя: «мирись с соперником твоим скорее, пока ты еще на пути с ним, чтобы соперник не отдал тебя судье, а судья не отдал бы тебя слуге, и не ввергли бы тебя в темницу. Истинно говорю тебе: ты не выйдешь оттуда, пока не отдашь до последнего кодранта» (Матф. V: 25, 26). Таким образом, именно православные христианские идеалы были путеводными в тысячелетней истории Российского государства.

К сожалению, современная правовая политика нашего государства весьма далека от программы реализации духовно-нравственных ценностей. Прежде всего, отталкивает от уважения к Основному закону сама Конституция РФ. Согласно Конституции, Россия — страна идеологического плюрализма, в которой запрещено закрепление в качестве государственной какой-либо идеологии. Возникает

¹ Ушамирский А.Э. Механизм реализации субъективных прав военнослужащих в России (вопросы теории и практики): Автореф. дис... канд. юрид. наук. — Волгоград, 2006. — С. 11.

вопрос: каким образом выстраивается система ценностных предпочтений, ими обосновывается нормативная деятельность государства? Ведь норма — это, прежде всего, какая-то защищаемая ценность и, следовательно, система норм или система законодательства (системность — один из необходимых принципов права) — это, прежде всего, система ценностей, их объективации. Значит, государственная идеология присутствует неизбежно в системе правовых норм, издаваемых государством. Следовательно, какая-то государственная идеология также присутствует в сегодняшней системе права и правовой системе России, как присутствовала она десять, двадцать лет тому назад. Это первый аргумент, опровергающий ложь либералов: если высшей ценностью признается человек, его права и свободы, то мы уже имеем дело с иерархизацией ценностей и идеалов.

В самом деле, если внимательно изучить первые главы Конституции, то нетрудно заметить, что наиболее идеологизированной частью системы права является сама Конституция РФ. Ее нормы являются собой цели по отношению ко всем остальным нормам системы права, которые могут быть рассмотрены как средства для достижения целей (реализации ценностей), заложенных в конституционных нормах. Систему законодательства можно представить себе в качестве пирамиды норм, на каждом уровне которой прослеживается связь основания с вершиной. Государственно-правовая идеология, будучи закрепленной в основной, самой вышестоящей норме — Конституции, ввиду того что все нормативно-правовые акты должны соответствовать последней, «разлита» по всей пирамиде нижестоящих правовых норм, вплоть до основания, оказывая влияние на их содержание.

Исходя из того, на каком месте в Конституции РФ 1993 года расположены правовые ценности, мы можем определить действующую государственно-правовую идеологию как либерально-демократическую. Правовая идеология, являющаяся частью последней, может быть названа «индивидуалистической», основывающейся на принципах рационалистической версии естественного права.

Особенностью либерально-демократической идеологии является то, что в ее сердцевине отрицается возможность существования общих или базовых ценностей. Ценен только индивид сам по себе и его интересы. Поэтому вполне логично, что Конституция РФ 1993 года, представляя собой идеологический программный документ, формально признает идеологическое многообразие или идеологическую свободу. Это очень напоминает моральный анархизм или автономизацию морали, согласно которой «аморальность — тоже своего рода мораль».

Наконец, идеологический плюрализм невозможен при нынешней системе парламентаризма. Правящее большинство в Государственной Думе разве не является идеологическим большинством, определяющим политику страны? Поэтому одной из базовых ценностей нашего общества является не идеологический плюрализм, а четкая и внятная позиция государственной власти по отношению к духовно-нравственным идеалам и ценностям, к самим базовым ценностям. Можно эту ценность назвать как угодно: национальной идеей, государственным идеалом, Основным принципом и т. д. Для меня очевидно, что будущее России возможно лишь на основе имперской идеи, поэтому одной из базовых ценностей отечественной государственности является идея империи, то есть государства, обладающего абсолютным внутренним и внешним суверенитетом.

Следующий ложный тезис, на котором строится современное российское государство, усиленно распространяется в учебниках обществознания и теории государства и права. Тезис этот предполагает в качестве аксиомы идеал «правового государства» в качестве наилучшего для нашего будущего. При этом идея правового государства выдается как высшее достижение человеческого разума, обществу предлагается правление Закона, на котором основана доктрина правового государства. Но любой студент-третьекурсник, изучая уголовное право и криминологию, видит нравственную основу уголовно-правовой политики, без которой ни одно государство не обойдется, так как одними лишь мерами принуждения государство не построишь. Следовательно, необходимы методы убеждения, апеллирующие к правосознанию, совести и нравственной поддержке общественной жизни. Не правовое государство, а нравственно-правовое необходимо признавать в качестве базовой ценности и идеала общественного и государственного. Кроме того, правление закона невозможно в принципе: во-первых, власть закона бесчеловечна, несовершенна и несправедлива, об этом известно было еще римлянам: «несправедливый закон не рождает право» и «в гражданском праве всякое определение опасно, ибо немало случаев, когда оно может быть опровергнуто»; во-вторых, закон править не может, закон это текст, а текст подлежит интерпретации, пониманию, освоению со стороны применяющего закон, что выводит на первый план правосознание, мировоззрение правоприменителя, в котором будет осмыслен закон, то есть в котором будет рожден смысл закона, впоследствии приписанный ему.

Следующий принцип нашего государственно-правового развития основан на признании в качестве единственно возможной формы демократического управления в современном мире — парламентской демократии. Не вдаваясь в спор о том, что предпочтительней — монархия или республика, следует отметить, что даже для демократического режима существуют более оптимальные формы, например, те же Советы народных депутатов. Значительно ближе к народу были эти органы законодательной власти, жаль только, партийное всевластие КПСС не давало им эффективно работать, посто-

янно контролируя и вмешиваясь в их деятельность. Делегат от трудового коллектива или организации значительно лучше знает проблемы народа, чем певец, спортсмен или бизнесмен, которые составляют большинство в партийных списках. Поэтому одной из базовых ценностей является ценность народовластия через соборное представительство.

Еще один ложный принцип государственного строительства нашего времени: свободные СМИ — гарант демократии. СМИ в рыночном обществе по определению не могут быть свободными. Собственники «газет и пароходов» не могут желать своему государству каких-то иных идеалов, кроме тех, которые предлагает радикальный рыночный либерализм. С помощью СМИ можно за относительно короткое время из «никого» сделать «лидера нации». В условиях информационного общества современные технологии манипуляции сознанием позволяют владельцам СМИ эффективно управлять любыми процессами: хоть маркетингом, хоть выборами в Думу.

Следующей базовой ценностью является исторический опыт нашего народа, его беспримерное законопослушание и правосознание. «Русскому народу присущ правовой нигилизм...» — часто слышим мы из уст политиков. Но пусть кто-либо назовет еще один такой же терпеливый народ, который последние триста лет претерпевает бесконечные модернизации и реформы. Все реформы осуществляются через право, поэтому законопослушность русского человека беспримерна. Мелкие же правонарушения вызваны катастрофическим расхождением нужд народа и «оторванных» от реальной жизни законов. Требуется «расчистить» историю народа от ложных, русофобских взглядов.

Все вышеизложенное заставляет по-новому взглянуть на Конституцию РФ 1993 года и предложить изменение ее ценностных оснований. Надо быть реалистом и признать, что обсуждение базовых ценностей без юридического сопровождения останется важным элементом околоцерковных дискуссий. Поэтому требуется конституционализация базовых ценностей, требуется закрепление их в тексте действующего Основного закона государства. Даже если эти ценности будут вкраплением в признаваемую неявно Конституцией РФ 1993 года либерально-демократическую идеологию правового государства. Постепенно можно изменить ее на социально-демократическую идеологию нравственно-правового государства, построенную на традиционных духовно-нравственных ценностях.

Прежде всего, необходимо защитить архетип и ценность традиционной семьи, предложив следующую статью:

1. Семья признается основой общества и имеет право на защиту своей целостности и содействие развитию со стороны общества и государства.

2. За мужчинами и женщинами, достигшими брачного возраста, признается право на вступление в брак и право основывать семью.

3. Однополые браки недопустимы.

Далее, требуется закрепить в качестве базовых ценности государственности, культуры и нравственности:

1. Признавая особую историческую роль в формировании государственности России русской культуры, в Российской Федерации обеспечивается сохранение и защита культурного наследия русского народа, а также культур представителей других народов, проживающих на территории Российской Федерации.

2. Государство обеспечивает и укрепляет целостность российской культуры и нации посредством защиты традиционных духовно-нравственных ценностей: любви к Родине и семье, служения народу и обществу, трудолюбия, взаимопомощи, сострадания и милосердия.

Еще одним важным элементом будущего государства должны стать ценности «общего блага», интересов общества и государства:

1. Собственность обязывает. Пользование ею должно быть одновременно служением общему благу.

2. Возделывание и использование природных ресурсов на благо общества есть обязанность собственника перед обществом.

Думаю, конституционное закрепление перечисленных здесь ценностей станет реальным изменением существующего общественного порядка, весьма далекого от справедливости и нравственности, а также от архетипов отечественной правовой и политической культуры. Именно такие поправки могут, на мой взгляд, претендовать на универсальность для всех людей, любящих Россию: православных и мусульман, либералов и консерваторов, западников и почвенников, коммунистов и социал-демократов.

В.И. Омигов

Омигов Виктор Иванович — доктор юридических наук, профессор, профессор кафедры уголовного и уголовно-исполнительного права и криминологии Пермского филиала Нижегородской академии МВД России

Преемственность в уголовном праве по незаконному обороту наркотиков в России

История современного уголовного закона Российской Федерации имеет много интересных моментов и трагических решений по преемственности для эффективного противодействия преступности вообще и незаконному обороту наркотиков в частности. По заявлению современного ведущего криминолога страны В.В. Лунеева, в УК РФ внесено более 900 изменений и дополнений. Учитывая полугодичную давность его заявления, то в настоящее время — более одной тысячи. До этого ни один уголовный закон России не испытывал таких истязаний. Это одна из основных причин, которая влияет на результаты противодействия криминализации российского общества! Нет стабильности и эффективности уголовно-правовых норм!

Касаясь норм уголовного законодательства, регулирующего противодействие незаконному обороту наркотиков в России, следует отметить некоторые аномалии в законотворческом процессе. В 1996 году я работал в президентской комиссии, возглавляемой профессором С.Г. Келиной, с учетом мировой практики и проведенных исследований в России были разработаны мною нормы, регулирующие общественные отношения в створе незаконного оборота наркотических средств, психотропных веществ и их аналогов и прекурсоров (в дальнейшем сокращенно — незаконный оборот наркотиков), которые были одобрены ведущими учеными страны. Каково же было удивление членов комиссии, когда увидели принятый Уголовный кодекс России 1996 года в совершенно иной редакции. В частности, мои нормы были приняты лишь в объеме 25%. И спустя годы законодатель десятью законами внес более 50 существенных изменений, но так и не завершил все, что мною предлагалось в 90-е годы XX века, то есть только на 80% реализовал мои предложения.

Может быть, нет никакой актуальности проблем наркотизации российского общества и не имеет смысла бороться с этим злом человечества? Обратимся к фактам и статистике. В послевоенный период специалисты фиксировали факты незаконного оборота наркотиков в местах лишения свободы, где криминалитет потреблял наркотики для удовлетворения своих низменных потребностей. В свободном обществе менталитет россиян был далек от этого вульгарного получения кайфа: в частных домах у каждой хозяйки в палисаднике или огороде рос масличный мак для услаждения глаз людских, на окраинах росла конопля, наравне с лебедой и крапивой. В конце XX века криминализация общества нарастала, а вместе с ней внедрялась и субкультура криминалитета.

Впервые в Пермской области стали регистрировать повышенный незаконный сбыт наркотиков в 1987 году, когда выходцы из Азербайджана начали поставки наркотиков. На тот момент на учете в наркологии было всего 37 хронических наркоманов (сколько сейчас — никто из правоохранителей и наркологов не сможет назвать точной цифры). В 1988 году в России зарегистрировано было 12,5 тысяч преступлений в сфере незаконного оборота наркотиков, а в 2010 году уже 222,5 тысяч преступлений официально, то есть рост в 18 раз. А учитывая средние мировые показатели в динамике незаконного оборота наркотиков (НОН), мы можем утверждать, что латентность в России огромная, около 82%. Это подтверждают и данные о хронических наркоманах в России: в 2009 году — 6 миллионов, а в 2010 году — 5,5 миллионов человек, что далеко от средних мировых показателей (13% населения потребляет наркотики). Среднемировые показатели утверждают, что из НОН изымается лишь 12—15% наркотиков, а в России только — 6,5%.

Недооценка властями общественной опасности «чумы XX века», как называли наркоманию в 80-е годы, властными структурами привело к порогу терпимости этого явления, которое угрожает национальной безопасности нашего государства, особенно здоровью населения. Следует привести по этому случаю один пример. В 1988 году по инициативе Пермского обкома КПСС проводилось совещание с лекторами общества «Знание», на котором победные рапорта и хвалебные речи «лились рекой», так заявили, что все хорошо, у нас в милиции 29 сотрудников осуществляют борьбу с этим злом (хотя лишь один А. Андрюков получал за это заработную плату), далее заявили, что только 82 школьника увлекаются токсинами и наркотиками (по моим исследованиям, в школах данную цифру нужно было умножать в 9 раз!).

Как показала практика, и в дальнейшем менталитет властей не изменился, в том числе и специалистов правоохранительных органов. Приведу некоторые примеры. Практики страшно бояться ученых,

взаимодействия нет никакого, игра в одни ворота. Обращаешься за цифрами, обещают, но не контролируют своих подчиненных, которые вообще указания своих начальников не выполняют. Ответ напрашивается один: они боятся представителей науки, забывая, что смычка науки и практики дает обоюдную выгоду, особенно в результатах противодействия НОН.

Возможно ли эффективно противодействовать незаконному обороту наркотиков уголовно-правовыми средствами? Проведем анализ норм УК РФ (228—234 УК) и сделаем ряд предложений.

Статья 228 УК. «Незаконное приобретение, хранение, перевозка, изготовление, переработка без цели сбыта наркотических средств, психотропных веществ или их аналогов, а также незаконные приобретение, хранение, перевозка растений, содержащих наркотические средства или психотропные вещества, либо их частей, содержащих наркотические средства или психотропные вещества». Редакция части первой предусматривает уголовную ответственность за перечисленные действия в крупном размере без цели сбыта. Почему-то законодатель не предусматривает такие действия, как пересылку, посредничество в этих действиях и иные действия (например, проигрыш в карты и т. д.).

Часть вторая предусматривает ответственность за деяния, совершенные в особо крупном размере. Всем понятно, что за короткий период времени невозможно виновному употребить такое количество наркотиков, а со временем свои свойства они могут изменить, что опасно для жизни потребляющего их. Это явно скрытая форма для сбыта, так как ответственность в два раза меньше, чем за сам сбыт! Введение особо крупного размера способствует смягчению ответственности наркобизнесменов.

В примечании к статье 228 УК в пунктах 2 и 3 по непонятным причинам исчезли составляющие предмет преступления «аналоги» наркотических средств или психотропных веществ. Нарушена логика изложения, а это позволит на практике привлекать виновных к уголовной ответственности за них.

Статья 228¹ УК. «Незаконное производство, сбыт или пересылка наркотических средств, психотропных веществ или их аналогов, а также незаконные сбыт или пересылка растений, содержащих наркотические средства или психотропные вещества, либо их частей, содержащих наркотические средства или психотропные вещества». Редакция названия статьи и части первой не совсем удачная. Во-первых, производство и пересылка в контексте понимается двояко: как с целью сбыта, так и без цели сбыта, что на практике повлечет массу недоразумений (каждый на свой лад станет квалифицировать содеянное). Закон не терпит двусмысленности, его редакция должна быть четко понята всем! Целесообразнее законодательно изменить редакцию: «Незаконное производство и пересылка с целью сбыта и сам сбыт....», что снимет эту проблему.

Во-вторых, необходимо, на наш взгляд, расширить перечень незаконных действий и включить: изготовление, перевозка (особенно при наличии афганского наркотрафика в огромных размерах), хранение (на тайных складах, перевалочных схронах, базах и т. д.), приобретение в любых формах, переработка (например, для увеличения концентрации алколоидов и др.), реализации и др.

В третьих, редакция пункта «в» части 3. «лицом, достигшем восемнадцатилетнего возраста, в отношении несовершеннолетнего» грамматически не верна. Как можно понять «в отношении несовершеннолетнего осуществить производство, сбыт или пересылку»?

Исходя из смысла данного пункта, лучше бы изложить его в следующей редакции «совершение указанных действий совершеннолетним при помощи (содействии, участии) несовершеннолетнего». Тогда данная норма выступит в качестве специальной нормы, а статья 150 — общая норма. В-четвертых, необходимо ввести термин «их прекурсоров» после термина «их аналогов», так как при производстве наркотиков они зачастую используются виновными.

Статья 229 УК. «Хищение либо вымогательство наркотических средств или психотропных веществ, а также растений, содержащих наркотические средства либо психотропные вещества, либо их частей, содержащих наркотические средства или психотропные вещества». Как в названии, так и в редакции части первой нелогично законодатель опускает термин «их аналоги». По смыслу закона, уголовной ответственности не подлежат виновные за хищение либо вымогательство аналогов наркотических средств либо психотропных веществ.

Статья 230 УК. «Склонение к потреблению наркотических средств или психотропных веществ». В этой статье выпали из поля зрения законодателя термин «их аналоги». На черном рынке нередко данные препараты, которые даже более опасны для здоровья потребляющих, влекут побочные последствия. При этом правоприменители фиксируют, но ничего не могут поделать, лишь под давлением общественной ответственности они нередко признаются таковыми.

Статья 231 УК. «Незаконное культивирование растений, содержащих наркотические средства или психотропные вещества либо их прекурсоры». Замена термина «их аналоги» на термин «их прекурсоры» в этой статье некорректна, да и по иным статьям о преступлениях, посягающих на здоровье населения (ст. 228—233 УК) следует определиться с терминами. В понятийном аппарате должно быть единообразие, единая законодательная техника.

В Федеральном законе от 8 января 1998 года № 3-ФЗ «О наркотических средствах и психотропных веществах» (с изменениями от 25 июля 2002 г.; 10 января, 30 июня 2003 г.; 1 декабря 2004 г.; 9 мая

2005 г.; 16, 25 октября 2006 г.) было дано четкое разъяснение этих терминов, которые по содержанию различны но впоследствии законодатель произвел их смешение и употребляет как синонимы:

— «**аналоги** наркотических средств и психотропных веществ» — запрещенные для оборота в Российской Федерации вещества синтетического или естественного происхождения, не включенные в Перечень наркотических средств, психотропных веществ и их прекурсоров, подлежащих контролю в Российской Федерации, химическая структура и свойства которых сходны с химической структурой и со свойствами наркотических средств и психотропных веществ, психоактивное действие которых они воспроизводят;

— «**прекурсоры** наркотических средств и психотропных веществ (далее прекурсоры)» — вещества, часто используемые при производстве, изготовлении, переработке наркотических средств и психотропных веществ, включенные в Перечень наркотических средств, психотропных веществ и их прекурсоров, подлежащих контролю в Российской Федерации, в соответствии с законодательством Российской Федерации, международными договорами Российской Федерации, в том числе Конвенцией Организации Объединенных Наций о борьбе против незаконного оборота наркотических средств и психотропных веществ 1988 года;».

Таким образом, в данной статье уместнее применить термин «их аналоги».

Статья 232 УК. «Организация либо содержание притонов для потребления наркотических средств или психотропных веществ». В названии статьи и в редакции части первой необходимо ввести термины «их аналоги» либо «их прекурсоры», так как нередко в этих заведениях применяют незаконное изготовление наркотиков с использованием последних.

Статья 233 УК. «Незаконная выдача либо подделка рецептов или иных документов, дающих право на получение наркотических средств или психотропных веществ». Здесь также отсутствует термин «их аналоги».

Современный менталитет сотрудников правоохранительных органов России способствует распространению такого приема, как провокация (подкидывание наркотиков) при задержании преступников. Провокация (пер. с лат. — вызов) — побуждение отдельных лиц, групп, организаций и так далее к действиям, которые повлекут за собой тяжелые последствия («в том числе и их разоблачение»). В Российской империи запрещалась провокация в действиях полиции, а в XXI веке в Российском государстве она должна быть уголовно наказуемой. Следует ввести статью 286¹ УК РФ в следующей редакции: «**Статья 286¹. Незаконная провокация.**

1. При проведении оперативно-розыскных мероприятий применение незаконной провокации, — наказывается штрафом в размере до 100 тысяч рублей либо лишением права занимать определенные должности или заниматься определенной деятельностью на срок до 3 лет, либо лишением свободы на срок до 3 лет.

2. То же деяние, совершенное группой лиц, причинившее существенный вред,

— наказывается штрафом до миллиона рублей либо лишением свободы на срок до 5 лет».

Несмотря на усиливающуюся гуманизацию уголовного законодательства, чтобы снизить наркотизацию населения, необходимо к лицам, **виновным в распространении наркотиков**, применять самую высокую ответственность. По нашему мнению, учитывая, что нет различий в санкциях частей 2 и 3 статьи 228¹ УК РФ (8 лет — это не то, что желает общество для наркобизнесменов), в санкцию части третьей внести изменения и изложить в следующей редакции:

«наказываются лишением свободы на срок от 10 до 20 лет с лишением права занимать определенные должности либо заниматься определенной деятельностью бессрочно или без такового и со штрафом до 5 миллионов рублей, либо пожизненным лишением свободы».

Л.А. Орлова

Орлова Любовь Александровна — кандидат юридических наук, преподаватель-методист отделения методического обеспечения учебного процесса учебного отдела Нижегородской академии МВД России

Преимственность в игорном праве

Правовая регламентация новых сфер социальной действительности, развивающихся в условиях научно-технической революции, глубокие изменения, происходящие в экономике, ускорение темпов развития общественных отношений, активизация законотворческой деятельности не оставляют в настоящее время сомнений в эластичности и подвижности системы права¹.

По мнению С.В. Полениной, конструируя норму права, законодатель и иные субъекты правотворчества из всего многообразия общественных отношений избирают только те, которые могут быть урегулированы при помощи права и, следовательно, попадают в область правовой регуляции. Внутри этой сферы подлежат вычленению отношения, еще не урегулированные правом либо урегулированные им недолжным образом или не в полном объеме, то есть те, где имеется объективная потребность в правовой регламентации². Таковыми общественными отношениями, по нашему убеждению, выступают отношения в сфере игорной деятельности.

Развитие рыночных отношений стало причиной активной дифференциации юридических наук и создания на их основе новых учебных дисциплин. В их ряду — маркетинговое, корпоративное, спортивное, конкурентное, банковское, биржевое, приватизационное, конкурсное, страховое, сервисное право³. Свидетельством разветвления и специализации современного права могут служить и такие направления юриспруденции, как парламентское, избирательное, бюджетное, лицензионное, внешнеэкономическое, валютное, служебное, горное, морское, рыболовное, церковное, образовательное, градостроительное, военное, рекламное, транспортное право⁴.

В России термин «игорное право» в силу его новизны пока используется в научно-методической литературе и практике редко. Вместе с тем, полагаем, что, будучи введенным участниками коммуникационного процесса (юристами, руководителями физкультурно-спортивных организаций, журналистами, просто гражданами) в лексический оборот, этот термин станет более употребляемым. В последнее время заметно увеличилось количество ученых-теоретиков, выделяющих нормы игры в системе социального регулирования и, соответственно, игорное право.

Представители психологической теории права (Л.И. Петражицкий, А. Росс, И. Рейснер), подразделяя все правовые переживания на два вида: позитивные (исходящие от государства) и интуитивные (личные, автономные), относят к интуитивному праву переживания по поводу карточного долга, переживания детьми своих обязанностей в игре, которые соответственно формируют «игорное право», «детское право»⁵.

Так, Л.И. Петражицкий выделял следующие виды позитивного права: правовые и неправовые обычаи (составляют прецедентное право); правила игр (формируют позитивное игорное право); пра-

¹ См.: Поленина С.В. Комплексные правовые институты и становление новых отраслей права // Правоведение. — 1975. — № 3. — С. 71.

² См.: Поленина С.В. Законотворчество в Российской Федерации. — М., 1996. — С. 111.

³ Интересной иллюстрацией этого тезиса служит составленная М.В. Барановой развернутая схема доктринального и дидактического обоснования 73 относительно самостоятельных отраслей действующего российского права (См.: Баранова М.В. Право и реклама (общетеоретический аспект). — Н. Новгород, 2010. — С. 746—763).

⁴ См., например: Стариков Ю.Н. Служебное право. — М., 1996; Катков Д.Б. Избирательное право: Учебное пособие / Д.Б. Катков, Е.В. Корчиги; Под ред. Ю.А. Веденева. — М., 2001; Бюджетное право: Учебное пособие для вузов / Под ред. А.М. Никитина. — М., 2001; Варьяс М.Ю. Краткий курс церковного права. — М., 2001; Шкатулла В.И. Образовательное право: Учебник для вузов. — М., 2001; Дорофеев Б.Ю. Валютное право России: Учебное пособие / Б.Ю. Дорофеев, Н.Н. Земцов, В.А. Путин / Под общ. ред. Б.Ю. Дорофеева. — М., 2001; Перчик А.И. Горное право: Учебник. — 2-е изд., перераб. и доп. — М., 2002; Бежашев К.А. Морское рыболовное право: Учебник. — М., 2002; Избирательное право и избирательный процесс в Российской Федерации: Учебник для вузов / Отв. ред. А.А. Вешняков. — М., 2003; Багандов А.Б. Лицензионное право: Учебно-практическое пособие / Под ред. Ю.А. Дмитриева. — М., 2004; Алексеев С.В. Спортивное право России. Правовые основы физической культуры и спорта / Под ред. П.В. Крашенинникова. — М., 2005; Андреева Л.В. Коммерческое право России: Учебник. — М., 2008; Гранкин И.В. Парламентское право: Курс лекций. — М., 2010; Каверин К.В. Военное право как подотрасль административного права: проблемы институционального развития и способы их преодоления: Автореф. дис... канд. юрид. наук. — Воронеж, 2010.

⁵ См.: Матузов Н.И. Теория государства и права: Учебник / Н.И. Матузов, А.В. Малько. — М., 2001. — С. 155.

вила, содержащиеся в научных сочинениях (позитивное научное право); правила преступных организаций (право преступного мира) и другие виды¹.

В свою очередь, одни ученые нормы игорного права считают частью корпоративного права, другие — элементом гражданского права, третьи — разделом налогового законодательства. Представляется, что игорное право выступает новой формирующейся комплексной отраслью права.

Р.А. Ромашов к вопросу о системном и сегментарном восприятии права выделяет «отдельные сегменты правового целого, а именно: публичное, корпоративное, личное право»². Корпоративное право складывается из правил, устанавливаемых и действующих в пределах обособленных социальных групп. А.В. Поляков наряду с корпоративным правом выделяет «спортивное право и игорное право, имеющие, по сравнению с корпоративным, более открытый и универсальный характер»³. По его мнению, «большинство карточных и иных азартных игр связаны со строгой системой правил. Эти правила при определенных обстоятельствах могут получить правовое значение, порождая игорное право»⁴.

В науке находятся и противники правового плюрализма. По замечанию И.Ю. Козлихина, выделение А.В. Поляковым различных видов социального права (внутрисемейного, корпоративного, игорного, спортивного) неоправданно, поскольку приводит к размыванию границ, отделяющих право от других социальных норм⁵.

В своем исследовании, посвященном происхождению государства и права, Т.В. Кашанина рассматривает некоторые игры, которые впоследствии послужили формированию государства и права. Автор приводит в пример своеобразный обряд инициации (посвящения), существовавший у многих первобытных народов, использующийся при переходе из одной возрастной группы в другую, при приеме в род или племя и т. п. В инициациях широко использовались физические упражнения и игры (бег, прыжки, метание копья, различные виды борьбы и пр.). Для проведения посвящений в первобытном обществе создавалась специальная организация, в которую входили: организаторы инициаций, члены рода, обучающие молодежь, а также почетные члены рода, которые следили за правильностью проведения инициаций. По мнению Т.В. Кашаниной, объединению греческих полисов и образованию единого греческого государства способствовали Олимпийские игры Греции. Для их проведения требовались структуры, намного превосходящие по количеству людей органы, создаваемые для проведения инициаций в первобытном обществе. В Древней Греции были созданы такие органы, которые впоследствии переросли в органы государства⁶.

Так представляется процесс трансформации социальных норм первобытного общества (мифов, ритуалов, правил игры, обрядов, традиций) в правовые нормы. Юридически значимые правила игры, например «дебаты в парламенте Франции и Англии с конца XVIII века, существенно отвечающие нормам игры»⁷, а также «выразительное утверждение *pacta sunt servanda* (договоры должны выполняться)» в международной политике, по истечении времени трансформировались в юридические правила правовых систем. Система международного права поддерживается взаимным признанием принципов и правил, действующих на практике как правила игры⁸. Правила игры пронизывают труд, бизнес, войны, художественное и научное творчество⁹.

Люди всегда и везде играли, а значит, создавали правила, что не могло не сказаться на первичном формировании права. Государство санкционировало правила игры, сложившиеся в раннем обществе. В соблюдении ряда правил игры государство было заинтересовано настолько, что принуждало население к их исполнению. Большую роль в санкционировании правил играли жрецы. «Раннее

¹ См.: *Петражицкий Л.И.* Теория государства и права в связи с теорией нравственности. — М., 1999. — С. 150.

² *Ромашов Р.А.* Публичное корпоративное, личное право: некоторые проблемные аспекты соотношения // *Международное сообщество и глобализация угроз безопасности: Сборник научных докладов: В 2 ч. / Отв. ред. В.В. Грохотова, Б.Н. Ковалев, Е.А. Макарова.* — Великий Новгород, 2008. — Ч. 1. Исторические, теоретические и правовые аспекты противодействия угрозам национальной безопасности. — С. 3—8.

³ *Поляков А.В.* Общая теория права: Курс лекций. — СПб., 2001. — С. 391.

⁴ Например, во всех казино игра в рулетку связана с соблюдением правовой нормы, запрещающей делать игровые ставки путем выставления жетонов на игровое поле после объявления крупье об окончании приема ставок. Нарушение данной нормы не порождает права на получение выигрыша, даже если ставка оказалась верной (*Поляков А.В.* Общая теория права: феноменолого-коммуникативный подход: Курс лекций. — 2-е изд., доп. — СПб., 2003. — С. 501).

⁵ См.: *Тимошина Е.В.* Современные проблемы правопонимания: обсуждение монографии А.В. Полякова // orave.ru/statii/Tgp-texts08.html

⁶ См.: *Кашанина Т.В.* Происхождение государства и права. Современные трактовки и новые подходы. — М., 1999. — С. 68—70.

⁷ *Хейзинга Й.* Homo Ludens. Статьи по истории культуры / Пер., сост. и вступ. ст. Д.В. Сильвестрова. — М., 1997. — С. 196.

⁸ См. там же. — С. 198.

⁹ А.М. Илюшин полагает, что научная теория в своем притязании на истинность оказывается интеллектуальной игрой ученого, которая должна идти по определенным правилам (см.: *Илюшин А.М.* Теоретико-игровые аспекты научного познания: Автореф. дис... канд. филос. наук. — Саратов, 2008. — С. 14).

общество совершает свои священнодействия, служащие ему залогом благополучия мира, свои освящения, свои жертвоприношения — в ходе чистой игры в самом прямом смысле этого слова. В мифе и культуре зачинаются, однако, великие движущие силы культурной жизни: право, порядок, предпринимательство... И все они, таким образом, уходят корнями в ту же почву игровых действий»¹. Влияние правил игры на право определяется фактической возможностью выбора субъектом игровой деятельности дополнительного нормативного регулятора своего поведения при реализации своих действий.

В общественном мнении бытует мысль о том, что право и его нормы могут практически беспредельно расширять сферу своего действия, подменяя при этом или вытесняя иные социальные нормы. Р. Пэнто и М. Гравитц полагают: «Всякая социальная норма способна потенциально стать нормой права, будь то техника ремесла, рецепты кулинарии и т. д.»². Данное утверждение следует учитывать, поскольку ряд социально значимых правил игры в процессе жизнедеятельности и развития общества аналогичным образом трансформируются в юридические правила. И этот процесс присущ всем известным правовым семьям. Вместе с тем активное вторжение норм права в сферу действия иных социальных норм должно быть в определенной степени регламентировано, дозировано и оправдываться лишь назревшими социальными потребностями³.

Игровое право — это новейшее направление российской юриспруденции, охватывающее общественные отношения, возникающие в сфере игровой деятельности. По мере развития игровой индустрии, становления и развития рыночной экономики в России все более значимым и тонким становится механизм ее правового регулирования. Следует подчеркнуть, что игровое право, как и любая другая отрасль, состоит из комплекса юридических норм, содержание, структура, функции и роль которых до сих пор остаются малоисследованными и дискуссионными. В настоящее время в стране активно формируется и развивается законодательство, регулирующее отношения в сфере игровой деятельности, постепенно нарабатывается административная и судебная практика применения этого законодательства.

О формировании отрасли игрового права свидетельствует относительно длительная история его развития. Правовые нормы, регламентирующие организацию и проведение игр, прошли длительную эволюцию, о чем свидетельствуют законодательные памятники истории Российского государства.

Рассуждая об истории развития игрового права, мы приведем в качестве примера лишь нормативные правовые акты, регламентирующие деятельность азартных игр. Вместе с тем можно проследить историю развития и других институтов игрового права (спортивных игр, производных финансовых инструментов⁴, банковских вкладов, страхования).

Механизм социального регулирования азартных игр в различные времена и в различных государствах варьировался от морального воздействия до уголовно-правового запрета. Однако чаще всего они запрещались. Уместно отметить, что ретроспективный анализ правового регулирования азартных игр весьма обстоятельно изучен учеными различных специальностей. Поэтому обозначим лишь основные этапы формирования игрового права. Многочисленные источники указывают, что азартные игры запрещались еще в Древней Греции и республиканском Риме. А при императоре Юстиниане (V—VI н. э.) в Византии было уже довольно развитое законодательство об азартных играх: азартные игры запрещались, считались недействительными долги, сделанные посредством азартных игр, предписывалось забирать их в казну⁵.

Первым письменным русским источником, содержащим сведения о древних играх, является первая древнерусская летопись «Повесть временных лет», созданная в начале XII века монахом Киево-Печерского монастыря Нестором. В этой книге говорится, что предки русских — радимичи, вятичи и северяне — жили в лесах, но в свободное от работы время устраивали игрища между селами, на которые сходились почти все люди различных возрастов. Во время игрищ проводились состязания в прыжках, борьбе, рукопашном бое, «медвежьей борьбе», играх с бегом, стрельбе из лука, конных скачках и др.⁶

Примером проведения игры могут служить традиции кулачного боя, существовавшие на Руси издревле. Во многих местностях устанавливались свои особенности в правилах игры, но со временем

¹ Хейзинга Й. Homo Ludens. Статьи по истории культуры / Пер., сост. и вступ. ст. Д.В. Сильвестрова. — М., 1997. — С. 24.

² Пэнто Р. Методы социальных наук / Р. Пэнто, М. Гравитц; Под ред. В.А. Туманова, В.П. Казимирчука; Пер. с фр. — М., 1972. — С. 59.

³ См.: *Вопленко Н.Н.* Очерки общей теории права: Монография. — Волгоград, 2009. — С. 211.

⁴ Подробнее о понятии, существенных условиях и правовом регулировании производных финансовых инструментов см.: *Павленко П.В.* Гражданско-правовое регулирование игр, пари и производных финансовых инструментов: Автореф. дис... канд. юрид. наук. — М., 2010. — С. 17—23.

⁵ См.: *Андреевский И.Е.* Полицейское право. — 2-е изд., испр. и доп. — СПб., 1876. — Т. 2. Полиция благосостояния. — С. 41—42.

⁶ См.: *Алексеев С.В.* Спортивное право России. Правовые основы физической культуры и спорта / Под ред. П.В. Крашенинникова. — М., 2005. — С. 24.

они стали единственными для всей России. Одно из правил кулачного боя стало даже пословицей, символизирующей русское благородство в бою: «Лежачего не бьют». Очень строго соблюдалось правило ведения боя только кулаками, без каких-либо металлических «закладок». Уличенные в этом наказывались беспощадно: их жестоко били не только чужие, но и свои¹.

Позднее об играх упоминается в Стоглавом соборе 1551 года, где в вопросе 20 главы 41 члены Собора «обращают внимание царя на поведение его служивых людей», в частности, на то, что они «зернью играют». Он объявлял игру в азартные игры преступным деянием, обязывал под страхом наказания доносить на играющих. Соборное уложение 1649 года определяет лишь виды запрещенных игр, но азартными они не называются и не указываются их признаки². Так, в статье 15 главы XXI «О разбойных и татинных делах» в числе ряда имущественных преступлений называет игру в карты и «зернь»³.

Царь Петр I карты не любил, но относился к ним спокойно и даже разрешил карточные игры на деньги с проигрышем не более 1 рубля медью⁴. Устав благочиния 1782 года устанавливает запрет на азартные игры, однако не перечисляет их, а только обобщает и характеризует как «...игры, основанные единственно на случае, или азартные»⁵. Уложение о наказаниях уголовных и исправительных 1845 года в главе третьей содержит семь статей, предусматривавших наказание за преступления, связанные с азартными играми⁶.

Свою довольно длительную историю имеют игры легальные. Их устройство, как правило, санкционировалось правительствами государств, главами ведомств или местной властью. Первая числовая лотерея была организована в 1530 году в итальянском городе Генуе. Позже, в XIX веке, коммерческие игры проводились по специальным разрешениям в Англии, Франции, России⁷.

Игорный бизнес в России зародился в начале 1990-х годов. Тогда он скорее напоминал стихийное неформальное движение, поскольку до принятия нового Уголовного кодекса Российской Федерации, вступившего в силу с 1 января 1997 года, содержание игорных заведений было уголовно наказуемо и относилось к разряду преступлений против общественной нравственности. Опасность азартных игр для общественной нравственности была очевидна и для Советской власти. В связи с этим 19 декабря 1918 года был принят Декрет Совета Народных Комиссаров о запрещении устройства лотерей⁸. В Уголовном кодексе РСФСР 1960 года содержалось три статьи об ответственности за незаконные действия, связанные с организацией и проведением азартных игр, декриминализованные в настоящее время. Статья 208¹ УК РСФСР предусматривала ответственность за организацию азартных игр (в карты, рулетку, «наперсток» и др.) на деньги, вещи и иные ценности. В статье 210 УК РСФСР содержался запрет на вовлечение несовершеннолетних в занятия азартными играми. Согласно статье 226 УК РСФСР уголовно наказуемым считалось содержание игорных притонов⁹.

Само понятие «игорный бизнес» на законодательном уровне появилось только после принятия Федерального закона от 31 июля 1998 года № 142-ФЗ «О налоге на игорный бизнес»¹⁰, в настоящее время утратившего силу в связи с принятием 29-й главы Налогового кодекса РФ¹¹. Это словосочетание дало название предпринимательской деятельности, связанной с извлечением дохода в виде выигрыша и при этом не считающейся реализацией продукции¹². Отмеченные формальные тонкости не мешали рождению и почти мирному существованию тысяч игорных заведений по всей территории Российской Федерации. Местные власти не только не препятствовали возникновению очагов азарта, но активно содействовали и всячески поощряли новый вид коммерческой деятельности.

¹ Подробнее об этом см.: Лукашев М.Н. И были схватки боевые: рассказы о неизвестных эпизодах из славного прошлого отечественной борьбы, бокса и кулачного боя. — М., 1990.

² См.: Российское законодательство X—XX веков: в 9 т. / Отв. ред. А.Г. Маньков. — М., 1985. — Т. 3. Акты Земских соборов. — С. 232.

³ См.: Российское законодательство X—XX веков: в 9 т. / Отв. ред. А.Д. Горский. — М., 1985. — Т. 2. Законодательство периода образования и укрепления Русского централизованного государства. — С. 449.

⁴ См.: Трунцевский Ю.В. Игромания как фактор, способствующий совершению преступлений // Труды академии управления МВД России. — 2008. — № 3. — С. 93.

⁵ См.: Устав благочиния или полицейский // Российское законодательство X—XX веков: в 9 т. / Под ред. Е.И. Индовой, О.И. Чистякова. — М., 1987. — Т. 5. Законодательство в период расцвета абсолютизма. — С. 340, 368.

⁶ См.: Уложение о наказаниях уголовных и исправительных 1845 г.: Сборник нормативных актов по уголовному праву России X—XX веков / Ю.И. Бытко, С.Ю. Бытко. — Саратов, 2006. — С. 452—453.

⁷ См.: Андреевский И.Е. Полицейское право: В 2 т. — 2-е изд., испр. и доп. — СПб., 1876. — Т. 2. Полиция благосостояния. — С. 41—42.

⁸ См.: Севостьянов Р.А. Уголовная ответственность за организацию и ведение незаконного игорного бизнеса: постановка проблемы // «Черные дыры» в Российском Законодательстве. — 2007. — № 2. — С. 168.

⁹ См.: Уголовный кодекс РСФСР от 27 октября 1960 года // Ведомости ВС РСФСР. — 1960. — № 40. — Ст. 591.

¹⁰ Собрание законодательства РФ. — 1998. — № 31. — Ст. 3820.

¹¹ Введена в действие Федеральным законом от 27 декабря 2002 года № 182-ФЗ // Собрание законодательства РФ. — 2002. — № 52. — Ч. 1. — Ст. 5138.

¹² См.: Терпигорева Е. Можно ли отделить государство от казино? Владельцы российских казино оказались прагматичней госбюрократов // Новое время. — 2001. — 26 августа.

Постепенно с развитием общества игорное законодательство изменялось, дополнялось неординарными предписаниями, ряд положений заимствовался из нормативных правовых актов зарубежных стран. После вступления в силу Федерального закона от 29 декабря 2006 года № 244 деятельность игорных заведений на территории Российской Федерации была ограничена. Организация и проведение азартных игр в России теперь разрешены лишь в специально отведенных для этого четырех игорных зонах¹.

Высокая социально-экономическая значимость игорной деятельности вызывает острую потребность в создании для этой сферы общения эффективной правовой основы. Сейчас в правовой системе Российской Федерации постепенно складывается значительный массив правовых предписаний — норм законодательного и подзаконного уровня, регулирующих общественные отношения в сфере игорного бизнеса, спорта, а также в смежных с ними сферах социальной деятельности. Для того чтобы развивать и совершенствовать игорную индустрию в России, несомненно, нужны качественные правовые нормы.

Адаптируясь к условиям функционирования игорной деятельности, субъекты вырабатывают определенные правила, используемые в правотворческой деятельности законодательных органов всех уровней, впоследствии преобразуемые в адекватные правовые формы. В свою очередь, юридическая доктрина призвана точно и полно отражать происходящие изменения посредством пересмотра понятий, концепций, теорий, идей, подходов, выводов, суждений. В недрах российского правоведения зарождается феномен, который уже сейчас можно и нужно называть игорным правом.

Появление новой правовой отрасли определяется степенью разработанности нормативно-правового массива, своеобразием предмета и метода правового регулирования общественных отношений, интенсивностью, актуальностью разнообразной игровой деятельности и ее потребностями в специальном правовом обеспечении. Игорное право в этом качестве обладает существенным потенциалом, имеет широкую область применения и набор значений, интересных, в частности, для последующего научного исследования и правоприменения. Вместе с тем, необходимо отметить, что содержание игорного права и его средства в силу новизны и нестабильности нуждаются в серьезном исследовании, обобщении, систематизации и развитии.

Резюмируя сказанное, отметим, что назрела потребность в специальном комплексном правовом регулировании сферы игорной деятельности в Российской Федерации. Она подтверждается всей правовой практикой, российским и мировым юридическим опытом. Именно поэтому и в науке, и на практике необходимо признание игорного права, имеющего органически комплексный характер, обладающего специфическими предметом, принципами, границами и методами регулирования.

¹ См.: Постановление Правительства РФ от 18 июня 2007 года № 376 «Об утверждении Положения о создании и ликвидации игорных зон» // Российская газета. — 2007. — 22 июня.

П.Н. Панченко

Панченко Павел Николаевич — доктор юридических наук, профессор, заслуженный юрист Российской Федерации, заведующий кафедрой уголовного права и уголовного процесса Нижегородского филиала Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики», член Российской криминологической ассоциации, руководитель Секции по уголовно-правовым вопросам Научно-консультативного совета при Нижегородском областном суде

**Преемственность и динамизм развития
правового регулирования интеллектуальной собственности
в контексте задач модернизации страны
(от законодательства об интеллектуальном продукте —
к Интеллектуальному кодексу Российской Федерации)**

Проблема правового регулирования уходит своими корнями в глубокую древность, а именно, в то время, когда право едва начало делать свои первые шаги в истории — для того, чтобы обратиться к каждому и затем уже никогда не оставлять человека наедине, во-первых, с самим собой, а во-вторых — с той стадной, но нередко враждебной средой, с которой, собственно, и началось развитие человечества.

Путь, пройденный человечеством в условиях обретения им фактора правового регулирования — во многом грубый, жестокий и даже, надо сказать, кровавый, но... поучительный. Юристы, следуя давней традиции, берущей свое начало еще в Древнем Риме, в своих рассуждениях о праве делают в большей мере акцент на последнем. Право, утверждали они, это — искусство добра и справедливости, средство спасения от «войны всех против всех», фактор примирения, постепенного устранения зла из жизни общества. Все это — так, но нельзя забывать и о том, что право праву — рознь. Мое право — это твое бесправье, внушал своему рабу его рабовладелец, я ношу свое право на кончике своего меча, убеждал врага средневековый военачальник, мой закон — мой кулак, вдалбливал феодал своему вассалу.

Право, как и все в этом мире, — действительно неоднозначно. Но есть в нем и нечто общее для всех времен и народов. Например, в праве довольно отчетливо видны две линии развития, одну из которых можно охарактеризовать как динамизм, а другую — как преемственность. И чем быстрее несется локомотив истории по этим двум «рельсам» своего пути, тем более важным представляется значение каждого из них. Не будь преемственности, история не набрала бы нужное движение вперед и, может быть, даже пошла бы вспять, а не будь достаточно быстрого ее движения вперед, кто вспомнил бы о преемственности в этом движении?

В праве, история которого есть по существу история человечества, тенденции динамизма и преемственности, проявляются, пожалуй, наиболее наглядно. Каким бы *новым* ни был вновь принятый закон, в нем всегда просматриваются те или иные черты старого бытия. И каким бы, взаимнообразно, старым ни казался нам тот или иной принятый в давние времена закон, в нем нельзя не видеть заботы принявших его людей о каких-то новых, желанных состояниях, событиях, возможностях. Ни философия как высший разум мироздания, ни религия как напоминание о страданиях людей, ни искусство как предвкушение наслаждений не дает нам столь же отчетливого представления об этих двух тенденциях, как право, которое всегда, так или иначе, с той или иной степенью остроты, быстроты и силы отрицает сущее во имя должного. Все это, в конечном счете, и обусловило необходимость обращения к теме, обозначенной в названии настоящей статьи.

Напомним, что человек состоялся как homo sapiens (человек разумный) благодаря, прежде всего, своему интеллектуальному взлету, который на определенном этапе развития привел к «большому скачку» в человеческом сознании, породившему, наряду с правом, все то, что сегодня мы видим вокруг — и вокруг, и в самих себе. Решающую роль в этом сыграли средства накопления, сохранения и передачи информации. В качестве их у людей были вначале камни, ветки деревьев, разные по длине, толщине и цвету нити (как, например, у инков, у которых, в отличие от других народов, дальше этих нитей как средств счета, запоминания и передачи сведений дело, собственно, так и не пошло), а затем рисунки, письменность, цифры, схемы, таблицы, диаграммы, гистограммы, книги, библиотеки, компьютеры.

Интеллект изначально был, так сказать, природным ресурсом, выполнявшим роль своего рода самозапускающегося «бортового» биологического компьютера — великолепного итога развития жизни на планете, сформировавшейся в результате счастливого сочетания и взаимодействия многих необходимых для этого условий, в том числе атмосферного воздуха, воды, почвы, света, тепла, гравитации, магнетизма, движения, действия, взаимодействия и т. д. Говоря другими словами, интеллект, едва появившись, стал по существу новым видом энергии — мощнейшим из всех ее видов. На определенном этапе своего развития он породил идею Бога и способной постигнуть ее души — как равно и идею семьи, собственности, государства, права, морали и т. д. Но только с появлением надежных физических носителей информации, позволявших ее собирать, хранить, сохранять, накапливать, обрабатывать, преобразовывать, соответствующие сведения постепенно превратилась в фактор истинного торжества человеческой мысли, решающей движущей силы всего происходящего, основой созидания, развития, цивилизованности, прогресса.

Появились первые сокровищницы человеческой мысли — университеты: Болонский (1158 г.), Оксфордский (1167 г.), Кембриджский (1209 г.), Парижский (1215 г.). Первоначально в основе даваемых студентам знаний были так называемые семь свободных наук, в число которых входили грамматика, диалектика, риторика, музыка, математика, геометрия и астрономия¹. Круг их постепенно расширялся, охватывая богословие, литературу, поэзию, культуру, искусство и т. д. Вначале преподаваемые знания сами по себе признавались важными для развития человека, так как считалось, что человек в любом случае должен быть образованным — уже в силу своей человеческой природы. Но затем в содержание обучения все чаще стали входить дисциплины, предназначением которых было обучение какой-то практической профессии, в том числе такие, как юриспруденция, медицина, инженерное, строительное, предпринимательское, банковское дело и т. д.

Само понятие науки стало связываться не со знаниями как таковыми, не со знаниями вообще, то есть с какими бы то ни было знаниями, знаниями о чем бы то ни было, а со знаниями о вещах вполне осязаемых, доступных восприятию человека, занимающими разум и воображение, будящими мысль и к тому же достаточно полными, точными, достоверными, системными, продуктивными, способными порождать новые знания, а главное — приносящими вполне конкретную пользу и поэтому тяготеющими к тому, чтобы стать достоянием многих людей (если не всеобщим достоянием).

Университеты учили молодых людей на основе того, что есть на самом деле и что на самом деле потребует им в жизни, а не на основе каких-то голословных измышлений, пустых «выдумок» и «придумок», отвлеченных представлений о том, что было бы, если бы... да кабы... Понятно, что в принципе бесполезного знания нет и быть не может. Сегодня постижение каких-то знаний может показаться кому-то сомнительным, не обязательным или, может быть, даже и вовсе не нужным делом, а именно какой-то детской забавой, «игрой в песочнице», если и способной как-то «аукнуться» в реальной жизни человека, то лишь в далеком будущем, способом удовлетворения собственного любопытства за государственный (или иной чужой) счет, какой-то, может быть, «химерой», «мутью», «мутатой», «хиромантией», но уже завтра это же самое знание может перевернуть все наши представления об окружающей нас действительности.

Древний звездочет мог и не знать того, зачем, когда и как ему может пригодиться знание о количестве звезд на небе, да и пригодится ли вообще. Но, неустанно и увлеченно занимаясь своим занятием, он упражнялся в искусстве счета, оттачивал разум, постигал логику намерений и поступков людей, лучше узнавал и себя, приучая себя к мысли, о том, что он есть часть Космоса, проникался пониманием его величия, соизмерял с ним себя, отчего появилась уже упоминавшаяся идея высших начал мироздания, всеобщего разума, чего-то божественного, а затем все это чудесным образом «сработало» на возвышение самого человека, на развитие ремесел и земледелия, на освоение полезных ископаемых, на кораблестроение и морские путешествия, на возведение храмов и иных сооружений, на архитектуру и живопись, на промыслы и торговлю, на спорт и физическую культуру, технику и науку, культуру и образование.

Космос, как сказал кто-то из великих, начинается с порога твоего дома. Выйдя за этот порог, человек, следовательно, уже отправляется в свое путешествие по Космосу. А в нем нет мелочей. Любое, казалось бы, даже незначительное знание может со временем вырасти до масштабов самого Космоса и дать человеку все то, что ему нужно для нормальной жизни. Сегодня коалиция стирает с лица земли ливийский опыт заботы о человеке, а завтра этот опыт может оказаться настолько важным, что его возьмет на вооружение весь мир. Но магистральный путь мотивации научных исследований во все предшествующие времена был все же довольно прозаичным, приземленным, меркантильным. Колумб никогда не открыл бы Америку, если бы его, говоря современным языком, «инвесторами», искавшими кратчайшие морские пути из Европы в Индию, не двигала жажда обогащения. Эта же традиция во многом сохраняет свою актуальность и сегодня.

Но как бы там ни было, создание интеллектуального продукта приобрело со временем довольно широкие масштабы, в связи с чем на повестке дня во весь свой рост встал вопрос о столь же широком

¹ См.: Галай Ю.Г. Подготовка юристов в университетах Российской империи. — Н.Новгород, 2011. — С. 8—9.

практическом его использовании. Необходимость решения данного вопроса привела к тому, что между создателем интеллектуального продукта и его потребителем возникла фигура, выкупавшая данный продукт у его создателя, а затем тиражирующая его и продвигающая на рынок. Особенно расширились возможности предпринимательства на рынке интеллектуального продукта в условиях активизации рекламной деятельности и освоения ею средств массовой информации, Интернета¹, изобретения предпринимателями изощренных форм и методов монополистической деятельности, в том числе ценовых сговоров, соглашений о разделе рынка, сговоров на торгах², ставя тем самым потребление данного продукта, как говорится, «на поток». Для обладания *исключительными* правами на использование интеллектуального продукта предприниматели инициировали формирование патентного права, закрепляющего их и только их возможности в данной сфере. С этих пор главным действующим лицом на рынке интеллектуального продукта становится уже не создатель данного продукта, а деловое лицо, способное найти выгодное ему применение и наиболее удачно его сбыть потребителю. Творческая личность невольно была отодвинута на второй план и довольствовалась, образно говоря, крохами с барского стола, то есть с доходов предпринимателя. И поэтому над решением вопроса о том, чтобы поддержать творческий тонус создателя интеллектуального продукта, не дать ему «задохнуться» и, более того, создать для его развития какие-то новые достаточно весомые стимулы, бьется в настоящее время все человечество. И пока, похоже, безрезультатно. До сих пор нет здесь таких решений, которые одинаково устраивали бы всех участников рынка интеллектуального продукта.

Между тем, «портфель» интеллектуального продукта постепенно все же пополняется, в том числе и в нашей стране. Так, в Федеральном ядерном центре ВНИИ экспериментальной физики (РФЯЦ-ВНИИ ЭФ — Саров) разработан суперкомпьютер, пригодный для использования в *стратегических* отраслях науки и производства³. В мировой рейтинг суперкомпьютеров сегодня уже входят 11 российских систем, а суперкомпьютер «Ломоносов» — в первой пятерке⁴. В других исследовательских учреждениях осуществляется ряд важных прорывов в робототехнике, нанотехнологиях, теплотехнике, энергетике, машиностроении, биологии, создании новых материалов для производства сверхпроводников, строительной индустрии⁵, высокоэффективных лекарственных препаратов⁶. На подходе, как уверяет председатель Совета РФФИ, директор Института проблем лазерных и информационных технологий РАН, директор Института молекулярной физики РНЦ «Курчатовский институт» академик В.Я. Панченко, суперкомпьютеры, которые будут способны производить миллиард миллиардов операций в секунду, что позволит моделировать сложнейшие процессы на экзафлопном уровне, в том числе делать высокоэффективные прогнозы климата, зондировать земную кору, успешно решать многие проблемы энергетике, в том числе термоядерной, вывести на более высокий уровень медицину, генетику, протеомику. В то же время, достижения науки, как подчеркивает видный ученый, являющийся одновременно, наряду с занятием других высоких должностей, еще и заведующим кафедрой медицинской физики МГУ, убедительно показывают, что люди постепенно становятся все же добрее, душевнее, чище, порядочнее, интеллектуальнее, рациональнее, возвышеннее, что они с течением времени лучше понимают друг друга, как равно и свое место в этом мире, допустимые пределы своего вмешательства в природу, этические, правовые и другие табу на проведение опасных опытов — например, типа таких, как клонирование человека⁷.

В настоящее время прорабатывается идея сделать государство одним из ведущих «игроков» на рынке интеллектуального продукта. Вместе с тем, чиновники пока еще весьма пассивны в этом деле. И их, похоже, вполне устраивают те налоговые поступления (и в особенности, как можно предположить, коррупционные⁸), которые они взимают с предпринимателей, вообще не имеющих никакого отношения к инновационной деятельности. Они даже остерегаются «связываться» с этой деятельностью — из-за риска, обычно свойственного любому новому делу. Не зная броду, гласит народная мудрость, не лезь в воду — вот и не стремятся предприниматели к инновационной работе.

По данным опросов наших предпринимателей, две трети их (65%) полагают, что поступлению инвестиций в российскую экономику мешают не столько высокие налоги (на такой фактор указала лишь

¹ См.: Алексеев А. Пираты виртуального мира // Российская газета. — 2011. — 25 декабря. — С. 7.

² См.: Шкель Т. Сговорчивая экономика. Самую большую опасность представляют картели // Российская газета. — 2011. — 28 января. — С. 2.

³ См.: Емельяненко А. Из Сарова, но не бомба // Российская газета. — 2011. — 2 февраля. — С. 14.

⁴ См.: Никонов В. Три года Медведева // Известия. — 2011. — 11 марта. — С. 8.

⁵ См.: Медведев Ю. Феномен в двух поколениях. Проект по созданию отечественной индустрии сверхпроводников стал резидентом инновационного центра «Сколково» // Российская газета. — 2011. — 2 февраля. — С. 14.

⁶ См.: Медведев Ю. Академики на вторых ролях. Юрий Осипов: это безумие — ломать сложившуюся систему организации науки в России // Российская газета. — 2011. — 8 февраля. — С. 14.

⁷ См.: Лесков С. Лазерный оптимист. Академик Владислав Панченко о том, возможен ли расцвет науки в России // Известия. — 2011. — 4 марта. — С. 9.

⁸ См.: Шулепова Е. Брал по приказу. Арестованный за взятку замгубернатора Тульской области заявляет об этом публично // Российская газета. — 2011. — 16 марта. — С. 10.

четверть опрошенных — 26%), сколько административные барьеры и коррупция. Теперь становится понятным, почему, например, в той же Японии инноваторы буквально толпятся у кабинетов ученых — ждут появления чего-то новенького. У нас же ученый нередко, можно сказать, днем с огнем разыскивает того, кто согласился бы внедрить его идею, разработку, находку в какое-то практическое дело. И часто не находит. Вот и получается так, как в том давнем анекдоте: встречается наш магнитофон с японским и спрашивает у него: «Есть что-нибудь новенькое пожевать?». Придумываем в основном именно то, что надо, причем, как правило, действительно «с умом», но применяем часто, как говорится, «без головы». В результате, как шутит Леон Измайлов, дети у нас, по отзывам тех же японцев — хорошие, а вот то, что мы, россияне, делаем руками, *никуда не годится*.

Правда, в связи с происшедшим в Японии 11 марта 2011 года цунами, которое в сочетании с землетрясениями уничтожило или существенно повредило автомобильные, нефтеперегонные и другие заводы, атомные станции, транспортные магистрали, другие коммуникации, объекты сельского хозяйства, погубило тысячи жизней¹, эта страна еще долго будет преодолевать последствия данного стихийного бедствия, сместившего, кстати, как утверждают ученые НАСА, земную ось на 17 см и укоротившего сутки на 1,8 микросекунды². Стране нанесен ущерб, сопоставимый с тем, который она понесла во Второй мировой войне³. Но интеллектуальный потенциал Японии, как мы понимаем, настолько велик, что даже если предположить, что какие-то японские острова вообще уйдут под воду (конечно, не приведи, Господи, такому случиться), то не придется сомневаться в том, что страна со временем восстановит их благодаря гению и неустанному труду японского народа, возродив их на водной глади океана в виде огромных искусственных пространств — с городами, лесами, полями, реками, озерами и т. д. А главное, со счастливыми во всех отношениях японцами. Даже если для этого 155-миллионному островному народу понадобится арендовать у нас на сто или больше лет некоторые территории Курил, Камчатки, Сахалина, Дальнего Востока и Восточной Сибири⁴.

Главное, что в Японии практически нет такого препятствия развитию, как коррупция, чего, конечно же, не скажешь о России. По данным международной организации Transparency International, масштабы коррупционного рынка в нашей стране ежегодно составляют порядка трехсот миллиардов долларов США. По состоянию на начало 2011 года, Россия занимала 154-е место в мире (из 178 возможных) по уровню восприимчивости к коррупции. Москва, по результатам исследований, лидирует в списке самых коррупционных городов страны. Решать здесь какие-то достаточно важные вопросы без

¹ См.: *Макарычев М.* За 700 миль до Хиросимы. Землетрясение атаковало Японию, ее граждан, ее атомные станции // *Российская газета*. — 2011. — 14 марта. — С. 1, 3.

² См.: *Воробьев В.* 400 ударов по Японии. Землетрясение послало Страну восходящего солнца в глубокий «афтершок» // *Российская газета*. — 2011. — 15 марта. — С. 8.

³ См.: Масштаб разрушений. Япония переживает худший кризис со времен Второй мировой (подборка материалов: BBCRussian.com, Великобритания) // *Советская Россия*. — 2011. — 15 марта. — С. 3.

⁴ Но, конечно же, представляются просто безумными высказываемые в прессе (в связи с постигшей Японию трагедией) предложения отдельных журналистов «отдать на всю жизнь... японцам Курильские острова... В знак примирения. В знак вечной дружбы. ...В знак нашей великой скорби и сочувствия...» (см.: *Шахов Л.* О величии духа // *Жизнь*. — 2011. — 16—22 марта. — С. 6). Понятно, что жители Страны восходящего солнца не могут постоянно жить «как на вулкане», им нужны надежные, непотопляемые территории. И не приходится сомневаться в том, что именно Россия окажет этой стране свою бескорыстную помощь в данном вопросе. Но бросаться в сложившейся ситуации требованиями по отношению к Правительству РФ о передаче восточному соседу островов («...хотя бы одного, самого маленького...» означает ни что иное, как провокацию и прямой шантаж. Во-первых, Япония, состоящая из четырех тысяч островов, одним островом, конечно же, не удовлетворится. И даже два острова ее не устроят — ей надо все четыре. Не случайно то, что японское правительство только на третий день после трагедии согласилось принять предложенную Россией помощь. Вначале его устраивало содействие со стороны США, Новой Зеландии, Китая и Южной Кореи. Как-то вроде бы не с руки было получать помощь от страны, главу государства которой еще накануне официально осуждали в Японии за посещение Курил (мол, это не ваша, а наша территория), чьи флаги демонстративно сжигались в Токио. Что было, то было, но в беде преобладают другие соображения и совершенно не правы те наши журналисты, которые нажимают на «больную мозоль» во взаимоотношениях с нашим ближайшим восточным соседом. Совершенно недопустимым на фоне трагедии было, например, такое высказывание журналиста «Комсомольской правды» А. Васина: «...Потомки самураев на самом высоком уровне махали «мечами», грозясь оттяпать у России четыре курильских острова...» (см.: *Васин А.* Почему Япония так долго не принимала российских спасателей? // *Комсомольская правда*. — 2011. — 15 марта. — С. 9). Как гласит народная мудрость, «кто старое помянет, тому глаз вон». Не годится и предложение В.Жириновского «расселить в России пострадавших от цунами и землетрясений японцев» (из-за недопустимости рассеивать нацию), а тем более читателя «Комсомольской правды» из Нижневартовска о создании в РФ «Японского автономного округа» (из-за низкого административного статуса подобного образования) (см.: А вы готовы принять у себя японцев? (редакционный материал) // *Комсомольская правда*. — 2011. — 15 марта. — С. 3). Более приемлемым представляется вариант образования на территории Приморского и Хабаровского краев «Временного (гостевого) государства «Япония» — по побережью Японского и Охотского морей — со столицей, скажем, в Дальнегорске. Естественно, с сохранением прав России на данную территорию, в том числе на ее полезные ископаемые, расположенные на ней российские предприятия, порты и т. д.

взятки, на что обращают внимание и иностранные бизнесмены, невозможно¹. С другой стороны, в России мало зон, привлекательных для инвесторов. Напротив, капиталы продолжают с ускоренным темпом утекать за рубеж. Так, по данным Минэкономразвития, за три квартала 2010 года из страны «ушел» 21 млрд долларов США, что свидетельствует о сохранении негативных тенденций в пересекающих границу финансовых потоках, а это, в свою очередь, пока не позволяет обеспечить заметный подъем нашего промышленного производства, фактически приостановившийся в связи с условиями мирового финансового кризиса². Развернуть транснациональные финансовые потоки на 180 градусов можно только путем инновационного подхода к этому делу.

И тут на помощь должна придти все та же наука, а именно та ее отрасль, которая занималась бы исключительно вопросами внедрения интеллектуального продукта в практику. В такой науке далеко не последнее слово должны сказать сами создатели интеллектуального продукта. Но это будет не фундаментальная, и не прикладная наука, а наука, занимающая как бы промежуточное положение между первой и второй науками. Если такая наука *состоится*, то отпадет необходимость в политике «принуждения к инновациям», которую руководству государства еще приходится проводить, наказывая руководителей госкомпаний за невнимание к инновационной работе и требуя от них принимать и реализовывать соответствующие задачи, планы и программы. Организации тогда сами будут заинтересованы во внедрении инноваций. Необходимость в ручном режиме управления отпадет, на смену ему придет «автоматика» правового регулирования.

То обстоятельство, что по итогам очередного заседания Комиссии при Президенте РФ по модернизации и технологическому развитию экономики страны, состоявшегося под руководством главы государства 31 января 2011 года в Арзамасе (Нижегородская область), за инновационное бездействие был снят с должности президент Объединенной авиастроительной корпорации А. Федотов (на эту должность назначен вместо его первый вице-президент ОАК М. Погосян), а также то, что, по предложению Минэкономразвития (министр Э. Набиуллина), таким госкомпаниям, как «Росатом», «Ростехнологии», «Роснефть», «Транснефть», «Рус-Гидро», «Федеральная сетевая компания», «Энергосистема Востока», «Алмаз-Антей», «Тактические ракетные вооружения», был дан для принятия инновационных программ двухмесячный срок (до 1 апреля 2011 года), а остальным («Совкомфлот», «Аэрофлот», «Холдинг МРСК», ОАО «РЖД» и др.) этот срок из-за необходимости проведения более значительного объема подготовительных работ определен в пять с половиной месяцев (то есть до середины июля названного года)³, говорит о том, что такого рода меры были приняты исключительно для того, чтобы как-то стронуть дело инноваций в госкомпаниях с «мертвой точки». Затем же, как предполагается, процесс внедрения инноваций должен стать если не «самозаводящимся», то, по крайней мере, таким, который не потребует какого-либо нового столь жесткого администрирования. В свое время Президент РФ Д.А. Медведев предложил, чтобы госкорпорации, оказавшиеся неэффективными, были со временем либо ликвидированы, либо преобразованы в акционерные общества — с возможной последующей приватизацией. Сегодня работа их, похоже, постепенно стала налаживаться⁴. Понадобятся, однако, значительные финансовые вливания в научно-исследовательские и опытно-конструкторские работы (НИОКР), в том числе с учетом того, что уже в 2011 году затраты на эту работу во всем мире повысятся на 3,6%, что в абсолютном выражении составит свыше одного трлн долларов США⁵.

Заслуживает внимания опыт внедрения инноваций в Республике Башкортостан, где создана рабочая группа по отбору наиболее перспективных инновационных проектов, которые смогут перевести промышленность региона на рельсы инновационного развития. Правда, дело здесь встает за дефицитом менеджеров, способных успешно продвигать такие проекты на рынок и при необходимости приобретать их. Однако данная проблема в принципе решаемая.

Действительные же затруднения состоят в наличии таких проблем, к решению которых пока трудно даже подступиться. Дело в том, что сегодня никто (даже государство), не желает финансировать проекты, которые могут дать эффект только в достаточно длительной перспективе. Существует такое представление (оно прозвучало, кстати, и в известном произведении Ю. Семенова «Семнадцать мгновений весны», впоследствии экранизированном телевидением — конечно же, по совершенно иному поводу), что Гитлер проиграл развязанную им Вторую мировую войну в том числе потому, что с начала 1944 года он не стал финансировать проекты новых видов оружия, если они не могли быть осуществлены уже в ближайшие месяцы — максимум, в течение полугода. А ведь практическое

¹ См.: Сломать барьеры (редакционный материал) // Российская газета. — 2011. — 18 февраля. — Приложение «Регионы: инвестиционные проекты». — С. 3.

² Зубаревич Н. Как утекает капитал. В России мало территорий, которые способны притягивать реальных инвесторов // Российская газета. — 2011. — 18 февраля. — Приложение «Регионы: инвестиционные проекты». — С. 10.

³ См.: Кузьмин В. Разбор полетов. Дмитрий Медведев уволил главу ОАК за инновационное бездействие // Российская газета. — 2011. — 2 февраля. — С. 2.

⁴ См.: Никонов В. Три года Медведева // Известия. — 2011. — 11 марта. — С. 8.

⁵ См.: Ямпольский О. Хочешь летать — финансируй НИОКР // Российская газета. — 2011. — 9 февраля. — С. 4.

воплощение идеи создания немецкими разработчиками атомной бомбы было фактически уже, как говорится, «на мази».

Понятно, что то, чего не могут позволить себе организации, может и должно сделать государство. Это касается, например, поиска новых видов энергии, перевода энергетики на возобновляемые ресурсы, дальнейшего исследования путей производства энергии с использованием эффекта быстрых нейтронов. Государство, безусловно, может позволить себе долгосрочные проекты, сулящие достаточно хорошую перспективу практического применения полученных результатов.

Сегодня человек производит знания со скоростью, намного превышающей возможности их внедрения в практику, а поэтому в науковедении быстро формируется принципиально новое направление, которое можно было бы назвать наукометрией (сейчас это — инноватика) — наукой об «измерении» практической значимости результатов научно-исследовательских и опытно-конструкторских работ, а также о реальных возможностях внедрения их в практику. Появилась экономика интеллектуального продукта, поставившая этот продукт под жесткий контроль предпринимателей-«инноваторов». И, как пишет А.А. Иванов, «творчество перестало являться уделом чудаков, оно было поставлено на промышленную основу»¹.

Общество же стало получать интеллектуальный продукт (для всеобщего пользования) в строго дозированной форме, с чем оно, разумеется, не может смириться. Ему для развития надо получать этот продукт в полной мере и во все возрастающих масштабах. Поэтому возникли нецивилизованные, а именно «захватнические», противоправные способы приобретения интеллектуального продукта. Они стали обобщенно называться пиратством — с учетом вероломного, циничного, дерзостного характера совершаемых действий и по сходству с *пиратством* как морским разбоем (от греческого *peirates* — грабитель, разбойник). Сам приобретенный таким способом продукт стал при этом называться пиратским, а люди, занимающиеся его похищением и распространением — пиратами.

Появилось множество и других терминов для обозначения незаконного приобретения и распространения чужого интеллектуального продукта, в том числе таких как фальсификация, подделка, контрафакт (от французского *contrefaction* — подделка и от латинских *contra* — против и *facere* — делать), «серый товар» и т. д.² В условиях переходного периода пиратство позволяет заинтересованному российскому обществу добирать, так сказать, явочным путем все то, в чем оно себя считает по нелепой случайности обделенным — ввиду, с одной стороны, *бедности* значительной части нашего населения, а с другой — *монополизации* интеллектуального продукта³. Получается нечто в виде ситуации крайней необходимости, то есть ситуации, при которой общество не видит других путей к удовлетворению своих возрастающих потребностей в интеллектуальном продукте, кроме как взять его там, где оно «плохо лежит», где его реально можно взять, то есть на «черном» рынке.

Но все имеет свое начало и свой конец. Особенно то, что противоправно, что представляет собой всем известную «палку о двух концах», что если и приносит пользу, то только на первых порах, а в дальнейшем, так сказать, «вторым концом» ударяет и по самому потребителю. Ведь дешевизна пиратского продукта не изгоняет его тухлого запаха, в том числе связанного с постоянным снижением его качества. В конечном итоге, становится всем понятной старая истина о том, что «скупой платит дважды». «Я не такой богатый, — говорит сегодня расчетливый покупатель, — чтобы покупать дешевое».

Даже в Китае, где еще до недавнего времени царил разгул пиратства, в том числе осуществляемого при прямом попустительстве государства (а иногда и при его непосредственном участии), в настоящее время принимаются жесткие меры противодействия поступлению подделок на рынок. Так, в марте 2011 года в этой стране объявлено об аресте почти трех тысяч человек за изготовление и реализацию поддельных товаров известных мировых брендов. Основной удар нанесен по производителям лекарственных препаратов, алкогольной продукции, мобильных телефонов. Ликвидировано порядка трехсот веб-сайтов, причастных к торговле поддельными товарами. «Настала пора, — заявил представитель министерства кооперации КНР Ли Чэн-Ган, — перейти от мануфактуры к инновациям»⁴.

Но сегодня ведутся активные поиски той «золотой середины», при которой удастся и науку сохранить, и открыть широкий простор для использования интеллектуального продукта обществом. В конце концов, интеллектуальный продукт — это продукт общества, а не только неких, как полагает А.А. Ива-

¹ Иванов А.А. Тенденции развития интеллектуальных прав // Право. — 2010. — № 3. — С. 3.

² Подробнее об этом см.: Дворянкин О.А. Операция, которую назвали «Контрафакт» / О.А. Дворянкин, А.В. Тихонов. — М., 2006. — С. 50, 51 и др.; Андрюхина О.В. Новый взгляд на проблему соотношений понятий «контрафактная», «фальсифицированная», «пиратская», «поддельная» продукция // Инновации в государстве и праве России: Материалы Международной научно-практической конференции (Нижний Новгород, 29—30 апреля 2009 г.). — 2009. — С. 327—330.

³ Монополизация интеллектуального продукта — это такое обращение с ним, в результате которого обладатели исключительных прав оставляют их (права) исключительно или главным образом за собой — соответственно оставляя за собой и львиную долю вытекающих из этого материальных, моральных («имиджевых») и иных выгод.

⁴ Цит. по: Соловьев Е. Китай объявил войну пиратам. Пекин приступает к построению высокотехнологического общества // Российская газета. — 2011. — 14 марта. — С. 6.

нов, «чудаков», которые неизвестно как среди нас оказались. Обеспечить эффект, характеризуемый народной мудростью в качестве ситуации, при которой «и волки сыты, и овцы целы» — актуальная задача, и она обязательно должна быть решена уже в ближайшие годы, в том числе путем создания достаточно весомых налоговых стимулов¹.

Новые знания, лежащие в основе наукометрии — это, во-первых, новые знания о *чем-то ранее неизвестном вообще* (открытия — в самом широком их значении), во-вторых, новые знания о *чем-то уже известном, но требующем внедрения в какое-то общественно полезное дело* (изобретения — тоже в самом широком их значении), а в-третьих, новые знания о *том, как именно следует внедрить нечто уже известное в какое-то общественно полезное дело* (рационализаторские предложения — опять же в самом широком их значении).

Как учит история, общество живет, здравствует и побеждает собственную немощь в том случае, если имеющиеся в нем знания используются *по-хозяйски*, а именно изобретения в нем, образно говоря, «наступают на пятки» открытиям, а рационализаторские предложения — изобретениям. Ибо в таком случае коэффициент полезного действия знаний восходит к максимуму, а сами они приобретают силу энергии, которая, материализуясь, способна буквально двигать горы.

В настоящее время особую значимость (особенно для России) приобретают новые знания об обществе, так как, прежде всего, именно они позволяют перевести его на путь инновационного развития. Инновационное же общество — это инновационная экономика, а инновационная экономика — это инновационная техника и инновационные технологии. Знания об обществе — это, во-первых, знания об обществе как таковом, а во-вторых, знания о том, *как* знания об обществе как таковом могут с достаточно высокой степенью вероятности способствовать повышению уровня цивилизованности, обновления и прогресса.

К сожалению, сейчас еще сильна тенденция «танцевать» в обратном направлении, то есть не от инновационного общества к инновационной технике и инновационным технологиям, а от инновационной техники и инновационных технологий к инновационному обществу. Это не всегда правильно. Тот же Гитлер в свое время основательно решил проблему инноваций в технике и технологиях, но к чему это привело — известно. Были в этом деле удачи и у Сталина, но избежать ему тупика в развитии общества тоже, как известно, не удалось.

Конечно же, проблему модернизации страны лучше решать, так сказать, с двух сторон (а не с какой-то одной из них), но на переходном этапе в целях экономии сил и средств важно начинать решать ее с общего оздоровления общественных процессов, в том числе с участием системы правового регулирования. Во всяком случае, совершенно неприемлемым представляется планируемое с 1 сентября 2012 года повышение стипендий для аспирантов и докторантов (соответственно до 6 000 и 10 000 рублей — с соответственно 2 500 и 4 000 рублей, устанавливаемых с 1 сентября 2011 года) *только* по техническим и естественным отраслям наук². Например, такие гуманитарные науки, как правоведение, менеджмент, экономическая теория нисколько не уступают по значимости техническим и естественным научным отраслям. Другое дело, что наше гуманитарное образование по качеству все еще отстает от образования по техническим и естественным профессиям³. Но это — лишь временное отставание.

То, что сегодня все еще приходится слышать мнение, в том числе звучащее с высоких трибун, о том, что «хватит готовить в таких масштабах юристов и экономистов», ничего не меняет — хорошие юристы и экономисты все еще в дефиците. Но даже если бы их действительно было «слишком много», большой беды в этом не было бы. Разве надо было бы быть тревогу по поводу, скажем, «перепроизводства» специалистов в области философии, истории, культуры, ораторского, образительного или иного искусства, литературы, поэзии, русского языка, танцев, песенного мастерства и т. д. Пусть люди философствуют, рассуждают об истории человечества, рисуют, поют, танцуют и радуются жизни. Разве интересы правового государства пострадают, если в нем будет много людей, хорошо понимающих суть ценностей, умеющих считать заработанное, сберегать и приумножать его, знающих свою миссию в этом мире, остро чувствующих долг перед Отечеством, согражданами, прекрасно знающих свои права и обязанности? Нет, конечно же, не пострадают. Только выиграют.

Как уже отмечалось, вокруг проблемы интеллектуального продукта сталкиваются две группы интересов, а именно интересы создателей такого продукта и интересы его потребителей. В это главное

¹ Подробнее об этом см.: *Захаров Р. Ф.* Правовые проблемы налогового стимулирования инновационной деятельности // *Право*. — 2010. — № 3. — С. 27—33.

² См.: Постановление Правительства РФ от 8 декабря 2010 года № 991 «О стипендиях аспирантам и докторантам федеральных государственных образовательных учреждений высшего профессионального образования, образовательных учреждений дополнительного профессионального образования и научных организаций» // *Российская газета*. — 2010. — 15 декабря. — С. 24.

³ См.: *Зарипова А.* 28% россиян недовольны своим образованием // *Российская газета*. — 2011. — 9 марта. — С. 9.

противоречие «вклинивается» государство, которое, будучи заинтересованным в налоговых поступлениях, а также в поддержании творческого тонуса создателей интеллектуального продукта, а следовательно, в конечном счете, и в более широком удовлетворении интересов потребителей, осуществляет довольно жесткую политику установления и поддержания правовой «чистоты» на рынке интеллектуального продукта.

Имея в виду интересы зарубежных создателей интеллектуального продукта, международное сообщество в течение почти двадцати лет всячески тормозило вступление России во Всемирную торговую организацию (ВТО), существенно сдерживая тем самым экономическое развитие нашей страны. Только в последние годы, когда Российское агентство по патентам и товарным знакам преобразовано в соответствии с постановлением Правительства РФ от 16 июня 2004 года № 299 в Федеральную службу по интеллектуальной собственности, патентам и товарным знакам¹, а Гражданский кодекс РФ в соответствии с Федеральным законом от 18 декабря 2006 года № 230-ФЗ дополнен частью IV (раздел VII «Права на результаты интеллектуальной деятельности и средства индивидуализации»), когда эти нормативные правовые акты начали реально оказывать положительное влияние на ситуацию на рынке интеллектуального продукта, дело с процессом вступления нашей страны в ВТО стронулось с места. Последний камень преткновения — негативная позиция отдельных бывших «братских республик», предъявивших к России по существу невыполнимые требования в качестве условия «пропуска» в эту организацию. Но и этот барьер со временем будет, безусловно, преодолен.

В феврале 2008 года В.В. Путин перед уходом с поста Президента РФ поставил задачу к 20-му году нового века преобразовать экономику из сырьевой в инновационную через посредство трансформации российского общества в такое, в котором доминировали бы, во-первых, средний класс, а во-вторых, интеллектуальная, образованная и вообще здоровая во всех отношениях личность. Ключевые моменты здесь — забота о детях, здравоохранение и другие социальные программы, преодоление бедности и безработицы, экология и культура, физкультура и спорт, экономика, техника и технологии, образование и наука, подъем промышленности и сельского хозяйства, инициативность и профессионализм, стремление преуспеть и мотивация к инновационному поведению.

Под задачу экономического прорыва в будущее В.В. Путиным тогда же была обнародована Стратегия развития информационного общества в Российской Федерации², включающая, в частности, формирование в стране единого информационного пространства, в том числе для целей его доступности гражданам, обеспечения национальной безопасности, совершенствования образовательных, телекоммуникационных и других программ, более широкого предоставления гражданам государственных, социальных, медицинских, товарных и иных услуг, создания условий для развития принципа экономической составляющей, повышения экономической эффективности использования российскими правообладателями объектов интеллектуальной собственности, развития приоритетных направлений науки, техники и технологий на основе формируемых долгосрочных прогнозов технологического развития (форсайт), создания условий для коммерциализации и внедрения результатов научных исследований и экспериментальных разработок, создания правовых, организационных и иных условий для укрепления научно-исследовательского сектора высшей школы, государственных академий и отраслевой науки, оснащения вузов, научных организаций и исследовательских центров современным научно-исследовательским, технологическим и учебным оборудованием, развития системы библиотечных фондов.

В области противодействия использованию потенциала информационных и телекоммуникационных технологий в целях угрозы национальным интересам страны Стратегия развития информационного общества в Российской Федерации исходит из необходимости, в частности, повышения уровня защищенности корпоративных и индивидуальных информационных систем, создания единой системы информационно-телекоммуникационного обеспечения нужд государственного управления, обороны, национальной безопасности и правопорядка, совершенствования правоприменительной практики в области противодействия угрозам использования информационных и телекоммуникационных технологий во враждебных целях, обеспечения неприкосновенности частной жизни, личной и семейной тайны, соблюдения требований по обеспечению безопасности информации ограниченного доступа, противодействия распространению идеологии терроризма и экстремизма, пропаганде насилия.

В результате реализации основных направлений и мероприятий Стратегии развития информационного общества в Российской Федерации к 2015 году должны быть достигнуты, в частности, следующие контрольные значения показателей:

— место Российской Федерации в международных рейтингах в области развития информационного общества — в числе 20-и ведущих стран мира;

¹ См.: Российская газета. — 2004. — 24 июня. — С. 11.

² См.: Стратегия развития информационного общества в Российской Федерации. Утверждена Президентом РФ В. Путиным 7 февраля 2008 года, № Пр-212 // Российская газета. — 2008. — 16 февраля. — С. 16.

— место Российской Федерации в международных рейтингах по уровню доступности национальной и информационной и телекоммуникационной инфраструктуры для субъектов информационной сферы — не ниже десятого;

— наличие персональных компьютеров, в том числе подключенных к Интернету — не менее 75% домашних хозяйств;

— доля исследований и разработок в сфере информационных и телекоммуникационных технологий в общем объеме научно-исследовательских и опытно-конструкторских работ, осуществляемых за счет всех источников финансирования: к 2010 году — не менее 15% и к 2015 году — не менее 30%;

— рост доли патентов, выданных в сфере информационных и телекоммуникационных технологий, в общем числе патентов: к 2010 году — не менее чем в 1,5 раза и к 2015 году — не менее чем в два раза;

— доля библиотечных фондов, переведенных в электронную форму, в общем объеме фондов общедоступных библиотек — не менее 50%, в том числе библиотечных каталогов — 100%¹.

В дальнейшем вся эта работа была продолжена В.В. Путиным на посту премьер-министра. В середине декабря 2010 года он, не без некоторого сожаления, констатировал, что, несмотря на предпринимаемые усилия, в стране еще 12,5% людей (каждый восьмой россиянин) живут за чертой бедности, почти каждый десятый — инвалид (13 миллионов человек), а выйти на докризисный уровень развития при существующем порядке вещей удастся только в первой половине 2012 года².

Поддерживать дальше развитие по всем названным выше параметрам интеллектуализации страны в том же «ручном» режиме управления уже не представляется возможным, а поэтому надо стремиться всемерно развивать и использовать в этом деле (как, впрочем, и в любом другом) ресурсы правового регулирования. Сегодня становится все более очевидным, что законодательство об интеллектуальном продукте должно быть извлечено из гражданского законодательства и возведено в статус самостоятельной отрасли законодательства. Оптимальным вариантом было бы здесь создание Интеллектуального кодекса Российской Федерации.

¹ Электронная форма библиотечных фондов существенно расширяет возможности практической реализации заключенных в них знаний, а поэтому начатая работа по соответствующему их преобразованию — это веление времени. Но было бы, на наш взгляд, неверным полагать, что «электроника» убьет книгу, как и творчество вообще, поскольку представители творческих профессий, якобы не захотят работать «на ящик». Нет, книга была, есть и останется навсегда (в какой бы форме она не была представлена — бумажной, электронной или какой-либо иной) главным источником знаний, хотя, конечно же, и не единственным. О значении перевода библиотечных фондов в электронную форму см.: *Монахов В.Н.* Библиотеки в цифровую эпоху (правовые аспекты) // *Право*. — 2010. — № 3. — С. 82—103.

² См.: Прямой эфир. Владимир Путин ответил на вопросы россиян (редакционный материал) // *Российская газета*. — 2010. — 17 декабря. — С. 1—2. См. также: Программа антикризисных мер Правительства Российской Федерации на 2009 год; Основные мероприятия Правительства Российской Федерации и Банка России по оздоровлению российской экономики в 2009 году // *Российская газета*. — 2009. — 20 марта. — С. 3—6.

К.К. Панько

Панько Кирилл Константинович — доктор юридических наук, профессор, профессор кафедры уголовного права Воронежского государственного университета

Преемственность в праве (на примере развития законодательства о юридической технике)

Изучение хода и тенденций исторического развития законодательной техники с момента возникновения до наших дней происходит путем исследования исторических памятников законодательства и особенно законов о правилах законодательной техники. Как писал Р. Иеринг, «перед нами здесь проблема, для разрешения которой требовалась непрерывная работа многих веков, работа, восходящая назад далеко за эпоху науки в праве»¹. Наиболее древним официальным источником права были обычаи, утвердившиеся у возникающих народов с их переходом к цивилизации. В истории Древней Руси обычай со временем становится «правдой» для всего народа. Таковыми были Русская Правда Ярослава Мудрого (1061 г.), Правда Ярославичей (около 1072 г.). Дальнейшее развитие русские правовые начала получили в Уставе Владимира Мономаха (1113 г.). В середине XI века сложился первый общерусский юридический кодекс — Пространная редакция Русской Правды (1017—1054 гг.), объединившая Суд Ярослава (то есть нормы Краткой правды) и Устав Мономаха², в котором определены относительно обособленный нормативный блок уголовно-правовых предписаний (ст. 1—18), в частности статьи 3—8 представляли собой раздел «Об убийстве»³.

Пространная Правда содержала зачатки положений уголовного права, зарождение норм-принципов, терминов, отдельных уголовно-правовых институтов: соучастия, индивидуализации ответственности и наказания, формы вины. После освобождения Руси от монгольского ига древнерусская традиция развития источников русского права была продолжена в Новгородской и Псковской судных грамотах (1467 г.), в общероссийском великокняжеском Судебнике 1497 года и царском Судебнике 1550 года, уставах и указных книгах царских приказов XVI—XVII веков, а также в источниках церковного права: Кормчей книге, Стоглаве 1551 года, Правосудии Митрополичьем. Свое завершение восточнославянская традиция развития русского права, опирающаяся на самобытные источники и византийскую православную культуру, получила в Соборном уложении 1649 года и Воинском артикуле 1715 года⁴.

С позиций правил юридической техники Соборное уложение представляет несомненный шаг вперед по сравнению с Судебниками и Указными книгами приказов. В нем правовая система получила более развитое, обобщенное и унифицированное оформление. Уложение впервые классифицировало преступления в зависимости от ценности объекта посягательства: преступления против религии и церкви (глава I), политические преступления (главы II—III), преступления против порядка управления (главы IV—VI), воинские преступления (глава VII), преступления против финансовой системы (глава IX), должностные преступления и преступления против личности (глава X и частично XXII), имущественные преступления (глава XXI), преступления со специальным субъектом — стрельцы, казаки, корчемники (главы XXIII—XXV). В тексте Уложения нашли закрепление некоторые уголовно-правовые дефиниции, принципы и институты будущей Общей части: понятие преступления; в числе общих уголовно-правовых начал формировались принципы равенства сословий или «гражданского равенства». По сравнению с Судебниками получил развитие принцип вины: виновность стала пониматься как психическое отношение субъекта к своему деянию⁵.

Детальную разработку получили институты соучастия и прикосновенности к преступлению, подробно характеризуются отдельные участники преступления, подразделяемые на главных — подстрекателей и исполнителей (ст. 12 главы X) и второстепенных виновников — пособников, а также прикосновенных к преступлению лиц — недоносителей, попустителей, укрывателей и т. д. (ст. 15, 19—20,

¹ Иеринг Р. Юридическая техника. — М., 2008. — С. 23—24.

² См.: Ключевский В.О. Сочинения. — М., 1887. — Т. 1. Лекция XIII. — С. 214—231.

³ См.: Лопашенко Н.А. Российский уголовный закон // Уголовное право Российской Федерации: Общая часть / Под ред. Р.Р. Галиакбарова. — Саратов, 1997. — С. 38.

⁴ См.: Синюков В.Н. Российская правовая система. — Саратов, 1994. — С. 86.

⁵ См.: Развитие русского права в XV — первой половине XVII в. / Отв. ред. В.С. Нерсисянц. — М., 1986. — С. 37—160; Наумов А.В. Российское уголовное право. Общая часть: Курс лекций. — 2-е изд., перераб. и доп. — М., 2000. — С. 55—56.

59—65, 77—81 главы XXI). Определенное развитие получили институты смягчающих обстоятельств (возраст, воровство вследствие нужды, «простота ума») и отягчающих обстоятельств (особая жестокость, злоупотребление служебным положением, предварительный сговор, использование условий стихийного бедствия) и исключаящих уголовную ответственность обстоятельств. Так, впервые в Уложении упоминается о причинении вреда охраняемым законом интересам в состоянии крайней необходимости и вводится понятие превышения ее пределов (ст. 283 главы X)¹.

Другой важнейший источник уголовного права, который действовал параллельно с Соборным уложением, был Воинский артикул 1715 года, который объединял главным образом нормы уголовного права и представлял, по сути, свод нормативных предписаний его Особенной части (24 главы и 209 артикулов)². В нем формировался территориальный принцип действия уголовного законодательства (закон применялся как к подданным Российской империи, так и к иностранцам, находящимся на службе у правительства); общественно опасные деяния впервые обозначались современным термином «преступление», а лица, их совершившие, «преступниками»; тщательную разработку получили основания уголовной ответственности и принцип вины; перечислялись обстоятельства, исключающие преступность деяния: выполнение приказа (арт.195), задержание преступника (арт.205), необходимая оборона (арт. 156-157); система наказаний была дополнена за счет включения в нее каторги, лишения прав, а также «содержания в дисциплинарной воинской части»³.

Отличаясь значительно меньшей казуистичностью и более высоким уровнем обобщенности правового материала, более четкой структурой и последовательностью изложения, Воинский артикул сыграл огромную роль в развитии отечественного законодательства и по уровню законодательной техники соответствовал западноевропейским стандартам XVII—XVIII веков. Уголовное законодательство превратилось в самостоятельную комплексную отрасль, в юридический оборот была введена вполне современная унифицированная терминология: преступление, наказание, вина, умысел и так далее; значительных успехов достигла законодательная техника в структурировании нормативного материала за счет введения цифрового обозначения при разделении последнего на главы и статьи. За счет повышения уровня обобщения соответствующих предписаний, последовательности их изложения нормативные предписания Особенной части уголовного законодательства определились в линейную систему, базирующуюся на критерии родового объекта преступных посягательств. Появились прообразы Общей части в виде взаимосвязанных нормативных предписаний, которые, однако, продолжали воспроизводиться всякий раз при описании конкретных преступлений, что приводило к повторямости и громоздкости уголовного закона; границы объединения конкретных преступлений в виды, что имело важное значение в последующем для их категоризации. Вместе с тем, фрагменты будущей Общей части закреплялись законодателем бессистемно, без каких-либо теоретических обобщений, и носили характер «удачных находок» в области примитивного в целом уголовного законодательства того времени. Нормы Соборного уложения и Воинского артикула действовали вплоть до 1833 года, когда был введен в действие Свод законов Российской империи.

Период самостоятельной восточнославянской традиции в развитии русского права сменился в XVIII веке другой тенденцией — становлением и развитием законодательства абсолютистского имперского государства. Ее начало было положено реформами Петра I и прямо ориентировалось на европейские (прежде всего, германские, французские и шведские) образцы. Более развитые в экономическом и политическом отношении страны Западной Европы имели более высокий научный и законодательский опыт. В сочинениях великих просветителей Ш. Монтескье, Ч. Беккариа, А. Фейербаха и других были сформулированы основополагающие принципы и общие начала уголовного права: законность, равенство всех граждан перед законом, ответственность при наличии вины, неотвратимость ответственности, соответствие наказания преступлению, превенция как цель наказания⁴. Они создали фундаментальную теоретическую основу для разработки таких важнейших понятий уголовного права, как уголовный закон, состав преступления, вина, невменяемость, неоконченное преступление, соучастие в преступлении, необходимая оборона, крайняя необходимость, система наказания и т. д.

Следуя идее Ш. Монтескье о целесообразности упорядочения и упрощения законов, И. Бентам создал, по сути, авторский проект Уголовного кодекса, в котором обосновал ряд принципиальных

¹ См.: *Рогов В.А.* История государства и права России IX — начала XX в. — М., 1995. — С. 236; *Кузнецова Н.Ф.* История российского уголовного законодательства XX века (Общая часть) // Под ред Н.Ф. Кузнецовой и И.М. Тяжковой. — М., 1999.

² См.: *Российское законодательство X—XX вв.: В 9 т. / Под общ. ред. О.И.Чистякова.* — М., 1986. — Т. 4: Законодательство периода становления абсолютизма. — С. 327—365; *Развитие русского права второй половины XVII—XVIII вв.* — М., 1992.

³ См.: *Владимирский-Буданов М.Ф.* Обзор истории русского права. — Ростов-на-Дону, 1995. — С. 306—333.

⁴ *Монтескье Ш.* О духе законов. — СПб., 1900. — С. 585—569; *Беккариа Ч.* О преступлениях и наказаниях. — М., 1995. — С.72, 83—87, 106, 137—140, 230—232; *Таганцев Н.С.* Русское уголовное право. Лекции. Часть Общая: В 2 т. — М., 1994. — Т. 1. — С. 20; и др.

положений, касающихся структуризации уголовного законодательства, классификации преступлений и наказаний и т. д. В своей книге И. Бентам придерживался известной логики изложения правового материала, ставшей традиционной для современных уголовных кодексов: сначала учение о преступлении, затем — учение о наказании¹. В этот период были приняты первые уголовные кодексы, предусматривающие деление на Общую и Особенную части. Наиболее известные и значимые: австрийское Уголовное уложение Марии-Терезии (Терезиана) 1768 года, Уголовный кодекс Франции 1781 года, баварское Уголовное уложение 1813 года.

Екатерина II под влиянием взглядов европейских идеологов, с большинством из которых состояла в личной переписке, направила 30 июля 1767 года комиссии правительствующего Сената «Наказ о составлении проекта нового уложения». Из 227 статей Наказа, относящихся к уголовному праву, 87 статей были позаимствованы из произведений Ш. Монтескье, а 114 статей — у Чезаре Беккариа². Не будучи официальным нормативным актом, Наказ, тем не менее, сыграл положительную роль в формировании российского уголовного законодательства и в разработке технических приемов создания и формулирования законов. В нем императрица прямо устанавливала такие требования к форме законов, как простота, ясность, точность и краткость языка и слога закона, общедоступность формы изложения (ст. 178, 454, 458)³.

Законодательные акты регламентировали все стороны жизни Российского государства и общества. Вместе с тем, предпринимались попытки кодификации законодательства путем разработки Свода законов вместо Соборного уложения 1649 года. Подготовка данного Свода осуществлялась последовательно сменявшимися друг друга десятью комиссиями (1700, 1714, 1720, 1728, 1730, 1754, 1760, 1767, 1796, 1804 гг.). Систематизацию российского права комиссии пытались решить путем «собрания законов» (инкорпорации), составления «сводов законов» (консолидации) и разработки нового уложения (кодификации)⁴. В частности, перед комиссией 1796 года была поставлена задача «собрать существующие узаконения и извлечь из них три книги законов (уголовных, гражданских и казенных дел), однако результаты их деятельности даже не были переданы на официальное рассмотрение⁵. Учрежденная Александром I в 1804 году комиссия имела целью создание новых уставов и уложений по всем отраслям права, в том числе уголовному. Проект не публиковался и не обсуждался. В последующей своей деятельности комиссия стала более ориентироваться на зарубежный опыт, создав три варианта проекта Уголовного уложения — 1812, 1813 и 1816 годов. Был внесен в Государственный совет как официальный и опубликован проект 1813 года, однако его судьба оказалась неудачной. К его обсуждению Государственный совет приступил в 1824 году, а в 1826 году (после кончины Александра I) проект, не будучи принятым, был передан в архив⁶. В период царствования Николая I кодификационная комиссия была преобразована, ее возглавил М.М. Сперанский, который предложил три этапа систематизации законодательства: 1) составление полного собрания законов; 2) составление Свода законов; 3) составление уложений (кодексов)⁷.

Итогом первого этапа стало издание в 1830 году Полного собрания законов Российской империи в 46 томах, в котором в хронологическом порядке были помещены как действующие, так и утратившие силу законы, начиная с Соборного уложения 1649 года. Второй этап систематизации законодательства был завершен в 1832 году опубликованием Свода законов Российской империи в 15 томах, в которых законы были собраны по отраслевому (предметному) признаку. В 15-ом томе (книга первая) были помещены уголовные законы. Указанная книга включала 11 разделов (765 статей): Общая часть была представлена первым разделом, разделенным на 7 глав, 30 отделений, 22 подотдела и 181 статью; Особенная часть — десятью разделами (584 статьи). Она была отмечена такими недостатками содержания и структуры, что спустя 11 лет после вступления в силу была отменена, успех ознаменовать собой завершение этапа структурного обособления Общей части в системе российского уголовного законодательства. Однако, как справедливо отмечает В.П. Коняхин: «Выделение Общей части в качестве структурного элемента уголовного законодательства явилось колоссальным достижением в области юридической техники. Оно позволило законодателю выразить многое в немногом, вынести «за скобки» общие, руководящие, принципиальные положения уголовного права и тем самым сделать кодифицированный уголовный закон компактным по форме, доступным по содержанию и удобным

¹ См.: Бентам И. Основные начала уголовного кодекса // Избранные сочинения Иеремии Бентама. — СПб., 1867. — Т. 1.

² Подробнее об этом см.: Решетников Ф.М. Беккариа. — М., 1987. — С. 33; Владимирский-Буданов М.Ф. Обзор истории русского права. — Ростов-на-Дону, 1995. — С. 350.

³ См.: Наказ ея императорского величества Екатерины Второй — самодержицы всероссийская, данный комиссии о сочинении проекта нового уложения, с принадлежащими к тому приложениями. — СПб., 1776. — С. 61, 158—161.

⁴ См.: Обзорение исторических сведений о своде законов. — СПб., 1837. — С. 42.

⁵ См. там же. — С. 53.

⁶ См.: Таганцев Н.С. Русское уголовное право. Лекции. Часть Общая: В 2 т. — М., 1994. — Т. 1. — С. 103.

⁷ См.: Скрипилев Е.А. Развитие русского уголовного права в первой половине XIX в. / Е.А. Скрипилев, С.И. Штамм, В.М. Клеандрова. — М., 1994. — С. 30.

для применения. Отнюдь не случайным выглядит то обстоятельство, что Общая часть впоследствии стала неизменным атрибутом кодифицированного уголовного законодательства России и всех других стран мира, в которых культивировалась романо-германская (континентальная) система права»¹.

После 11 лет подготовительной работы в России в 1846 году вступило в силу обособленное кодифицированное уголовное законодательство — Уложение о наказаниях уголовных и исправительных, которое претерпело три редакции (1857, 1866 и 1885 гг.), но законодателю не удалось до конца преодолеть главные недостатки, изначально присущие Уложению о наказаниях, — многостатейность (2 224 статьи сократились до 1 711 статей), казуистичность, многословность и расплывчатость формулировок, отсутствие согласованности его Общей и Особенной частей. Это обстоятельство в числе многих других причин обусловило необходимость проведения новой кодификации российского уголовного законодательства, которое после длительной (22 года) и кропотливой работы завершилось принятием Уголовного уложения 1903 года с более совершенной композиционной структурой, иной рубрикацией нормативного материала, с более абстрактными, лаконичными и точными законодательными формулировками². Свод законов Российской империи, который существенно упорядочил законодательство и облегчил его применение, в 1833 году был рассмотрен Государственным советом и утвержден Николаем I, а с 1 января 1835 года вступил в силу.

Длительное время в России сам характер правотворческой деятельности не способствовал выработке понятия закона, соответствующей его надлежащей семиотической репрезентации. Это были грамоты, указы, уставы, регламенты, артикулы, рескрипты, циркуляры, инструкции, которые не отличались какой-либо сбалансированностью и функционировали без какой-либо последовательности. Понятие закона в его правовом смысле появилось лишь в начале XIX века, когда советник императора Александра I М.М. Сперанский составил план государственного преобразования (Введение к Уложению государственных законов), предусматривавший ряд конституционных реформ. В составленном им на основе Полного собрания законов Российской империи (1830 г.) Своде законов Российской империи (1832—1835 гг.) проводилась идея верховенства закона, постулировалась мысль, что закон — это не просто «установление высшей власти», «общее правило, изданное верховной властью»; его родовый смысл увязывался с общим понятием государственной власти, идеей народного представительства, «правильно организованной» законодательной властью³.

Факт учреждения и функционирования законодательных палат уже сам по себе означал весьма крупные перемены в государственном управлении России: Основные законы 1906 года устанавливали обязательное участие представительных органов в законодательном процессе. Император Всероссийский осуществлял законодательную власть вместе с Государственным советом и Государственной думой. Начало верховенства закона формулировалось в статье 42 Основных законов: «Империя Российская управляется на твердых основаниях законов, изданных в установленном порядке»⁴.

Принятый Государственным советом и Государственной думой и утвержденный монархом законопроект становился законом (ст. 7 Основных государственных законов от 23 апреля 1906 г.). Это, однако, не относилось к самым основным государственным законам, почин пересмотра которых принадлежал исключительно императору (ст. 65). В русском Своде можно видеть определенную систему построения и объединения действовавшего законодательства, а именно: деление права на публичное и частное, на материальное и формальное. Система, положенная в основу Свода законов, была разработана М.М. Сперанским, который разделил все законы на 8 разрядов, размещенных в 15 томах, сгруппировал их на государственные законы, гражданские, уголовные и т. д. При этом он исходил из того, что никакая кодификация не может быть успешно проведена без предварительного расположения всего законодательного материала в хронологическом порядке, если оно не велось в процессе законодательства. Поэтому он, прежде чем приступить к кодификации, собрал весь законодательный материал России, начиная с 1649 года (со времени издания Уложения царя Алексея Михайловича) в полное собрание законов Российской империи, которое было доведено впоследствии почти до Октябрьской революции.

Первым систематизированным законодательным произведением классического образца в области уголовного права явилось Русское уголовное уложение 1903 года, при создании которого не ставилась задача сохранить полностью или частично текст старого законодательства и которое создавалось в условиях широкого простора для создания новых правовых норм как по содержанию, так и по форме. Хронологической систематизацией являлись и советские «Собрания Узаконений и Распоряжений Рабочего и Крестьянского Правительства РСФСР», «Собрание Законов и Распоряжений Рабоче-

¹ Коняхин В.П. Теоретические основы построения Общей части российского уголовного права. — СПб., 2002. — С. 48—49.

² См.: Российское законодательство X—XX вв.: В 9 т. / Под общ. ред. О.И. Чистякова. — М., 1994. — Т. 9.

³ Коркунов Н.М. Лекции по общей теории права. — СПб., 1883. — С. 308—309.

⁴ Свод законов Российской империи. — СПб., 1906. — Т. 1. — Ч. 1—2.

крестьянского Правительства Союза ССР», Ведомости Президиума Верховного Совета СССР и республик, составляемые в процессе законодательства.

Отменив законы свергнутых правительств, советская власть в 1918 году совершила неудачную попытку создания Уголовного кодекса, которую повторила в 1922 году. В период между этими двумя датами принимались и другие законы, в которых содержались уголовно-правовые предписания. Так, декрет СНК № 1 «О суде» от 24 ноября 1917 года предусматривал институт помилования и восстановления в правах лиц, осужденных по уголовным делам¹. Инструкция НКЮ «О революционном трибунале, его составе, делах, подлежащих его ведению, налагаемых им наказаниях и о порядке ведения его заседаний» от 19 декабря 1917 года зафиксировала восемь видов уголовных наказаний². Декрет ВЦИК «О суде» № 2 от 7 марта 1918 года отменил уголовную ответственность и тюремное заключение для несовершеннолетних в возрасте до 17 лет и ввел условно-досрочное освобождение от наказания³. Постановлением НКЮ от 12 декабря 1919 года были утверждены Руководящие начала по уголовному праву РСФСР — Общая часть уголовного права без Особенной части⁴. В 1922 году был принят Уголовный кодекс РСФСР⁵, а в 1924 году — Основные начала уголовного законодательства Союза ССР и союзных республик⁶. В 1926 году был принят обновленный Уголовный кодекс РСФСР, который исходил в основном из Уголовного кодекса 1922 года, но вместе с тем внес изменения, связанные с изданием Общесоюзных начал уголовного законодательства ССР и союзных республик. 25 декабря 1958 года были приняты Основы уголовного законодательства Союза ССР и союзных республик, а 27 октября 1960 года — Уголовный кодекс РСФСР.

Дальнейшее развитие уголовного законодательства было продолжено в рамках шестой кодификации⁷. 2 июня 1991 года были приняты Основы уголовного законодательства Союза ССР и республик, которые в связи с распадом СССР не вступили в силу, но наряду с теоретической моделью УК 1987 года оказали влияние на формирование ныне действующего Уголовного кодекса Российской Федерации, принятого в мае 1996 года и вступившего в силу 1 января 1997 года.

Если оценить происшедшие за полтора столетия (с 1845 до 1996 г.) изменения в содержании и структуре Уголовного кодекса, то можно отметить, прежде всего, их накопительный характер, полезность которого в полной мере проявляется в периоды крупных правовых реформ. Кроме того, процесс становления права шел не только от реальных отношений к становлению норм, но и от доктрины к практике. Юридическая техника возникла в истории одновременно с правом, что этимологически представляется не только правомерным, но и необходимым. С одной стороны, юридическая техника первична по отношению к доктрине права, поскольку исторически ей предшествует. С другой стороны, она является вторичной, поскольку «вмонтирована» в правовую доктрину и обусловлена ее характером.

Законодательный процесс сам по себе очень сложен и многообразен. Найти в этом многообразии правильные пути, решить спорные проблемы — в этом и заключается научное изучение отдельного законодательного опыта, исходя из которого можно сделать выводы, имеющие объективное значение. Речь идет, прежде всего, о законодательном опыте античного Рима. Заслуживает внимания и законодательный опыт Англии, где в 1889 году был принят специальный закон о законодательной технике. В 1913 году в России также были составлены правила изложения законопроектов⁸, в которых особое внимание обращалось на создание крупнейших законодательных шедевров, их редакциях, композиционных перестройках, филиациях (преемственности) замысла и приемах их творческого воплощения, что углубляло не только понимание их сущности и содержания, но и помогало уяснить особенности техники, мастерства и умения законодателя. Примером тому может служить ознакомление с историей создания Свода законов Российской империи или кодификацией Наполеона.

Создание права различных стран имеет много общего и сходного в законодательном процессе, в приемах систематизации законодательного материала, в терминологии. Понятия проекта закона, кодификации имели место во всех законодательных системах и российская юридическая техника переняла многие понятия, выработанные многовековой законодательной практикой.

Преемственность содержания права является отражением преемственности в экономике и социальном развитии государств на различных этапах истории цивилизации. Эта преемственность харак-

¹ См.: Сборник документов по истории уголовного законодательства СССР и РСФСР. 1917—1952 гг. / Под ред. И.Т. Голякова. — М., 1953. — С. 16.

² См. там же. — С. 20.

³ См. там же. — С. 22—23.

⁴ См. там же. — С. 57—60.

⁵ См. там же. — С. 116—122.

⁶ См. там же. — С. 199—207.

⁷ Подробнее об этом: Кузнецова Н.Ф. История российского уголовного законодательства XX века (Общая часть) / Под ред. Н.Ф. Кузнецовой и И.М. Тяжковой. — М., 1999. — С. 54—61; Кленова Т.В. Основы теории кодификации уголовно-правовых норм. — Самара, 2001. — С. 128—138; Коняхин В.П. Теоретические основы построения Общей части Российского уголовного права. — СПб., 2002. — С. 15—75.

⁸ См.: Унковский М. О неясности законодательства как общественном бедствии. — СПб., 1913. — С. 19—22.

теризуется не простым повторением старого, а его развитием применительно к новым условиям. Преимущество в области формы права, в способах и средствах правового выражения значительно шире. Она наблюдается в систематике права, во внешнем оформлении нормативного акта, то есть в средствах законодательного отображения действительности средствами юридической техники. Например, кодификация как метод правотворчества находила очень широкое применение с появлением писаного права.

С кодификацией права мы встречаемся в правовых системах стран Древнего Востока: Кодекс Хаммурапи, Кодекс Бокхориса в Египте, кодификация Ликуя в Китае, Законы Ману в Индии. Более высокого уровня кодификация достигла в Риме, где уже в середине V века до н. э. были составлены Законы XII таблиц. Венцом кодификационной деятельности является *Corpus Juris Civiles* (529—533 гг.), основную часть которой составил Кодекс Юстиниана — собрание законов Римского государства. Для практического руководства по применению этого Кодекса были изданы дигесты или пандекты в 50 книгах¹.

Вся история Средних веков полна кодифицированных работ (Саллическая правда, Ренуарская правда и др.). В 1532 году, после окончания Крестьянской войны в Германии появляется первый общеимперский кодекс «Каролина». В XIII веке была проведена кодификация Канонического права, в результате которой был составлен *Corpus Juris Canonis*.

Начало кодификации в России связывается с изданием Русской Правды. Проведение больших кодификаций относится к XIV веку, когда были составлены Псковская и Новгородская судные грамоты. Общегосударственное значение имел Судебник 1497 года и Судебник Ивана Грозного. Неизгладимый след в истории кодификации оставило Соборное уложение 1649 года. Однако наибольшего процветания кодификация достигла в период XVIII и XIX веков, ярким выражением которого были и остаются знаменитый кодекс Наполеона 1804 года и создание Свода законов Российской империи.

Краткий обзор кодификационной деятельности свидетельствует не об использовании формы старых законов в целом, а только тех свойств и качеств, которые являются общими и присущими форме права на всех этапах его развития. Исторический подход в изучении проблем юридической техники позволяет путем сравнения важнейших кодификаций исследовать круг вопросов, входящих в предмет изучения юридической техники: характеристику законодательства, связанную с проблемой внутреннего и внешнего единства права; источников законодательства, используемых при изготовлении нормативного акта; форм законодательной деятельности, различаемых в зависимости от законодательного органа, содержания нормативного акта и отношения его ко всей законодательной системе; структуры нормативного акта; форм и методов его изготовления, языка закона и др.

Преимущество в праве определяется потребностями общественного развития, для удовлетворения которых законодатель обращается ко всему созданному ранее и отбирает в свою копилку самое ценное, не устаревшее, устойчиво стабильное, привнося в него новое. К тому же уровень развития юридической техники тесно связан с уровнем развития самой юриспруденции, что подтверждается историческим материалом. Так, относительно слабое развитие юридической мысли во времена Хаммурапи предопределило низкий уровень техники его законов. Казуистичность, бессистемный характер расположения законодательного материала, отсутствие обобщений, определений и внутреннего логического единства — таковы технические качества отдаленного прототипа современных кодификационных актов. Юридическая техника в каждой эпохе соответствовала уровню развития общества, основывалась на достижениях юриспруденции, составной частью которой она является, и совершенствовалась на базе развивающейся правоведческой мысли, без которой нельзя научно обосновать формы и методы создания права.

¹ См.: Дигесты Юстиниана. Книги I — IV / Отв. Ред. Л.Л.Кофанов; Пер. с лат. — М., 2002.

В.Б. Першин, И.А. Треушников

Першин Виктор Борисович — кандидат философских наук, доцент, заслуженный работник высшей школы Российской Федерации, профессор кафедры философии Нижегородской академии МВД России

Треушников Илья Анатольевич — доктор философских наук, доцент, начальник кафедры философии Нижегородской академии МВД России

Методологические воззрения В.К. Бабаева на преемственность в праве

Обширный перечень вопросов, вынесенных на обсуждение участников состоявшейся конференции, взятый сам по себе уже свидетельствует об актуальности, масштабе и многогранности проблемы преемственности в праве. В условиях радикальных и быстрых социальных перемен научно-теоретический характер этой проблемы приобретает и большое практическое значение. Глубокая научная интуиция В.К. Бабаева позволила ему в сравнительно стабильные для нашей страны 70-е годы заявить о необходимости глубокой и расширенной разработки преемственности в сфере права и государства. В монографии «Советское право как логическая система», изданной в 1978 году, он посвящает отдельный параграф преемственности в праве и убедительно показывает, что она является составной частью и результатом действия в государственно-правовой сфере закона отрицания отрицания. В своей рецензии на книгу Г.В. Швекова он выражает полную солидарность с автором в том, что преемственность в праве вполне обоснованно рассматривать в качестве универсальной закономерности¹.

Научная разработка проблемы преемственности в праве предполагает исследование методологического аспекта разнообразных вопросов, образующих ее содержание. При этом может сложиться впечатление, что данный аспект является гранью, предпосылкой исследования проблемы, одной из детерминант процесса преемственности в праве, но не органической составной частью его содержания. Определенное основание для такого суждения дает и характеристика основных направлений преемственности в праве, содержащаяся в подготовленной В.К. Бабаевым и В.М. Барановым краткой энциклопедии по общей теории права. Раскрывая содержание данной категории, авторы пишут: «Преемственность в праве происходит по линиям: а) содержания права, когда заимствуются общедемократические положения прошлых национальных и зарубежных правовых систем; б) формы права (например, одно и то же название источников права — закон, указ, постановление и др.); в) юридической техники. Здесь преемственность наиболее велика, поскольку правила формулирования норм и нормативных актов мало чем отличается в разных правовых системах»². Как видим, преемственность в методологии права как самостоятельное направление в рассматриваемом процессе не выделяется.

Идею фундаментальной роли методологии в процессе обновления права, устранения отживших, непригодных в новых исторических условиях элементов и восприятия положительных, содействующих развитию государственно-правовых явлений, В.К. Бабаев развивает в своем выступлении на Всероссийской научно-практической конференции «Российская правовая система и международное право: современные проблемы взаимодействия» (сентябрь 1995 г., Нижний Новгород). Основное содержание этого выступления изложено в журнале «Государство и право» и в сборнике научных трудов «Нижегородские юридические записки»³. Остановимся на указанной идее несколько подробнее и воспроизведем ее в авторском изложении.

Свое понимание сути методологии, ее научно-практического значения в правовой жизни общества и в советской правовой науке В.К. Бабаев излагает в свойственной ему манере, то есть в краткой форме, ясно и по существу. Добротная методология, по его мнению, необходима для проникновения в сущность права, истоки его происхождения и закономерности развития, для оценки всех правовых

¹ См.: Бабаев В.К. [Рецензия]: В.К. Бабаев // Советское государство и право. — 1984. — № 6. — С. 136 — Рец. на кн.: Швеков Г.В. Преемственность в праве. — М.: Высшая школа, 1983. — 184 с.

² Бабаев В.К. Общая теория права: Краткая энциклопедия / В.К. Бабаев, В.М. Баранов. — Н. Новгород, 1997. — С. 26—27.

³ См.: Государство и право. — 1996. — № 2. — С. 22—23; Бабаев В.К. Вопросы методологии российского правоведения // Нижегородские юридические записки: Сборник научных трудов. — 1997. — Вып. 3: Право. Власть. Законность. — С. 3—9.

реалий, для разработки продуманного, качественного законодательства и последовательной его реализации. Любая методология базируется на определенном учении, отрасли знания. Это учение или сфера знания и составляют суть методологии. До недавнего времени отечественная юридическая наука, как и все социалистическое правоведение, оперировала методологией, основой которой являлось марксистско-ленинское учение об обществе¹. С началом революционных преобразований, переходом нашего общества от социализма к капитализму актуализируется проблема преемственности в праве и прежде всего в сфере методологии правоведения. В условиях перехода отечественной юриспруденции на новый, более высокий виток развития, пишет в связи с этим В.К.Бабаев, переосмысливаются и по-новому трактуются многие, казавшиеся устоявшимися и незыблемыми положения отечественного правоведения. «Это относится и к его методологии. Пожалуй, с методологии и прежде всего с нее надо начинать переоценку устоявшихся правовых ценностей, не делая это самоцелью, а руководствуясь необходимостью правового процесса в Российском государстве»².

Реформирование методологии отечественного правоведения в переходный период должно осуществляться с учетом преемственности как объективной закономерности развития права. Далеко не все составные части методологии отечественного правоведения, по мнению В.К.Бабаева, нуждаются в переоценке. Свою позицию по данному вопросу он выражает следующим образом: «Требует кардинального переосмысления мировоззренческая часть методологии. К ней обычно относят материалистическую диалектику. В марксистско-ленинской интерпретации материалистической диалектики все надстроечные явления, в том числе и право, определяются в конечном счете развитием экономических отношений. Реальная жизнь свидетельствует, что это далеко не так... Односторонним представляется и сам материализм как воззрение, который оставляет в стороне духовную жизнь, его сознание ценности, интересы. А это — основные объекты правового регулирования»³. Изложенная точка зрения соответствует представленной в литературе самого разного дисциплинарного профиля, в том числе и юридической, концепции научной несостоятельности материалистической диалектики как метода познания, основанной на дискредитации материализма как философского учения. Охарактеризуем указанное явление подробнее, а затем вернемся к вопросу о том, в какой мере В.К.Бабаев разделяет позицию негативного отношения к материалистической диалектике.

Юридическая наука является одним из структурных элементов системы научного знания. Процессы, происходящие в сфере юридической методологии, обусловлены не только имманентно присущими юриспруденции факторами, но и существенно зависят от изменений, происходящих в методологии науки как составной части философии науки. Совместное действие этих факторов вызывает в данной сфере весьма существенные изменения. В этих условиях одним из основных вопросов преемственности в методологии права оказался вопрос об отношении к диалектическому методу. Вопрос о месте и роли диалектики, диалектико-материалистического метода в юридическом исследовании приобретает остродискуссионный характер⁴. В научной литературе все чаще встречаются высказывания ученых-юристов, содержащих их негативную оценку.

В качестве наглядного примера деструктивной критики, полного отрицания какой-либо их позитивной роли в правовой методологии приведем помещенную в журнале «Философия права» статью В.В. Клочкова «Диалектика как методология изучения государства и права: риторические проблемы и неопровержимые теории». «К сожалению, — пишет автор (и с этим сожалением мы выражаем полную солидарность), — приходится отмечать, что в последние полтора десятилетия, когда в отечественной науке государства и права стали постепенно складываться предпосылки адекватного осмысления государственно-правовых явлений, в области методологии юридического исследования намечился явный регресс, проявившийся в стремлении сохранить привычную марксистскую парадигму юридического исследования, основанную на использовании диалектики как методологии научного познания»⁵. Не ограничиваясь отречением от марксистской парадигмы и органически свойственной ей диалектики, В.В. Клочков формулирует еще более радикально звучащее положение об отрицании безусловно признаваемых современной философией науки философских оснований науки: «Все развитие диалектики как методологии изучения государства и права наглядно демонстрирует тот факт, что философия не должна быть основанием для научных схем, а самой диалектике следует быть скромнее в своих притязаниях на роль всеобъемлющей логической системы. Современная методологическая ситуация в области правоведения радикально изменилась бы в лучшую сторону, если бы вместо ни к

¹ См.: Бабаев В.К. Вопросы методологии российского правоведения // Нижегородские юридические записки: Сборник научных трудов. — 1997. — Вып. 3: Право. Власть. Законность. — С. 4—5.

² Там же. — С. 5.

³ Там же. — С. 5—6.

⁴ Подробнее об этом см.: Баранов В.М. Место и роль метода материалистической диалектики в юридическом исследовании / В.М. Баранов, В.Б. Першин, М.В. Баранова // Философия права. — 2007. — № 3. — С. 7—12.

⁵ Клочков В.В. Диалектика как методология изучения теории государства и права: риторические проблемы и неопровержимые теории // Философия права. — 2005. — № 2. — С. 18.

чему не обязывающих диалектических заклинаний произошло реальное обращение к детальному исследованию критических методов современных гуманитарных наук»¹.

В научной литературе, в том числе и юридической, негативное отношение к диалектике встречается в разных формах. Иногда оно выражается в молчаливом игнорировании, исключении материалистической диалектики из методологического кластера юридической науки. В качестве примера подобного отношения можно привести книгу И.Л. Честнова². В ней анализируется содержание современной методологии научного исследования и ее применение к юриспруденции. Опираясь на постмодернистскую эпистемологию, автор сосредотачивает свои усилия на формировании постклассической юридической методологии. «Вызов» постмодерна, отмечает автор, актуализировал потребность в поиске новых, непозитивистских методологических направлений. «Среди них наиболее перспективными представляются социальная феноменология права, герменевтика, синергетика права и юридическая антропология»³. В перечень перспективных или хотя бы просто приемлемых, с позиции постмодернистской (современной, в терминологии автора) методологии, методов изучения государства и права материалистическая диалектика принципиально не может быть включена. Фактически это признает и сам автор, показывая неадекватность построенного на марксистско-ленинских постулатах и раскрывающее эпистемологическую проблематику юриспруденции исследования В.М. Сырых⁴, современной постклассической эпистемологии⁵.

Все большее распространение в современной гуманитарной науке получает и деструктивная критика материализма, осуществляемая нередко с использованием «грязных технологий»⁶. Здесь логика очень простая: если *материализм* как учение опровергнут, то очевидной становится и несостоятельность *материалистической* диалектики. Американский социолог Р. Инглхарт в 1971 году вводит в научный оборот термин «постматериализм», обозначающий определяющую роль не экономики, а культуры, ценностных ориентаций индивидов в постиндустриальном обществе. Постматериализм, в данной его трактовке означает «мировоззрение людей (преимущественно молодого и среднего возраста), обладающих высоким уровнем образования и доходов, для которых материальное благополучие является самим собой разумеющимся, пройденным этапом»⁷. Как не вспомнить в этой связи едкое и справедливое замечание, высказанное Ф. Энгельсом по поводу укоренившегося предрассудка против названия «материализм»: «Под материализмом филистер понимает обжорство, пьянство, похоть, плотские наслаждения и тщеславие, корыстолюбие, скупость, алчность, погоню за барышом и биржевые плутни, короче — все те грязные пороки, которым он сам предается втайне. Идеализм же означает у него веру в добродетель, любовь ко всему человечеству и вообще веру в “лучший мир”, о котором он кричит перед другими, но в который он сам начинает верить разве только тогда, когда у него голова болит с похмелья или когда он обанкротился, словом — когда ему приходится переживать неизбежные последствия своих обычных “материалистических” излишеств»⁸.

Однако в данном случае объяснить введение термина «постматериализм» указанным предрассудком представляется неприличным, да и неправильным по существу. Более обоснованным представляется такое объяснение. Материализм как философское учение существует более 2 000 лет. Материя как основополагающая его категория имела различные толкования на разных этапах развития материализма. Диалектический материализм, являясь высшей формой материализма, трактует материю как объективную реальность, существующую вне и независимо от сознания человека и обладающую способностью отражаться в сознании. Основное философское свойство материи, с признанием которого связан диалектический материализм, является именно объективность. При этом важно подчеркнуть, что термин «объективное» имеет свыше десяти смысловых значений. Поэтому важной предпосылкой постмодернистской философии и свойственной ей методологии, имеющей концептуально врожденную аллергию на этот термин и являясь специалистом по манипулированию смыслами понятий, без труда нарисует карикатуру на основополагающую категорию современного материализма и на сам материализм, а затем виртуозно их опровергнет.

В этой связи возникает ряд вопросов. Во-первых, вопрос о полноте, достоверности и достаточности аргументов, направленных на опровержение материализма и диалектики. Во-вторых, насколько

¹ Клочков В.В. Диалектика как методология изучения теории государства и права: риторические проблемы и непроверяемые теории // *Философия права*. — 2005. — № 2. — С. 22.

² См.: Честнов И.Л. Методология и методика юридического исследования: Учебное пособие. — Краснодар, 2010.

³ Там же. — С. 36.

⁴ Здесь речь идет о работе: Сырых В.М. Логические основания общей теории права: В 2 т. — М., 2000. — Т. 1: Элементный состав.

⁵ См.: Честнов И.Л. Методология и методика юридического исследования: Учебное пособие. — Краснодар, 2010. — С. 9.

⁶ См. об этом: Баранов В.М. Место и роль метода материалистической диалектики в юридическом исследовании / В.М. Баранов, В.Б. Першин, М.В. Баранова // *Философия права*. — 2005. — № 2. — С. 18.

⁷ Словарь философских терминов. — М., 2007. — С. 431.

⁸ Энгельс Ф. Сочинения / К.Маркс, Ф. Энгельс. — Т. 21. — С. 290.

укоренилось, какие масштабы приобрело игнорирование диалектического метода, диалектико-материалистической методологии в практике научной работы юристов. Третий и, возможно, главный вопрос заключается в выяснении причин вызвавших всплеск критического отношения к данному философскому методу и тех целей, которые оно преследует. В рамках отдельной статьи невозможно обстоятельно рассмотреть поставленные вопросы. Свою задачу мы видим преимущественно в том, чтобы показать актуальность и востребованность творческого наследия В.К.Бабаева в осмыслении и позитивном разрешении проблемной ситуации, связанной с местом и ролью диалектико-материалистического метода в методологии права.

Монография «Советское право как логическая система» является главным научным трудом профессора В.К. Бабаева. Она имеет четко выраженный методологический характер. Ее основная идея состоит в том, что логика права представляет собой важнейшее, относительно самостоятельное направление исследования права с позиции единства диалектической и формальной логики, и она является, наряду с социологией и философией права, важнейшей составной частью методологии правоведения¹. Особое внимание в книге уделяется проявлению основных законов диалектики в правотворческой и правоприменительной деятельности. Автор исходит из того, что «в основе логического, философского и социологического направлений исследования государственно-правовых явлений лежит метод материалистической диалектики, который, во-первых, объединяет названные выше направления и, во-вторых, придает им методологический характер»².

Одна из глав монографии непосредственно посвящена проявлению основных законов диалектики в сфере права. Раскрывая развитие системы советского права как диалектический процесс, В.К. Бабаев формулирует идею преемственности в праве. По мнению автора, характеристика советского права как единой и противоречивой системы неразрывно связана с анализом действия в сфере государственно-правовых явлений закона отрицания отрицания, в основе которого лежит разрешение противоречий. В процессе его реализации устраняется старое, отжившее или не отвечающее сложившимся новым условиям и сохраняется то положительное из старого, что необходимо для дальнейшего прогрессивного развития. Автор принимает выработанное в философии понимание преемственности как связи между различными этапами и ступенями развития, сущность которой состоит в сохранении тех или иных элементов целого или отдельных сторон его организации при изменении целого как системы. В рассматриваемой монографии убедительно доказано, что вне диалектической концепции развития тема преемственности в праве теряет основание для своего существования.

В 1993 году под общей редакцией В.К. Бабаева выходит курс лекций по общей теории права, в котором предпринята одна из первых попыток критического переосмысления отечественными учеными-юристами марксистско-ленинских постулатов о государстве и праве, об их роли и месте в жизни радикально обновляющегося российского общества. В предисловии к книге В.К. Бабаев акцентирует внимание на необходимости обеспечить преемственность в мировоззренческих и методологических основаниях правоведения. «Марксизм-ленинизм как теория общественного развития подвергается в настоящее время уничижительной критике прежде всего его бывшими горячими приверженцами — нашими соотечественниками. Это очередная крайность Зарубежные социологи, экономисты, философы, юристы, советологи, не принимавшие никогда марксизм и критиковавшие его, тем не менее с должным уважением относятся к нему как учению, учитывают его в своих исследованиях. Так надлежит поступать и нам... Отвергать полностью его так же глупо, как и слепо, догматически исповедовать»³. Современная философия науки полностью подтверждает данную методологическую установку. Марксистская мировоззренческая парадигма вызывает по-прежнему пристальный интерес у многих мыслителей всего мира, а многие ее положения получили дальнейшее развитие в трудах зарубежных философов (неомарксизм, франкфуртская школа, технико-технологический детерминизм и др.)⁴.

Изложенный В.К. Бабаевым в данном курсе лекций вопрос о методе теории права воспроизводится в учебнике по теории государства и права, второе издание которого вышло в 2006 году. Методу материалистической диалектики автор посвятил в этом весьма популярном учебнике три страницы текста. Его позиция по отношению к данному методу достаточно наглядно выражена в следующих суждениях: «Метод материалистической диалектики, соединяя диалектический подход к познанию окружающего мира с его материалистическим пониманием, является наиболее эффективным способом изучения природных, социальных и мыслительных процессов. ...Содержание метода материалистической диалектики образует основные законы и категории диалектики. Используя их при анализе государственно-правовых явлений, можно проникнуть в сущность государства и

¹ См.: Бабаев В.К. Советское право как логическая система: Учебное пособие. — М., 1978. — С. 24.

² Там же. — С. 19.

³ Бабаев В.К. Предисловие // Общая теория права: Курс лекций / Под общ. ред. В.К. Бабаева. — Н. Новгород, 1993. — С. 6.

⁴ См.: Лебедев С.А. Философия науки: Словарь основных терминов. — М., 2004. — С. 123—124.

права, выяснить их природу, особенности, механизм деятельности государства, правотворчества и правоприменения»¹.

Таким образом, анализ работ, посвященных методологии правоправедения, относящихся к разным периодам научной деятельности В.К. Бабаева, позволяет сделать следующий вывод. В.К. Бабаев признает фундаментальную роль метода материалистической диалектики в методологии права и является его активным защитником, хотя и не всегда последовательным. Говоря о непоследовательности, мы имеем в виду приведенные выше его высказывания об односторонности материализма и ошибочности марксистского положения об определяющей в конечном счете роли экономических отношений по отношению к надстройке. Однако в итоге он принимает марксистское решение проблемы соотношения материи и сознания: «Материя, окружающий мир существуют сами по себе, а не потому, что они отражаются в сознании человека»².

В заключение выскажем замечание, касающееся соотношения диалектико-материалистического метода с другими общими методами в методологии юридического исследования. Справедливости ради отметим, что В.К. Бабаев рассматривает диалектико-материалистический метод в качестве единственно существующего общего метода в методологическом кластере правоправедения. Противники использования диалектического подхода в юридическом исследовании в качестве альтернативных ему называют такие методы, как системный подход, структурный и структурно-функциональный, герменевтический, синергетический методы и ряд других. Трактовка диалектико-материалистического метода как единственно существующего и эффективного общего метода правового познания представляет собой рецидив толкования марксистско-ленинской философии как единственно научной философской системы. Преемственность в методологии правоправедения предполагает отказ от такой изоляционистской позиции. Вместе с тем нельзя не принимать во внимание и аргументы в защиту метода материалистической диалектики, приводимые рядом ведущих отечественных ученых-юристов. Основным же аргументом в его защиту следует считать не мнение того или иного маститого ученого, а тот факт, что он активно используется в практике научной деятельности и, в частности, в диссертационных исследованиях. Случайная выборка авторефератов докторских и кандидатских диссертаций по разным юридическим специальностям дает основание для вывода о том, что значительное их число, если вообще не большинство, элементом методологической основы диссертационного исследования используют «диалектический метод познания», «всеобщий метод диалектического материализма», «положения материалистической диалектики»³. Если даже признать в определенной степени правильным утверждение В. Свинцова о насильственной со стороны государства *диалектикоматериализации* умов в Советском Союзе⁴, то все равно нужно признать наличие и той силы, которая заставляет уже постсоветское поколение исследователей писать в авторефератах своих диссертаций о том, что «методологическую основу исследования составляет *диалектический* метод познания», «в ходе исследования особое внимание уделялось применению *диалектического метода*», «ключевым в исследовании является диалектический метод», базовой теоретической основой «послужили всеобщие диалектические законы познания процессов и явлений», «теоретические выводы, практические рекомендации и предложения, сформулированные в работе, базируются на диалектическом методе познания»⁵.

Мы полагаем, что претензии на монополию в юридическом познании какого-либо одного из разрабатываемых разными философскими направлениями методов лишены основания. Более продуктивным в подобной ситуации представляется следование принципу дополнительности. В позитивной форме речь, видимо, нужно вести об адекватности применяемого метода исследуемой проблеме.

¹ Бабаев В.К. Предмет и метод теории государства и права // Теория государства и права: Учебник / Под ред. В.К. Бабаева. — 2-е изд. — М., 2006. — С. 18—19.

² Там же. — С. 18.

³ См.: Дорохина Е.Г. Управление в системе банкротства: частноправовые и публично-правовые аспекты правового регулирования: Автореф. дис... д-ра юрид. наук. — М., 2010. — С. 9; Колесников С.И. Законные интересы налогоплательщиков и их учет в правоприменительной деятельности: Автореф. дис... канд. юрид. наук. — М., 2010. — С. 7; Фатыхова Л.М. Особенности рассмотрения уголовных дел о тяжких и особо тяжких преступлениях в отсутствие подсудимого: Автореф. дис... канд. юрид. наук. — Уфа, 2010. — С. 7; Цыганкова Е.А. Принуждение как метод осуществления государственной власти: Автореф. дис... канд. юрид. наук. — М., 2010. — С. 6; Шумилин С.Ф. Теоретические основы и прикладные проблемы механизма реализации полномочий следователя в уголовном судопроизводстве: Автореф. дис... д-ра юрид. наук. — Воронеж, 2010. — С. 8.

⁴ См.: Свинцов В. Партийна ли философия? // Новый мир. — 1990. — № 8. — С. 267.

⁵ См.: Давыдова М.Л. Теоретические и методологические проблемы понятия и состава юридической техники: Автореф. дис... д-ра юрид. наук. — Волгоград, 2010. — С. 7; Кочетков А.В. Теория правового регулирования государственной молодежной политики в России: Автореф. дис... д-ра юрид. наук. — СПб., 2010. — С. 9; Мамай Е.А. Эффективность правоприменительных процедур (теория, практика, техника): Автореф. дис... канд. юрид. наук. — Н. Новгород, 2011. — С. 9; Радионова М.А. Формы использования знаний сведущих лиц на стадии предварительного расследования: Автореф. дис... канд. юрид. наук. — Челябинск, 2010. — С. 5; Филимонов Н.С. Правовое регулирование гражданского оборота лесных участков (на примере аренды и сервитута): Автореф. дис... канд. юрид. наук. — М., 2010. — С. 7.

И.В. Першина

Першина Ирина Викторовна — кандидат юридических наук, доцент, доцент кафедры гражданского права и процесса Нижегородской академии МВД России

Проблема интереса в отечественном правоведении: история возникновения и преемственность в развитии

В конце XIX — начале XX века в отечественном правоведении проявляется все возрастающее внимание исследователей к интересу, его месту и роли в праве. Именно в этот исторический период и происходит формирование проблемной ситуации, из которой постепенно выкристаллизовывалась собственно проблема интереса в праве. Являясь исходным пунктом научного исследования, проблема не предстает взору исследователей в готовом виде. Правильная ее постановка сама по себе требует времени и нередко значительных коллективных творческих усилий. Не случайно правильная постановка проблемы приравнивается к половине ее решения. «Возникновению новой проблемы обычно предшествует появление в науке проблемной ситуации, которая как раз и характеризует трудное положение дел, сложившееся в той или иной отрасли научной деятельности»¹.

В дореволюционной России категорию «интерес» использовали для выражения своих правовых взглядов многие представители отечественной науки. «Интерес» как правовая категория привлекал внимание И.А. Ильина, Н.М. Коркунова, С.А. Муромцева, П.И. Новгородцева, Л.И. Петражицкого, В.С. Соловьева, Е.Н. Трубецкого, Б.Н. Чичерина, Г.Ф. Шершеневича и др. Высказывания видных отечественных ученых об интересе, взятые в их совокупности и выражали проблемную ситуацию, состоящую в неполноте и противоречивости научного знания о соотношении права и интереса. В ходе развернувшейся дискуссии выявлялись и формулировались вопросы наполняющие ее содержание. Специфика данной проблемы и вызвавшей ее к жизни проблемной ситуации связана не только и даже не столько со сложностью феномена интереса, сколько с различием в исходных концептуальных позициях ученых в понимании права. Проблема интереса в праве не может быть успешно решена вне контекста эволюции общетеоретической проблемы правопонимания. Преемственность проблемного содержания знания правовых явлений, в том числе и интереса, следует рассматривать проявлением и существенной чертой преемственности в праве как одной из закономерностей его развития.

На разработку темы интереса в отечественном правоведении значительное влияние оказали исследования, проведенные немецкими учеными. Категорию «интерес» и связанные с ней различные правовые представления ввели в обиход юриспруденции, стали изучать и широко использовать немецкие юристы во второй половине XIX века. Значительный вклад в ее разработку внес выдающийся юрист, исследователь римского права Рудольф фон Иеринг. Возможно, именно ключевая роль интересов в процессе образования римского права навела его на мысль об основополагающей роли интереса в правопонимании. Он возвел интерес в ранг основной правовой категории и считается родоначальником юриспруденции интересов. Основная его идея состояла в том, что право есть юридически защищенный интерес. Понятие интереса применялось им преимущественно в смысле благ, выгоды или пользы, доставляемой определенным объектом. Р. Иеринг раскрывает содержание данного понятия следующим образом: «Интерес в смысле субъективном указывает на чувство зависимости от жизни. Основание, в силу которого меня интересует известная вещь или отношение лежит в том, что я чувствую в своем существовании и благосостоянии, в моем довольстве или счастье от них свою зависимость. Интересы, следовательно — это суть жизненные требования в широком смысле»².

Среди отечественных авторов, затрагивающих тему интереса, были ученики Р. Иеринга и сторонники его идей (например, С.А. Муромцев, Н.М. Коркунов), а также критики и противники его учения (Л.И. Петражицкий, Е.Н. Трубецкой, Г.Ф. Шершеневич). Так, например, один из основоположников социологического направления в гражданском правоведении, С.А. Муромцев, во время своей стажировки в Германии слушал лекции Р. Иеринга и стал впоследствии активным защитником и проводником его идей в отечественном правоведении. В концепции С.А. Муромцева право определялось как система общественных отношений, защищенных государственным принуждением. Позже, приветствуя успех своего ученика, Р. Иеринг писал ему: «Вы завоевали себе кафедру римского права, и этот результат меня радует за науку и за вас, так как в вашем лице впервые в России восходит “оппозиция” — учение, которое я поднял в Германии против романтики исторической школы. Вы представ-

¹ Рузавин Г.И. Философия науки. — М., 2005. — С. 289.

² Иеринг Р. Интерес и право. — Ярославль, 1880. — С. 83.

ляете столь крупную силу, что я не сомневаюсь в успехе. Вам придется еще бороться, но борьба есть искусство, школа, насущный хлеб силы»¹.

Важную роль интересам отводит в своем правовом учении Б.Н. Чичерин. Являясь одним из основоположников государственной (юридической) школы, он видит государство союзом свободных лиц во имя совокупных интересов, а не машиной для подавления личной самостоятельности. В соответствии с таким пониманием государства должна строиться и организация государственного управления. В обществе существуют общие государственные интересы и местные интересы, обнимающие «те или другие местности и разряды жителей». Отсюда взаимодействие интересов и взаимосвязь союзов. «Для разграничения обеих областей нужно прежде всего определить: какие интересы общие всякому государству и какие имеют чисто местный характер? Отношение интересов, или целей, должно определить и отношение центральной власти, управляющей общими интересами, к местным союзам, заведующим местными делами»². Решая проблемы местного самоуправления и устройства федеральной власти в современной России, представляется весьма полезным принять во внимание предложенную Б.Н. Чичериным классификацию государственных и местных интересов и принципы их соотношения в организации государственного управления.

Развивающаяся в России философско-правовая и юридическая мысль все более принимала во внимание роль интересов в реальном функционировании права и его изучении. Рассматривая право в его отношении к нравственности, выдающийся представитель русской философии В.С. Соловьев формулирует право как исторически-подвижное определение необходимого принудительного равновесия двух нравственных интересов — личной свободы и общего блага. Равновесие указанных интересов составляет, по его мнению, сущность права³. Обосновывая связь права с нравственностью, В.С. Соловьев касается знаменитого, как он говорит, определения Р. Иеринга, по которому «право есть защищенный или огражденный интерес». Нет никакого сомнения, рассуждает он, что право защищает интересы, однако не всякие. На вопрос: «Какие же именно?» он отвечает: «Очевидно, только интересы справедливые, или другими словами, оно защищает всякий интерес в меру его справедливости»⁴.

В историческом аспекте анализа темы интереса в праве особого внимания заслуживает учение Н.М. Коркунова. Известный специалист в области государственного права, признанный сторонник юридического позитивизма, Н.М. Коркунов принимает высказанную Р. Иерингом идею определяющей роли интереса в правопонимании, но с одним существенным замечанием. Это замечание состоит в следующем: «Нельзя именно согласиться с тем, чтобы право было *охраню* интересов. Если держаться строго такого понимания права, то придется признать, что если бы в каком-либо обществе охранялся всего какой-либо один интерес, а все другие интересы стояли вне охраны, этот охраненный интерес все-таки был бы правом и, следовательно, отношение его субъекта к субъектам других, не охраненных интересов, есть отношение юридическое, например, отношение деспота к вполне бесправному народу... Но это прямо противоречит тому, что право можно иметь только в отношении к лицам, также пользующимся правовой охраной, юридические отношения возможны только между правоспособными личностями»⁵. Видоизменяя учение Р. Иеринга, Н.М. Коркунов разрабатывает *теорию разграничения интересов*.

Основные положения данной теории таковы. Человек в осуществлении своих целей изначально ограничен в силах и средствах. Перед ним встает проблема выбора, что предполагает сравнительную оценку интересов. Это есть дело нравственности. И насколько разнообразны бы не были нравственные принципы — польза, истина, свобода и так далее, а соответственно и результаты оценки, — все они сходны в своей функции — служить мерилом человеческих интересов. Интересы, определяющие содержание деятельности, сталкиваясь не только между собой, но и с интересами других людей, ставят человека перед необходимостью их согласования. Но на какой основе? Чужой интерес, проявляющийся в действиях может внешне выглядеть равноценным или даже тождественным моему. Затруднительно, с точки зрения нравственности, дать согласную со всеми оценку данной ситуации, определить, чей интерес должен быть поставлен выше. Личные же убеждения одного человека не могут быть обязательны для другого. Наряду с нравственной оценкой человеческое сознание выработало нормы разграничения интересов, служащие совместному осуществлению всех разнообразных человеческих целей. Завершая сравнительный анализ юридических и нравственных норм, он делает вывод: «Следовательно, *нормы разграничения интересов* определяют границу между правом и неправом и *суть юридические нормы*»⁶. Нравственность дает *оценку* интересов, право — их *разграничение*.

¹ Эти слова Р. Иеринга С.А. Муромцев приводит в своем труде «Образование права по учениям немецкой юриспруденции». Цит. по: История русской правовой мысли. — М., 1998. — С. 164.

² Цит. по: История русской правовой мысли. — М., 1998. — С. 45.

³ См.: Соловьев В.С. Сочинения: В 2 т. — М., 1988. — Т. 1. — С. 453—457.

⁴ Там же. — С. 527.

⁵ Коркунов Н.М. Лекции по общей теории права. — СПб., 2003. — С. 110.

⁶ Там же. — С. 60—61.

По мнению Н.М. Коркунова, не трудно доказать, что каждая юридическая норма есть непременно норма разграничения интересов¹.

Теория разграничения интересов зиждется на убеждении ее автора в возможности безболезненно, при общем согласии провести линию разграничения интересов. «В основу разграничения интересов для всех обязательным правом, — по мнению Н.М. Коркунова, — может быть принято только то, что всем им обще, всеми ими одинаково признается»². Р. Иеринг, напротив, утверждал, что право есть силовое понятие, то есть исходил из прямо противоположной посылки — право образуется в борьбе интересов за первенство, что, собственно, и сообщило его учению практически подкрепленную силу и убедительность.

В контексте критического анализа учений закрепляющих интерес в праве, полезно обратиться к творчеству Е.Н. Трубецкого. Ему свойственно понимание права как совокупности норм, предоставляющих человеку свободу и, вместе с тем, ограничивающих внешнюю свободу лиц в их взаимоотношениях. В целом Е.Н. Трубецкой критически относится к теории интереса именно потому, что право в ней рассматривается силовым понятием и в неразрывной связи с государством. Его основное возражение против государственных теорий состоит в том, что всякое государство или власть сами обусловлены правом. В то же время, право может возникать и существовать безотносительно к государству как, например, церковное право.

Е.Н. Трубецкой указывает на непримиримое, по его мнению, противоречие в учении Р. Иеринга: «С одной стороны, Иеринг утверждает, что необходимым фактором правового прогресса служит идея права, то есть представление о праве, каким оно должно быть; с другой стороны, он говорит, что все нравственные и юридические понятия представляют собой только результат коллективного опыта. Однако в опыте мы видим только право, каково оно есть; опыт не дает нам никаких указаний о том, каково оно *должно быть*»³.

Интерес и право рассматривает в тесной связи видный представитель юридического позитивизма Г.Ф. Шершеневич. «Каждое юридическое отношение, — утверждает он, — возникает по поводу известного интереса, преследуемого членами общества»⁴. Однако, характер связи права с интересом понимается им совсем иначе, нежели у Р. Иеринга. Этим обстоятельством обусловлена и критика им учения Р. Иеринга: «Со времени Иеринга начало распространяться понятие о субъективном праве, построенном не на воле, а на интересе. Сам Иеринг дал неудачную формулу своему взгляду, определив субъективное право, как юридически защищенный интерес. Здесь смешаны в одно сущности субъективного права и его цель. Целью права является, несомненно (и в установлении этого факта неоцененная заслуга Иеринга), обеспечение интересов общества и отдельных лиц, но это не составляет еще сущности права как средства к достижению указанной задачи»⁵. В учебном пособии по общей теории права эта мысль выражена Г.Ф. Шершеневичем предельно кратко и категорично: интерес только цель, а не сущность права⁶.

Самого пристального внимания в анализе исторического аспекта формирования проблемы интереса в отечественном правоведении заслуживают суждения об интересе высказанные Л.И. Петражицким. О резко отрицательном его отношении к рассматриваемому явлению свидетельствует следующее сделанное им замечание: «Вообще модное теперь базирование теории права на понятии или представлении об «интересах» не только придает циничное и низменное направление правоведению, но и влечет за собой множество теоретических ошибок. Следует везде помнить, что право и нравственность регулируют не «интересы», а поведение»⁷. Л.И. Петражицкий неоднократно указывает, что термин «интерес» употребляется юристами как метафора, не имеющая точного научного содержания, как суррогат научной терминологии и поэтому для научных целей данная категория не годится⁸. Он признает за правом способность оказывать разнообразное воздействие на интересы, но с существенной оговоркой: «Право регулирует непосредственно не интересы наши, а поступки, и это — две вещи различные»⁹. В области права, по его мнению, правильнее говорить не о воле и свободе и не об интересах, а о поведении, о действиях и поступках.

Разработанная Л.И. Петражицким психологическая теория является теорией правопонимания категорично утверждающей, что права не имеют ничего общего с интересами, что это принципиально отличные от интересов явления, поэтому и воззрение, будто существо права состоит в защите интересов построено на ложном фундаменте. Слово «защита», разъясняет Л.И. Петражицкий, означает

¹ См.: Коркунов Н.М. Лекции по общей теории права. — СПб., 2003. — С. 62.

² Там же. — С. 7.

³ Трубецкой Е.Н. Энциклопедия права. — СПб., 1999. — С. 86.

⁴ Шершеневич Г.Ф. Курс гражданского права. — Тула, 2001. — С. 73.

⁵ Там же. — С. 75.

⁶ См.: Шершеневич Г.Ф. Общая теория права: Учебное пособие: В 2 т. — М., 1995. — Т. 2. — С. 196.

⁷ Петражицкий Л.И. Теория права и государства в связи с теорией нравственности. — СПб., 2000 — С. 271.

⁸ См. там же. — С. 249—250.

⁹ Там же. — С. 257.

действие или ряд действий, направленных на отражение нападения. Но нападать на *интерес*, как нечто психическое, нельзя; с другой стороны норма не есть действие, а известного рода правило. Исходя из этого, он заключает: «Поэтому формула: право есть защита интересов, при понимании ее не в качестве метафорических выражений, не иносказательно, а прямо и точно выражающей известное научное положение, означало бы nonsense, соединение и отождествление несоизмеримых величин»¹.

Дополнительно к указанию на неразработанность и полную непригодность для научных целей понятий «интерес» и «защита интереса», он приводит ряд аргументов с целью опровергнуть теорию Р. Иеринга и ее видоизменения в учениях С.А. Муромцева и Н.М. Коркунова. Несомненным, с юридической точки зрения, Л.И. Петражицкий полагает то, что наши права могут продолжаться при утрате с нашей стороны соответствующего содержанию права интереса, равно как и вопреки нашим интересам. Он указывает также на многие способы приобретения прав без соответствующего интереса или вопреки ему. Например, случай приобретения прав вследствие действия сил природы, не справляющейся о нашем интересе или случаи, связанные с принудительным наследованием. В указанных случаях права имеются, а соответствующий им интерес отсутствует. Эти же аргументы он направляет и против теории воли. С другой стороны, пишет Л.И. Петражицкий, «рядом с коллекцией примеров прав без наличия соответствующей воли или интереса их субъекта можно устроить коллекцию примеров «господства воли», «охраны интересов» и так далее без наличия прав на стороне того субъекта, интерес или воля которого беспрепятственно осуществляются на основании норм объективного права»².

В научной литературе указанные аргументы не остались без внимания. Воспроизведя аргумент Л.И. Петражицкого о том, что правовая норма и защищаемый интерес не всегда встречаются вместе, А.С. Яценко пишет: «Очевидна однако поверхностность такого возражения: юридические нормы, как общие правила, имеют ввиду интересы не определенного конкретного лица, а *всех вообще* носителей данного права, интерес разумеется при этом вероятный, возможный, какие же *действительные* последствия могут произойти в каждом отдельном случае, это вполне выходит из рассмотрения права... Никто не говорит, что право *действительно всегда* осуществляет настоящий интерес. Право есть норма *долженствования*, следовательно, оно лишь стремится к должному; оно стремится охранить вероятный интерес»³. Представляется, что разделение интересов на действительные и вероятные, без предварительного уяснения того, что есть интерес, мало поможет в защите теории интересов от опровержения ее Л.И. Петражицким.

В развернувшейся в отечественном правоведении конца XIX — начала XX века дискуссии о соотношении права и интереса затрагивалось множество вопросов, образующих в своей совокупности проблемную ситуацию. Постепенно в ходе полемики проявился и центральный, проблемный вопрос выражающий рассогласование и противоречивость подходов участников дискуссии. Таким вопросом, на наш взгляд, выступает вопрос о том, что есть интерес по природе своей, явление какого рода он собой представляет — объективное или субъективное. Именно по этому вопросу основные участники дискуссии — Н.М. Коркунов и Л.И. Петражицкий — высказывают суждения, интерпретируемые абсолютно несометимыми. Н.М. Коркунов рассматривает интерес общественным, социальным, а, следовательно, и объективным по своему характеру явлением. Эта его позиция отчетливо выражена в следующем рассуждении: «Воля есть принадлежность индивидуального духа. Интересы человека, напротив, в самой незначительной степени определяются его индивидуальной организацией. Наибольшая часть интересов человека является продуктом жизни его в обществе и потому имеет общественный характер»⁴. Возражая авторам, признающим правовой интерес, Л.И. Петражицкий пишет: «Коркунов исходит из понятия интересов, но на место защиты он ставит, по примеру некоторых немецких юристов, разграничение интересов. От нравственности право отличается тем, что нравственность составляют нормы «оценки интересов», право же — нормы разграничения интересов... По поводу этого учения нельзя, прежде всего, не заметить, что и выражение «разграничение интересов», как и «защита интересов» есть, скорее, образное выражение, нежели точный научный термин. Как разграничить интересы двух или нескольких лиц, если интересы — психические явления, явления внутреннего мира человека, не имеющие протяжения, неделимые и т. д.»⁵ Выявление основного противоречия в трактовке природы интереса можно считать одним из важнейших результатов рассмотренной нами дискуссии. Это противоречие, равно как и множество других связанных с ним вопросов данной проблемы, не преодолено в дискуссии о соотношении права и интереса, длящейся в отечественной юридической науке и по настоящее время.

¹ Петражицкий Л.И. Теория права и государства в связи с теорией нравственности. — СПб., 2000 — С. 250.

² Там же. — С. 99.

³ Яценко А.С. Философия права Владимира Соловьева. Теория федерализма. Опыт синтетической теории права и государства. — СПб., 1999. — С. 145—146.

⁴ Коркунов Н.М. Лекции по общей теории права. — СПб., 2003. — С. 109.

⁵ Петражицкий Л.И. Теория права и государства в связи с теорией нравственности. — СПб., 2000 — С. 253.

В современной юридической науке проблема интереса характеризуется высокой степенью актуальности и множественностью образующих ее содержание дискуссионных вопросов. Природа правового интереса, соотношение в нем объективного и субъективного, его виды, способы закрепления и роль в праве, способы судебной защиты — все эти и многие другие вопросы продолжают привлекать сегодня пристальное внимание ученых-юристов¹. Преемственность проблемного содержания знания о правовом интересе, дополняется сегодня существенным усложнением проблемной ситуации, выражающемся в увеличении количества выдвинутых и разрабатываемых концепций интереса. Доминирующие в историческом аспекте альтернативные концепции интереса как объективного, либо субъективного по природе своей явления, дополнились трактовкой интереса единством объективного и субъективного, а также признанием существующими двух несводимых друг к другу рядов интересов — объективных и субъективных². В сложившейся ситуации весьма полезной представляется высказанная А.В. Кузьминой мысль о том, что «в дискуссиях по поводу субъективности и объективности интересов следует добиваться определенной ясности позиций их участников относительно содержания и соотношения категорий “субъективность” и “объективность”»³.

Учитывая число выдвинутых концепций интереса и множество значений используемых при этом терминов, нетрудно представить, сколь велико количество возможных способов интерпретации идей и суждений об интересе. Вступая в дискуссию по рассматриваемой проблеме, необходимо принимать во внимание теоретико-методологические позиции ее участников, то есть принятые ими концепции правопонимания и интереса. Особого внимания заслуживает обеспечение ясности и определенности используемого понятийного аппарата. Необходимо обладать высокой культурой мышления и следовать требованиям формально-логического закона тождества, оперируя многозначными понятиями. Наглядной иллюстрацией высокого уровня полисемии используемых в исследовании правового интереса терминов могут служить термины «объективное» и «субъективное». В Большом толковом психологическом словаре⁴ приводится шесть значений термина «объективный» и девять значений термина «субъективный»⁵ и можно показать, что приведенный перечень их смысловых значений является исчерпывающим.

Проблема является одной из основных форм развития научного знания. На примере эволюции проблемы интереса в праве отчетливо видна позитивная роль преемственности проблемного содержания знания в развитии отечественного правоведения. Признавая существование данного вида преемственности в развитии науки, следует видеть и тающуюся в нем опасность. Она состоит в неконтролируемом «раскручивании» проблемы, при котором поиск решения, истинных ответов на образующие ее вопросы подменяется, превращаясь в самоцель, ее разрастанием подобно раковой опухоли. Диалектический спор, ориентированный на истину, вырождается в эристический, преследующий личную победу участника дискуссии. В проблемных ситуациях подобных рассмотренной вряд ли уместна безапелляционность высказываний приверженца какой-либо из концепций относительно истинности или ложности иных подходов и мнений. В ситуациях подобного рода весьма полезной может оказаться рекомендация, данная В.С. Соловьевым. «Я думаю, — пишет он в статье, посвященной ницшеанской идее сверхчеловека, — нет спора, что всякое заблуждение — по крайней мере всякое заблуждение, о котором стоит говорить, — содержит в себе несомненную истину и есть лишь более или менее глубокое искажение этой истины; ею оно держится, ею привлекательно, ею опасно, и через нее же только может оно быть как следует понято, оценено и окончательно опровергнуто. Поэтому первое дело разумной критики относительно какого-нибудь заблуждения — определить ту истину, которую оно держится и которую оно извращает»⁵. Предложенное В.С. Соловьевым логико-методологическое основание критического анализа позиций и аргументов участников научной дискуссии представляется весьма конструктивным.

¹ Интерес в публичном и частном праве. — М., 2002; Михайлов С.В. Категория интереса в российском гражданском праве. — М., 2002; Правовое обеспечение национальных интересов: Материалы Международной научно-практической конференции (Москва, 25—26 октября 2005 г.) / Под общ. ред. Т.Я. Хабриевой. — М., 2005; Кляус Н.В. Законный интерес как предмет судебной защиты в гражданском судопроизводстве. — Новосибирск, 2005; Кузьмина А.В. Категория «интерес» в философии и праве. — М., 2009.

² Подробнее об этом см.: Першин М.В. Об объективном в частноправовом интересе / М.В. Першин, И.В. Першина // Актуальные проблемы в области гуманитарных наук: от теории к практике: Сборник статей. — Н. Новгород, 2003. — С. 175—189.

³ Кузьмина А.В. Категория «интерес» в философии и праве. — М., 2009. — С. 188—189.

⁴ См.: Большой толковый психологический словарь. — М., 2000. — Т. 1 (А—О). — С. 541; Большой толковый психологический словарь. — М., 2000. — Т. 2 (П—Я). — С. 329—330.

⁵ Соловьев В.С. Сочинения: В 2 т. — М., 1988. — Т. 2. — С. 628.

А.В. Петрянин

Петрянин Алексей Владимирович — кандидат юридических наук, доцент, докторант кафедры уголовного и уголовно-исполнительного права Нижегородской академии МВД России

Международное регулирование борьбы с экстремизмом: преемственность и перспективы

В жизни современного мирового сообщества появились проблемы, которых раньше не было совсем или они не были столь ощутимыми. Одной из них является экстремизм. Это негативное явление, будучи опасным само по себе, кроме того, является питательной средой для терроризма.

Исторический опыт свидетельствует, что не застрахованы от вспышек экстремизма ни высоко-развитые, ни отстающие в экономическом и социальном развитии страны с различными политическими режимами и государственным устройством. Сегодня экстремизм и терроризм не имеют ни родины, ни языка, ни пола, ни национальности, ни религии, представляя реальную угрозу национальной безопасности любого государства. Многие государства мира уже столкнулись с действиями международных террористов и экстремистов, последствия от которых внушают ужас законопослушным гражданам¹.

Вышеизложенное и предопределяет преемственность и перспективы международного регулирования борьбы с экстремизмом, характеризующимся транснациональным характером исследуемого явления. В частности, борьба с экстремизмом провозглашена ООН одной из приоритетных задач своей деятельности. Основными направлениями усилий, предпринимаемых для противодействия экстремизму, являются: создание международной и национальной правовой базы, формирование мощных антитеррористических центров и привлечение вооруженных сил для борьбы с экстремизмом, а также оздоровление социально-экономической обстановки в странах и регионах, являющихся источниками вооруженных конфликтов.

Международное сотрудничество государств по вопросам противодействия экстремизму, опирается на общепризнанные принципы и нормы международного права под эгидой ООН, что также определяет необходимость преемственности международного законодательства среди стран — участников ООН.

В декабре 2008 года Генеральная Ассамблея ООН приняла резолюцию «Недопустимость определенных видов практики, которые способствуют эскалации современных форм расизма, расовой дискриминации, ксенофобии и связанной с ними нетерпимости»².

Резолюция осуждает «пропаганду и все организации, основанные на идеях расового превосходства или пытающиеся оправдать или поощрять расовую ненависть и дискриминацию в какой бы то ни было форме» и призывает государства «объявлять противозаконными и запрещать организации и организованную и всякую другую пропагандистскую деятельность, которые поощряют расовую дискриминацию и подстрекают к ней, и признавать участие в таких организациях или в такой деятельности преступлением, караемым законом»³. Резолюция призывает государства — члены ООН принять меры для прекращения героизации нацизма и его пособников разрушению и осквернению памятников борцов с нацизмом, а также указывает, что эти пронацистские явления и экстремистские движения создают «реальную угрозу демократическим ценностям»⁴.

Основными особенностями международной ответственности за различные проявления экстремизма в рамках Организации Объединенных Наций являются:

- а) признание экстремизма (отдельных его форм) в качестве угрозы для международной законности и правопорядка в мире;
- б) недостаточная разработанность категориального аппарата, в частности отсутствует общепринятое международно-правовое определение экстремизма и его форм;
- в) наличие правовых механизмов привлечения к ответственности за наиболее опасные и распространённые проявления экстремизма (преимущественно за террористическую деятельность, за нарушение прав, свобод и законных интересов человека и гражданина в зависимости от его социальной, расовой, национальной, религиозной и языковой принадлежности);

¹ Дорощков В.В. Международно-правовые проблемы борьбы с экстремизмом // Международное уголовное право и международная юстиция. — 2008. — № 3.

² <http://www.un.org>

³ <http://www.un.org>

⁴ Овчинский В.С. Экстремистские организации в США / В.С. Овчинский, М.А. Кочубей // Журнал российского права. — 2009. — № 6.

г) задержка со стороны ряда государств — членов ООН в подписании уже существующих международных конвенций и протоколов о противодействии экстремизму¹.

Осуществление эффективного сотрудничества в противодействии проявлениям экстремизма связано с перспективами научной разработки понятия «международный экстремизм», его форм и проявлений, позволяющих выделить международный экстремизм как самостоятельное преступление которое может найти свое закрепление на примере Уголовного Кодекса Российской Федерации в разделе XII «Преступления против мира и безопасности человечества». С точки зрения международного права все формы экстремизма представляют угрозу международной безопасности и требуют совместных действий государств в противодействии изучаемому явлению. Вышеизложенное указывает на необходимость усиления международно-правового сотрудничества государств в сфере противодействия экстремизму как угрозе международной, коллективной и национальной безопасности и требует от государств преемственности права в борьбе с преступлениями экстремистской направленности.

Примером может служить Дополнительный протокол II 1977 года к Женевским конвенциям от 12 августа 1949 года, касающийся защиты жертв вооруженных конфликтов немеждународного характера. В нем отмечено, что любой вооруженный конфликт немеждународного характера можно расценивать как международный экстремизм, если его участники, выступающие оппозицией правительственному режиму, не соблюдают общепризнанные принципы и нормы международного права. В частности, Протокол не применяется к случаям нарушения внутреннего порядка и возникновения обстановки внутренней напряженности, таким, как беспорядки, отдельные и спорадические акты насилия и иные акты аналогичного характера, поскольку таковые не являются вооруженными конфликтами².

Активизация усилий государств в борьбе с международным экстремизмом в последние годы выразилась в принятии ряда международно-правовых актов, направленных на противодействие экстремизму, сепаратизму, международному терроризму в аспекте регионального сотрудничества государств, что и указывает на внедрение преемственности международного законодательства в борьбе с рассматриваемым явлением. В этой связи особо следует отметить Декларацию о создании Шанхайской организации сотрудничества (ШОС) (главами государств Республики Казахстан, Китайской Народной Республики, Кыргызской Республики, Российской Федерации, Республики Таджикистан и Республики Узбекистан). Целями ШОС являются укрепление между государствами-участниками взаимного доверия, дружбы и добрососедства, поощрение эффективного сотрудничества между ними в политической, торгово-экономической, научно-технической и иных областях, совместные усилия по поддержанию и обеспечению мира, безопасности и стабильности в регионе, построение нового демократического, справедливого и рационального политического и экономического международного порядка; она не является союзом, направленным против других государств и регионов, и придерживается принципа открытости³.

Важным результатом в борьбе государств с проявлениями экстремизма стало принятие в рамках ШОС Шанхайской конвенции о борьбе с терроризмом, сепаратизмом и экстремизмом от 15 июня 2001 года, которая вступила в силу для Российской Федерации 29 марта 2003 года⁴.

Согласно части 1 статьи 1 Шанхайской конвенции о борьбе с терроризмом, сепаратизмом и экстремизмом от 15 июня 2001 года под экстремизмом понимается какое-либо деяние, направленное на насильственный захват власти или насильственное удержание власти, а также на насильственное изменение конституционного строя государства, а равно насильственное посягательство на общественную безопасность, в том числе организация в вышеуказанных целях незаконных вооруженных формирований или участие в них⁵.

Конвенция предусматривает, что Стороны в соответствии с положениями самой Конвенции, другими международными обязательствами, а также с учетом их национального законодательства осуществляют сотрудничество в области предупреждения, выявления и пресечения международного терроризма, сепаратизма и экстремизма, для чего создают центральные компетентные органы, которые, в частности, оказывают друг другу содействие путем обмена информацией, выполнения запросов, оперативно-розыскных мероприятий, разработки и принятия мер для предупреждения и пресечения международного терроризма, сепаратизма и экстремизма.

¹ См.: Никитин А.Г. Экстремизм как объект общетеоретического и общеправового анализа: Дис... канд. юрид. наук. — Казань, 2010. — С. 106—107.

² Дополнительный протокол к Женевским конвенциям от 12 августа 1949 года, касающийся защиты жертв международных вооруженных конфликтов (Протокол II). Женева, 8 июня 1977 года // Сборник международных договоров СССР. — М., 1993. — Вып. XLVI. — С. 182—191.

³ Декларация о создании Шанхайской организации сотрудничества от 15 июня 2001 года // Дипломатический вестник. — 2001. — № 7. — С. 27—29.

⁴ Шанхайская конвенция о борьбе с терроризмом, сепаратизмом и экстремизмом от 15 июня 2001 года // Бюллетень международных договоров. — 2004. — № 1. — С. 29—36.

⁵ Там же.

В рамках реализации Шанхайской конвенции 5 июля 2005 года в городе Астана принята Концепция сотрудничества государств — членов ШОС в борьбе с терроризмом, сепаратизмом и экстремизмом, которая определяет базовые цели и принципы сотрудничества государств в данной области в соответствии с общепризнанными принципами и нормами международного права, что прямо отражено в разделе 1 «Общие положения»¹.

Концепция относит терроризм, сепаратизм и экстремизм к антиправовым явлениям, которые не могут быть оправданы ни при каких обстоятельствах, независимо от их мотивов, а лица и организации, виновные в совершении таких действий, согласно Конвенции должны быть привлечены к ответственности. Концепция подчеркивает свою приверженность Уставу ООН. В рамках Концепции предусмотрены основные формы сотрудничества государств — членов ШОС по вопросам противодействия международному экстремизму, которые будут базироваться на проведении согласованных профилактических мероприятий, оперативно-розыскных мероприятий и следственных действий, совместных антитеррористических мероприятий, обмене оперативно-розыскной, справочной, криминалистической информацией, создании банков данных и систем связи, оказании правовой помощи и других действиях².

Для Российской Федерации наиболее приоритетным является в настоящее время развитие отношений по вопросам коллективной безопасности с ближайшими государствами-соседями. В 2000 году в Астане главы пяти государств — членов Таможенного союза (России, Беларуси, Казахстана, Кыргызстана и Таджикистана), констатировав положительные результаты работы Таможенного союза, объявили о переходе к новому, третьему этапу полномасштабной интеграции — создании Евразийского экономического сообщества (ЕврАзЭС). 25 января 2006 года Протокол о присоединении к нему подписала Республика Узбекистан.

Вопросы безопасности не являются профильными для ЕврАзЭС, что непосредственно вытекает из Договора о его учреждении. Поэтому между государствами-членами заключены немногочисленные договоренности в данной области. Среди них наиболее значимым является Договор о сотрудничестве в охране внешних границ государств — членов ЕврАзЭС от 21 февраля 2003 года³, заключенный между Республикой Беларусь, Республикой Казахстан, Кыргызской Республикой, Российской Федерацией и Республикой Таджикистан.

Вторым существенным аспектом, который необходимо учитывать при рассмотрении вопроса о сотрудничестве государств в сфере противодействия экстремизму и другим угрозам международной и национальной безопасности, является то, что все страны — члены сообщества являются участниками Договора о коллективной безопасности, подписанного в Ташкенте 15 мая 1992 года. Данный Договор подписали также Армения и Грузия.

В последние годы наблюдается тенденция унификации законодательной базы государств — участников Содружества как в области международной безопасности и борьбы с терроризмом, так и во всех остальных областях. Прямым тому подтверждением являются многочисленные модельные законы и рекомендации, принятые в рамках Межпарламентской ассамблеи государств — участников СНГ⁴.

Договор о коллективной безопасности от 15 мая 1992 года после распада СССР стал первым документом о создании новой организации по поддержанию коллективной безопасности на базе СНГ. Он, в частности, предусматривает, что государства-участники подтверждают обязательство воздерживаться от применения силы или угрозы силой в межгосударственных отношениях, обязуются решать все разногласия между собой и с другими государствами мирными средствами. Кроме того, согласно статье 1 Договора государства-участники не будут вступать в военные союзы или принимать участие в каких-либо группировках государств, а также действиях, направленных против другого государства-участника⁵.

Основными особенностями международной ответственности за различные проявления экстремизма в рамках Содружества Независимых Государств: явились следующие:

а) признание экстремизма в качестве угрозы коллективной и национальной безопасности государств — участников СНГ;

б) наличие разработанного категориального аппарата, в частности, определений экстремизма, экстремистской организации и экстремистских материалов;

¹ Концепция сотрудничества государств — членов Шанхайской организации сотрудничества (ШОС) в борьбе с терроризмом, сепаратизмом и экстремизмом от 5 июля 2005 года.

² Каширкина А.А. Международно-правовое сотрудничество государств в борьбе с экстремизмом // Журнал российского права. — 2007. — № 12.

³ Договор «О сотрудничестве в охране внешних границ государств — членов Евразийского экономического сообщества» от 21 февраля 2003 года // Бюллетень международных договоров. — 2009. — № 6. — С. 3—5.

⁴ Нагиева А.А. Сотрудничество государств — участников СНГ в области борьбы с терроризмом // Международное уголовное право и международная юстиция. — 2011. — № 1. — С. 8—12.

⁵ Договор о коллективной безопасности от 15 мая 1992 года // Собрание законодательства РФ. — 1999. — № 47. — Ст. 5621.

в) построение законодательства государств-участников СНГ о противодействии экстремизму на основе нормативных правовых актов Российской Федерации в данной сфере;

г) наличие единого механизма взаимодействия правоохранительных органов государств — участников СНГ по вопросам выявления, предупреждения и пресечения актов экстремизма¹.

Договор о коллективной безопасности и принятые на его базе международные соглашения в рамках созданной Организации Договора о коллективной безопасности (ОДКБ) регламентируют практически все важнейшие вопросы, связанные с коллективной безопасностью (включая создание Вооруженных Сил государств — участников ОДКБ, функционирование Совета коллективной безопасности государств — членов ОДКБ, взаимодействие с Советом Безопасности ООН и иные).

ОДКБ по своему назначению является региональным органом, специализирующимся на вопросах военного сотрудничества и международной и региональной безопасности. В рамках ОДКБ заключен ряд многосторонних и двусторонних соглашений о военном сотрудничестве, о противостоянии вызовам угрозе мира и безопасности, о борьбе против терроризма и по другим ключевым аспектам военного сотрудничества. По инициативе ОДКБ были заключены Соглашения об основных принципах создания системы скрытого управления силами и средствами системы коллективной безопасности Организации Договора о коллективной безопасности (2009 г.), а также «О ратификации соглашения о коллективных силах оперативного реагирования (КСОР) ОДКБ» того же года. В соответствии с первым соглашением запланировано создание системы скрытого управления силами и средствами системы коллективной безопасности ОДКБ, а вместе с тем порядок ее формирования, функционирования и развития. Основной целью документа является предотвращение вооруженных конфликтов, актов агрессии, террористических актов, незаконный оборот наркотических средств и оружия. ОДКБ принимает самое непосредственное участие в организации и проведении военно-технических учений для сотрудников спецслужб. К примеру, в 2010 году была организована совместная тренировка воинских подразделений России, Казахстана, Кыргызстана и Таджикистана в ходе антитеррористических учений «Рубеж—2010». Основной целью всех этих учений являлась координация усилий спецслужб и правоохранительных органов государств — участников региональных организаций в борьбе с терроризмом².

19 апреля 2001 года Межпарламентская Ассамблея государств — участников СНГ приняла Постановление № 17-4 «О правовом обеспечении противодействия международному терроризму и иным проявлениям экстремизма на территории государств — участников Содружества Независимых Государств», которое, в частности, предусматривает, что государства — члены СНГ обращаются к ООН с предложением о проведении специальной сессии по вопросам противодействия терроризму, а к государствам — участникам МПА — с предложением в полном объеме выполнять требования международных антитеррористических конвенций, участниками которых они являются, ускорить ратификацию и выполнение внутригосударственных процедур относительно данных и других документов³.

В развитие сотрудничества по вопросам противодействия терроризму и другим проявлениям экстремизма 26 августа 2005 года Совет глав государств СНГ принял решение о Концепции сотрудничества государств — участников Содружества Независимых Государств в борьбе с терроризмом и иными насильственными проявлениями экстремизма. Документ указывает, что государства — участники СНГ принимают Концепцию сотрудничества в борьбе с терроризмом и иными насильственными проявлениями экстремизма в соответствии с принятыми на себя международными обязательствами и национальным законодательством в данной области. Концепция представляет собой систему взглядов на основные направления и формы сотрудничества в области борьбы с терроризмом и экстремизмом в рамках СНГ и определяет цели, задачи и принципы такого сотрудничества⁴.

Необходимо отметить, что на сегодняшний день не все государства выступают за унификацию и гармонизацию подходов и средств противодействия экстремизму и терроризму на базе четкого соблюдения общепризнанных принципов и норм международного права.

Подобная позиция характерно прослеживается на примере США, относящих борьбу с экстремизмом (а равно и терроризмом) к угрозам национальной безопасности, предполагающим противодействие данной опасности в рамках национальной системы безопасности, которая предполагается наи-

¹ См.: Никитин А.Г. Экстремизм как объект общетеоретического и общеправового анализа: Дис... канд. юрид. наук. — Казань, 2010. — С. 114.

² Нагиева А.А. Сотрудничество государств — участников СНГ в области борьбы с терроризмом // Международное уголовное право и международная юстиция. — 2011. — № 1. — С. 8—12.

³ См.: Каширкина А.А. Международно-правовое сотрудничество государств в борьбе с экстремизмом // Журнал российского права. — 2007. — № 12

⁴ Решение о Концепции сотрудничества государств — участников Содружества Независимых Государств в борьбе с терроризмом и иными насильственными проявлениями экстремизма от 26 августа 2005 года // Документ опубликован не был.

более совершенной, чем международные аналоги. Ярким примером является новая Стратегия США в области национальной безопасности, обнародованная в марте 2006 года¹.

Подобный «индивидуалистский», эгоцентричный подход к решению проблемы международного экстремизма и терроризма недопустим в современных условиях глобализации и чреват трагическими последствиями общемирового характера.

Транснациональный характер растущих угроз террористической деятельности и преступного экстремизма побуждает многие государства выработать единые подходы к решению ряда принципиальных задач.

Во-первых, учитывая возрастающую угрозу этих преступных проявлений миру и безопасности, следует консолидировать свои усилия в совершенствовании международной системы совместных мер по противодействию терроризму и иным проявлениям экстремизма.

Во-вторых, распространение религиозного, национального экстремизма и иных проявлений сепаратизма становится опасным источником дестабилизации общественной безопасности и обеспечения правопорядка. Поэтому необходимо совместно решать вопросы лишения социальных корней путем искоренения идеологии терроризма и экстремизма.

В-третьих, совершенствование правового регулирования межгосударственного и межведомственного сотрудничества должно упреждать зарождающиеся негативные процессы, не доводя до судебного разбирательства. Для этого, прежде всего, необходимо конкретизировать критерии определения экстремизма в целях дальнейшей разработки методики и тактики противодействия им.²

Таким образом, можно сделать вывод, что необходимо максимально подчинить и сделать подконтрольными только международному праву все действия государств, направленные на противодействие терроризму, экстремизму, сепаратизму и другим угрозам с использованием силового варианта воздействия, что указывает на непосредственную преемственность международного законодательства и перспективы развития международного сотрудничества в борьбе с экстремизмом.

¹ См.: Каширкина А.А. Международно-правовое сотрудничество государств в борьбе с экстремизмом // Журнал российского права. — 2007. — № 12.

² См.: Дорошков В.В. Международно-правовые проблемы борьбы с экстремизмом // Международное уголовное право и международная юстиция. — 2008. — № 3.

С.Г. Пишина

Пишина Светлана Георгиевна — кандидат юридических наук, доцент, заведующая кафедрой гражданского права и гражданского процесса факультета права Нижегородского филиала Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики»

О методологическом значении категории «преемственность» в гражданском праве

Преемственность как восприятие прежнего опыта в новом оформлении имеет большое методологическое значение для отечественного гражданского права. Положительный смысл преемственности, как видится, сводится к обеспечению стабильности гражданского оборота и переносу в новое законодательство всего лучшего, что было свойственно прежнему законодательному опыту.

Ф.Ф. Литвинович показал идеальную методологическую роль преемственности в праве: «Преемственность в праве, являясь... механизмом возникновения нового, ...включает в себя соотношение будущего, настоящего и прошлого, ибо правотворческая деятельность стремится к будущему, ...всякий раз по-новому захватывая и применяя прошлый правовой опыт»¹.

По мнению О.А. Андреевой, положительно оценивающей влияние преемственности в праве, «критерием преемственности» «выступает та часть перенесенного из старого права, которая находит свое место в новой правовой системе, и чем эта пропорция больше, тем преемственность очевиднее»².

А.Л. Маковский в своем крупном исследовании «О кодификации гражданского права (1922—2006 гг.)» доказал, что тщательно выверенные гражданско-правовые конструкции ранее разработанных источников стали причиной широкого заимствования, а, подчас, и копирования положений ранее созданного гражданского законодательства в новые кодексы³. Так, А. Л. Маковский отмечает, что значительная часть норм Общей части гражданского права (400 статей из 435 статей ГК РСФСР 1922 г.), существовавшая в Проекте Гражданского Уложения Российской империи, созданном к 1913 году, вошли в Гражданский кодекс РСФСР 1922 года почти в неизменном виде. Этот сенсационный вывод был сделан на основе сопоставления и анализа норм указанных документов. В частности, А.Л. Маковский указывает, что при эпохальной замене политического строя в России, тем не менее, была сохранена преемственность гражданского права, в силу которой новое гражданское право унаследовало принципы монизма частного права, кодификации гражданского законодательства, пандектную систему. Более того, общие положения о сделках, о представительстве и доверенности, об исковой давности, заимствованные для Гражданского кодекса РСФСР 1922 года из Проекта Гражданского Уложения, впоследствии вошли и в Гражданский кодекс СССР 1964 года и стали основой для соответствующих норм дальнейших кодификаций с 1991 года по 2001 год.

Таким образом, отечественное гражданское право в силу необходимости регулирования имущественных отношений между равными субъектами характеризуется эволюционным развитием в рамках континентально-европейской правовой семьи⁴.

В настоящее время вновь отмечается необходимость пересмотра гражданского законодательства в связи с его неадекватностью современным экономическим условиям. Предметом обсуждения стала одобренная Советом при Президенте РФ по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства 7 октября 2009 года «Концепция развития гражданского законодательства РФ», авторы которой наряду с необходимостью корректировки действующих норм подчеркивают задачу «бережного сохранения на будущее большинства норм» ГК РФ⁵.

Разъясняя положения Концепции, В.В. Витрянский подчеркивает, что «лучшим средством минимизации последствий экономического кризиса» является «наличие современного развитого гражданского законодательства, а также предсказуемой судебной практики его применения»⁶.

¹ Литвинович Ф.Ф. Преемственность в праве: вопросы теории и практики: Дис... канд. юрид. наук. — Уфа, 2000. — С. 12.

² См.: Андреева О.А. Проблема преемственности в истории российского права // История государства и права. — 2009. — № 7.

³ См.: Маковский А.Л. О кодификации гражданского права (1922—2006). — М., 2010.

⁴ См. там же.

⁵ Концепция развития гражданского законодательства РФ (Одобрена Решением Совета при Президенте по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства от 7 октября 2009 года // Вестник ВАС РФ. — 2009. — № 11.

⁶ См.: Витрянский В.В. Роль институтов гражданского права в минимизации последствий экономического кризиса // Журнал российского права. — 2011. — № 1.

Е.А. Суханов также утверждает о необходимости поддержки концептуальных изменений гражданского законодательства и осуждает определенных противников пересмотра гражданского законодательства¹.

Однако, вместе с тем, изложение в Концепции дальнейшего «плана» усовершенствования законодательства свидетельствует о поистине революционных изменениях, планируемых в отношении базовых категорий и институтов общей части гражданского законодательства.

Серьезным изменениям в Концепции подвергаются положения о недействительности сделок.

Из пункта 5.1.1. Концепции следует: «В настоящее время споры о признании сделок недействительными по различным основаниям приобрели массовый характер. Значительная часть этих споров инициируется недобросовестными лицами, стремящимися избежать исполнения принятых на себя обязательств. В этой связи необходимо предпринять законодательные меры, направленные на исправление складывающегося положения». Авторы подчеркивают: «Чтобы не допустить дальнейшего разрушения стабильности гражданского оборота, изменение законодательства должно быть направлено на сокращение легальных возможностей признавать сделки недействительными во всех случаях, когда недействительность сделки как гражданско-правовая санкция является неоправданной и явно несоразмерной характеру и последствиям допущенных при совершении сделки нарушений»².

С этой целью предлагается следующее:

«5.1.3. Суд не должен иметь права применять последствия ничтожной сделки по собственной инициативе (при отсутствии соответствующего иска заинтересованного лица).

5.1.4. Законодательно также следует допустить возможность исцеления (конвалидации) в некоторых случаях ничтожных сделок»³.

По мнению разработчиков Концепции, при недействительности сделок, совершенных с целью, противной основам правопорядка и нравственности (статья 169 ГК), следует предусмотреть возможность применения общих последствий сделок (двусторонней реституции). Изъятие в доход государства всего полученного по сделке следует применять в ограниченных случаях (п. 5.2.2. Концепции).

При рассмотрении вопроса о недействительности сделки, совершенной при обмане, исходящем от третьего лица (ст. 179 ГК), «оправданно признавать сделку недействительной по иску обманутого лица лишь при условии, что другая сторона, а также лицо, к чьей пользе обращена односторонняя сделка, знает или должно знать о состоявшемся обмане» (п. 5.2.5. Концепции).

Из статьи 179 ГК предлагается исключить положения о специальных конфискационных последствиях недействительности сделок по основаниям, предусмотренным данной статьей (изъятие в доход государства) (п.5.2.7. Концепции).

Предлагается также закрепить принцип сохранения однажды заключенного договора, для чего предусмотрены «специальные правила оспаривания договоров». Для этого в общие положения о договоре предлагается ввести ряд законодательных ограничений, в частности, предусмотреть следующие специальные правила оспаривания договоров:

— установить, что при оспаривании договора заинтересованным лицом может считаться только то лицо, чьи права или интересы нарушены договором;

— расширить круг возможных последствий несоответствия договора (сделки) требованиям закона (реституция возможна только в неисполненной части, возможны соглашения о последствиях недействительности договора);

— применительно к недействительности договора «перевернуть» презумпцию, установленную в статье 168 ГК, с ничтожности на оспоримость (п. 7.1. Концепции). Кроме того, следует законодательно решить вопрос о самой возможности исков о признании договоров незаключенными (п. 7.2. Концепции).

Авторы Концепции поясняют: «В ряде случаев предлагается отказаться от публичных элементов регулирования в пользу частноправовых подходов. (...) Однако это не означает, что Концепция ориентирована только на усиление частноправовой составляющей»⁴.

Вместе с тем, очевидно, что в условиях незащищенности субъекта в гражданском обороте усиление «частноправовой составляющей» неэффективно в предотвращении нарушения гражданских прав и преодолении его последствий.

¹ См.: Суханов Е.А. О концепции развития гражданского законодательства РФ // Вестник гражданского права. — 2010. — № 4.

² Пункт 5.2.1 Концепции развития гражданского законодательства РФ (Одобрена Решением Совета при Президенте по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства от 7 октября 2009 года // Вестник ВАС РФ. — 2009. — № 11

³ См. пункты 5.1.3, 5.1.4 Концепции развития гражданского законодательства РФ (Одобрена Решением Совета при Президенте по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства от 7 октября 2009 г.) // Вестник ВАС РФ. — 2009. — № 11

⁴ Концепция развития гражданского законодательства РФ (Одобрена Решением Совета при Президенте по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства от 7 октября 2009 г.) // Вестник ВАС РФ. — 2009. — № 11

Кроме того, на наш взгляд, весьма своеобразно сформулированы причины предполагаемых «революционных» изменений. В соответствии с пунктом 5.2.1 Концепции, «судебная практика признания сделок ничтожными на основании статьи 168 ГК получила в настоящее время весьма широкое распространение. Тем самым стабильность и предсказуемость гражданского оборота поставлены «под серьезную угрозу»¹. Получается, что «стабильности и предсказуемости гражданского оборота» мешают только судебная практика. Такая формулировка страдает, по меньшей мере, ограниченностью. Неужели авторы концепции перепутали причину со следствием и не увидели, что судебная практика является лишь отражением «нестабильности и непредсказуемости» гражданского оборота, вызванных совсем иными экономическими, общественно-политическими и иными причинами?

Большие опасения вызывают изменения положений о сделках.

Практика показывает, что огромное количество сделок по отчуждению недвижимого имущества несовершеннолетних совершается с нарушением закона и по действующему законодательству влечет их ничтожность².

Конституционный Суд РФ своим постановлением от 8 июня 2010 года № 13-П «По делу о проверке конституционности пункта 4 статьи 292 ГК РФ в связи с жалобой гражданки В.В. Чадаевой» постановил: «1. Признать пункт 4 статьи 292 ГК Российской Федерации в части, определяющей порядок отчуждения жилого помещения, в котором проживают несовершеннолетние члены семьи собственника данного жилого помещения, если при этом затрагиваются их права или охраняемые законом интересы, не противоречащие Конституции Российской Федерации в той мере, в какой содержащееся в нем регулирование направлено на обеспечение гарантий прав несовершеннолетних.

2. Признать пункт 4 статьи 292 ГК Российской Федерации в части, определяющей порядок отчуждения жилого помещения, в котором проживают несовершеннолетние члены семьи собственника данного жилого помещения, если при этом затрагиваются их права или охраняемые законом интересы, не соответствующим Конституции Российской Федерации, ее статьям 38 (ч. 2), 40 (ч. 1), 46 (ч. 1) и 55 (ч. 2 и 3), в той мере, в какой содержащееся в нем регулирование — по смыслу, придаваемому ему сложившейся правоприменительной практикой, — не позволяет при разрешении конкретных дел, связанных с отчуждением жилых помещений, в которых проживают несовершеннолетние, обеспечивать эффективную государственную, в том числе судебную, защиту прав тех из них, кто формально не отнесен к находящимся под опекой или попечительством или к оставшимся (по данным органа опеки и попечительства на момент совершения сделки) без родительского попечения, но либо фактически лишен его на момент совершения сделки по отчуждению жилого помещения, либо считается находящимся на попечении родителей, при том, однако, что такая сделка — вопреки установленным законом обязанностям родителей — нарушает права и охраняемые законом интересы несовершеннолетнего»³.

В своем Особом мнении Г.А. Гаджиев подчеркнул, что Конституционный Суд отдал предпочтение субъективному праву ребенка на судебную защиту, так как «его проще обеспечить»⁴.

Таким образом, Конституционный Суд счел целесообразным сохранение в действующем законодательстве оценочной формулировки при условии, что судебная практика в целях защиты прав несовершеннолетних скорректирует действие норм закона. Это возможно и «обеспечить проще», если будущее гражданское законодательство будет содержать норму о том, что сделка, заключенная при отсутствии необходимого в конкретной ситуации разрешения органа опеки и попечительства на отчуждение жилого помещения, права на которое имеет несовершеннолетний, является ничтожной с момента заключения, и суду остается лишь применить последствия ее ничтожности.

Еще одна проблема перехода права собственности на недвижимое имущество существует и в настоящее время приобрела массовый характер при заключении договора долевого участия в строи-

¹ Пункт 5.2.1 Концепции развития гражданского законодательства РФ (Одобрена Решением Совета при Президенте по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства от 7 октября 2009 г.) // Вестник ВАС РФ. — 2009. — № 11

² См., например: Постановление Конституционного Суда РФ от 8 июня 2010 года № 13-П «По делу о проверке конституционности пункта 4 статьи 292 Гражданского кодекса Российской Федерации в связи с жалобой гражданки В.В. Чадаевой»; *Иванова С.А.* Правовые проблемы защиты жилищных прав несовершеннолетних // Адвокат. — 2010. — № 11; *Березникова Ю.Р.* Защита прав несовершеннолетних при совершении сделок с недвижимым имуществом // Правовые вопросы недвижимости. — 2009. — № 1; *Безрук Н.П.* Проблемы защиты прав и законных интересов несовершеннолетних членов семьи собственника жилого помещения // Нотариус. — 2008. — № 1; *Фалеев В.И.* Защита жилищных прав несовершеннолетних: обзор практики судов Калининградской области / В.И. Фалеев, О.А. Крамаренко // Цивилист. — 2008. — № 3; *Михеева Л.Ю.* Вопросы защиты прав несовершеннолетних при сделках с жилыми помещениями // Недвижимость. Строительство. Право. — 2007. — № 3.

³ Постановление Конституционного Суда РФ от 8 июня 2010 года № 13-П «По делу о проверке конституционности пункта 4 статьи 292 Гражданского кодекса Российской Федерации в связи с жалобой гражданки В.В. Чадаевой» // СПС «КонсультантПлюс».

⁴ Особое мнение судьи Конституционного суда РФ Г.А. Гаджиева по делу о проверке конституционности пункта 4 статьи 292 ГК РФ // СПС «КонсультантПлюс».

тельстве жилого дома. Речь идет о заключении нескольких договоров долевого участия относительно одного объекта недвижимости. По действующему законодательству суд признает действительность первой из таких заключенных сделок, а все последующие сделки являются ничтожными¹. Нет уверенности в том, что в условиях действия презумпции оспоримости сделок участникам указанных договорных отношений будет легче защитить свои права.

Предлагаемый разработчиками Концепции отказ от презумпции ничтожности сделок, который вступает в противоречие с методом преемственности гражданско-правового регулирования, представляется в связи с этим весьма опасным.

Возможность применения последствий недействительности ничтожной сделки необходима для защиты прав таких участников договорных отношений, которые не в состоянии самостоятельно защитить свои права. Применение судом последствий недействительности ничтожной сделки является способом защиты прав лиц, чьи права нарушены. Поэтому думается, что лишение суда этого права защите интересов участников гражданского оборота способствовать не будет. Представляется, что возможность конвалидации ничтожных сделок также не способствует оптимизации защиты прав стороны, пострадавшей в результате заключения сделки. Полагаем, что двусторонняя реституция в результате заключения противонравственной сделки (ст. 169 ГК) не станет адекватным средством защиты нарушенных прав и средством предотвращения их нарушения, если злоумышленно действовавшая сторона не претерпит умаления своей имущественной сферы в результате передачи всего полученного по сделке в доход государства.

Кроме того, положение о том, что заинтересованным лицом при оспаривании договора может считаться только тот, чьи права непосредственно нарушены, создаст невозможность предъявления прокурором иска в защиту нарушенных прав несовершеннолетних. В условиях массового нарушения прав несовершеннолетних законодательное закрепление этого установления является по меньшей мере нелогичным².

Полагаем важным отметить, что возможность признания договора незаключенным необходима, чтобы защитить права таких лиц, которые по закону лишены возможности участвовать в обсуждении условий договора при его заключении (например, при заключении договора присоединения). В связи с этим необходимо сохранить иск о признании договора незаключенным как самостоятельное средство правовой защиты.

Таким образом, на наш взгляд, указанные положения Концепции показывают тенденцию отказа от преемственности правового регулирования договорных отношений.

Получается, что с целью сохранения стабильности гражданского оборота действие положений, существующих для защиты слабой, незащищенной стороны сделок, ограничивается. Выходит, что принцип защиты пострадавшей стороны уступает принципу стабильности гражданского оборота. В таком случае, цель совершенствования законодательства, на наш взгляд, не может быть достигнута.

Серьезные изменения должны коснуться и норм о юридических лицах. В соответствии с пунктами 6.1—6.3, унитарные предприятия по причине «узости» правоспособности, «постоянной угрозы оспаривания действий унитарных предприятий со стороны их собственников», признаны «бесперспективными» и их сохранение допустимо только «в перспективе федеральных казенных предприятий для некоторых особо важных сфер экономики» (п. 6.3 Концепции).

Отдельного внимания заслуживает довод п. 6.2 Концепции: «Понятие «предприятие» закон использует для обозначения двух совершенно различных категорий — субъекта права (унитарное предприятие) и объекта права (предприятие как имущественный комплекс). При этом понимание предприятия как объекта права соответствует классическим представлениям рыночного хозяйства, тогда как понимание предприятия в качестве субъекта права является следствием сохранения в современном российском гражданском праве институтов прежнего, советского гражданского права, основанного на огосударствленной, плановой экономике»³.

Согласно позиции Е.А. Суханова, поддерживающего Е.А. Флейшиц, «в классическом понимании и нормальном правопорядке, основанном на рыночном хозяйстве», предприятием является не субъект, а объект гражданских прав, а предприятие как субъект без права собственности на имущество — это часть плановой экономики⁴.

¹ См.: Кузнецова О.В. Практика судебных споров о выселении // Жилищное право. — 2009. — № 9.

² Фалеев В.И. Защита жилищных прав несовершеннолетних: обзор практики судов Калининградской области // В.И. Фалеев, О.А. Крамаренко // Цивилист. — 2008. — № 3.

³ См.: Концепция развития гражданского законодательства РФ (Одобрена Решением Совета при Президенте по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства от 7 октября 2009 г.) // Вестник ВАС РФ. — 2009. — № 11

⁴ Суханов Е.А. Ю.К. Толстой и очередные задачи отечественной цивилистики // Вестник гражданского права. — 2009. — № 1.

Возможно, с позиции гражданско-правовой доктрины такая интерпретация сущности является обоснованной. Однако одной из главных задач гражданского права современной России, на наш взгляд, следует считать защиту прав лиц, чьи права нарушены, особенно граждан. Поэтому в целях обеспечения полноценной и эффективной деятельности таких социально значимых областей экономики, как жилищно-коммунальное хозяйство, необходимо сохранить закрепленное законом право их государственного регулирования в рамках создания и деятельности унитарных предприятий. Сохранение действия унитарных предприятий в жилищно-коммунальном хозяйстве позволит осуществлять контроль за их деятельностью в целях защиты прав граждан со стороны государственных органов, в том числе, органов прокуратуры.

Ю.К. Толстой справедливо утверждает о том, что современный экономический кризис «неумолимо диктует необходимость усиления вмешательства государства в происходящие экономические и социальные процессы»¹. Поэтому такой регулируемый государством субъект гражданского оборота, как предприятие, в целях преодоления кризисных процессов необходимо в гражданском праве сохранить.

Реальность показывает, что проблемой является не само существование унитарных предприятий, а их неэффективная деятельность.

Так, например, В.А. Болдырев, комплексно исследовавший правовое положение унитарных предприятий и пришедший к выводу о наличии их серьезных недостатков, вместе с тем, отмечает, что «эффективность правового регулирования отношений с участием унитарных предприятий» во многом зависит от «содержания подзаконных нормативных правовых актов, определяющих компетенцию органов собственника», вопросам совершенствования которых «оказывается незначительное внимание со стороны государства»².

Н.В. Бандурина и С.М. Татанов, осуждающие «смешение правовых конструкций унитарного предприятия как юридического лица и предприятия как имущественного комплекса, являющегося объектом гражданского права», наряду с этим полагают, что эффективность деятельности унитарных предприятий «зависит от объема имущественной базы, переданной этим предприятиям для управления»³.

А.В. Фролова отмечает: «Если раньше ученые почти единогласно говорили о ликвидации унитарных предприятий как института, то сейчас все громче звучит мысль об осторожном решении этого вопроса, поскольку время показало неочевидность такого шага»⁴.

Таким образом, реформирование действующего гражданского законодательства, на наш взгляд, необходимо осуществлять не только исходя из актуальных потребностей, но и на основе метода преемственности гражданско-правового регулирования, так как только на этой основе возможно достижение баланса действия создаваемого права.

Авторы современной, по сути, реформы гражданского законодательства не придают должного методологического значения категории «преемственность». Однако именно восприятие и сохранение доказавшего свою целесообразность опыта законодательства как преемственность права должно составлять основу совершенствования законодательства. Иначе будет создано законодательство, которое не защищает.

Это лишь усугубит правовой нигилизм, мощно размывающий отечественное законодательство, а не приведет к стабилизации гражданского оборота. Оптимальным является соблюдение баланса актуальности и преемственности законодательства. Все разумное, лучшее и оправданное в сочетании с актуализацией некоторых законодательных положений могло бы стать основой гармонизации гражданского оборота. Отступление от традиционных положений способно привести только в окончательной дестабилизации гражданско-правовых отношений и к хаосу беззакония.

¹ Толстой Ю.К. О концепции развития гражданского законодательства // Журнал российского права. — 2010. — № 1.

² Болдырев В.А. Компетенция органов публичной власти по управлению унитарными предприятиями // Право и экономика. — 2011. — № 2.

³ Бандурина Н.В. Правовой режим имущества государственного унитарного предприятия / Н.В. Бандурина, С.М. Татанов // Право и политика. — 2010. — № 10.

⁴ Фролова А.В. Правовое положение унитарных предприятий: Автореф. дис... канд. юрид. наук. — М., 2006. — С. 14.

Д.В. Пожарский

Пожарский Дмитрий Владимирович — кандидат юридических наук, доцент, докторант кафедры государственно-правовых дисциплин Академии управления МВД России

Охранительная функция Российского государства на современном этапе: проблемы преемственности и модернизации

Уважаемые коллеги, ввиду наличия теснейшей органической связи между правом и государством очевидно, что проблематика, обозначенная в наименовании конференции и вынесенная на повестку дня, имеет непосредственное значение не только для теории права, но и для теории государства.

В своем выступлении мне хотелось бы заострить внимание на вопросах преемственности и модернизации в системе функций государства, прежде всего, применительно к той из них, которая в том или ином объеме осуществляется на каждом историческом этапе развития. Речь пойдет об охранительной функции государства.

Однако прежде чем приступить к изложению основных вопросов, необходимо в двух словах обозначить исходные теоретико-методологические положения.

Во-первых, охранительная функция государства (далее — ОФГ) понимается нами как публично-властная деятельность по нейтрализации угроз общественным отношениям в целях сохранения достигнутого уровня социального развития. Одним из существенных свойств рассматриваемой функции выступает имманентность. Охрана общественных отношений составляет социально-телеологическое и атрибутивное свойство государственной власти. Если предположить, что эта деятельность утрачивает свойство имманентности, то это означало бы искажение сущности самого государства. Государственная охрана социальной организации проявляется двояко. С одной стороны, как социальное назначение государства, государствообразующая цель, с другой, — его важнейшая функция, как никакая иная выделяющая государство в системе социальных институтов.

Во-вторых, существенное значение имеет правильное понимание термина «преемственность», который определенным образом воздействует на структуру и содержание ОФГ на современном этапе. Обычно преемственность понимается как определенное соотношение между предшествующей и последующей стадиями (состояниями) явления, находящегося в процессе изменения, в основе которого — сохранение тех или иных частей, свойств, характеристик объекта¹.

В-третьих, процессы преемственности самым тесным образом связаны с проблемами модернизации² российского общества. Преемственность и модернизация выступают относительно самостоятельными явлениями, при этом вполне допустимы различные комбинации в их соотношении. Мы полагаем, что преемственность может рассматриваться в качестве составной части модернизации, составляя свойство ее принципа.

В-четвертых, парной по отношению к ОФГ выступает созидательная функция государства, образующая диалектическое единство с ОФГ и совместно с ней обеспечивающая поступательное развитие общества.

Итак, обозначив основные теоретические и методологические позиции, перейдем к рассмотрению проблем преемственности и модернизации применительно к ОФГ.

Целевая составляющая. Теория функций в методологическом отношении в большей степени по сравнению с теоретическими разработками иных свойств и характеристик государства (понятие и признаки, тип, форма, механизм и др.) связана с учением о целях государства. «Исследование цели и пределов государственной деятельности, — отмечал в свое время В. Гумбольдт, — имеет большое значение, быть может большее, чем какой-либо другой политический вопрос»³.

¹ См., например: Юдин Б.Г. Преемственность // Философский словарь / Под ред. И.Т. Фролова. — М., 2001. — С. 457.

² Обычно под модернизацией (от греч. *modern* — новейший) понимается усовершенствование, улучшение, обновление объекта, приведение его в соответствие с новыми требованиями и нормами, техническими условиями, показателями качества (см.: Большая советская энциклопедия / Гл. ред. А.М. Прохоров. — 3-е изд. — М., 1974. — Т. 16. — С. 402; Райзенберг Б.А. Современный экономический словарь / Б.А. Райзенберг, Л.Ш. Лозовский, Е.Б. Стародубцева. — М., 1999. — С. 198).

³ Гумбольдт В. О пределах государственной деятельности. — М., 2003. — С. 7.

В этом смысле теории функций социалистического государства в известном смысле «повезло». Ее основные положения были сформированы в условиях, когда цели и задачи государства имели вполне осязаемые контуры и нередко закреплялись на законодательном (конституционном) уровне. Чего только стоит положение преамбулы Конституции СССР 1977 года: «Высшая цель Советского государства — построение бесклассового общества, в котором получит развитие общественное коммунистическое самоуправление».

Указанная цель в тексте основного закона СССР разворачивалась в системе государственных задач (создание материально-технической базы коммунизма; совершенствование социалистических общественных отношений и их преобразование в коммунистические; воспитание человека коммунистического общества; повышение материального и культурного уровня жизни трудящихся, обеспечение безопасности страны; содействие укреплению мира и развитию международного сотрудничества).

Конституционное закрепление иерархии целей и задач государства способствовало более успешному решению вопросов функционирования государства. Возможно, сегодня кто-то упрекнет советское законодательство и в целом всю «систему» в наивности, пафосности. Однако нельзя не признать, что советское общество, неплохо осведомленное о том, к какой цели стремится и какие функции при этом выполняет государство, достигло впечатляющих успехов. «Очень бы хотелось поколебать скептицизм молодых, — пишет В.В. Лазарев, — сомневающихся в достижениях на поприще юридической науки в советское время. Удивительное дело — в литературе, в кино, в других областях творческой деятельности именно в годы советской власти достигались общепризнанные мировые результаты. В постперестроечное время свободы, по признанию многих специалистов, их нет. Юриспруденция здесь не исключение, и можно было бы перечислять имена советских юристов, обогативших сокровищницу правовых знаний»¹.

Сегодня проблема целей и задач государства остается нерешенной. В обществе нет даже относительного единодушия относительно целей развития государства. В известной степени такое положение явилось следствием нарушения принципа преемственности² при реализации коренных преобразований в российском обществе. В данном случае следует говорить о такой проблеме, как преемственность государств, а значит и целей государства. «В каждой стране, — пишет Ю.А. Тихомиров, — меняются государства со своими элементами, и подчас оказывается трудно определить меру сохраняемого «старого» и меру устанавливаемого «нового»³.

Данное обстоятельство осложняет разработку теории функций Российского государства на современном этапе, в том числе разработку концепции охранительной деятельности.

Сказанное не означает, что российское общество и государство развиваются абсолютно «вслепую». В тексте действующего Основного закона все-таки можно разглядеть государственные и цели и приоритеты, однако в данном случае понадобятся определенные герменевтические навыки. Главная цель российского государства и общества, на наш взгляд, сформулирована в одном из положений преамбулы Конституции РФ «...стремясь обеспечить благополучие и процветание России...». Признавая цитированное положение в качестве главной цели, стоит отметить, что одним из ее компонентов выступает безопасность общества. Именно эта многогранная категория и выступает ценностно-смысловым основанием реализации ОФГ, сообщая ей характер важнейшего средства сохранения общества и государства как некоей органичной целостности.

В контексте исследуемой проблемы достаточно обоснованной выступает постановка вопроса об особенностях структурной организации ОФГ. Едва ли найдется функция государства, аналогичная по своей сложности. Модернизация оказывает воздействие на структуру ОФГ, прежде всего на основные направления охранительного воздействия государства, в совокупности и системе образующих сложность рассматриваемой функции.

Спецификой структуры ОФГ выступает то, что в различных социально-политических условиях в ее структуре могут появляться (исчезать) различные виды государственной охраны в зависимости от степени важности соответствующего объекта. В данном случае проблемы модернизации и преемственности приобретают особое звучание. Если рассматривать ОФГ, то стоит признать, что в структурном отношении ее объем существенно изменился по сравнению с охранительной функцией, осуществлявшейся Советским государством. В известной степени это следствие воплощения идеи «минимального государства» или «государства ночного сторожа». В новых социально-политических и экономических условиях, государство весьма пассивно отнеслось к сохранению экономического базиса общества, культуры, окружающей среды и в целом к сохранению сложившегося уклада жизни.

В структурном отношении на передний план выдвинута деятельность по охране и защите прав и свобод человека, выступающая главным компонентом ОФГ. Права и свободы приобрели характер

¹ Лазарев В.В. Избранные труды: В 3 т. — М., 2010. — Т. I: Закон. Законность. Применение закона. — С. 8.

² Примечательно — термин «преемственность» был текстуально закреплен в преамбуле последней советской Конституции.

³ Тихомиров Ю.А. Государство на рубеже столетий // Государство и право. — 1997. — № 2. — С. 27.

первоочередной заботы государства далеко не сразу. Так, по мере классовой поляризации общества, права постепенно сосредоточились в руках экономически господствующего класса, в то время как обязанности были возложены на представителей неимущих классов. Многие принципы прав человека, такие как неотчуждаемость, равенство и всеобщность, государственные гарантии, на ранних этапах не были сформированы¹ и стали результатом длительного, полного драматизма исторического развития. Оставляя за рамками статьи историю вопроса, отметим, что своим лидерством в иерархии правовых ценностей права и свободы человека во многом обязаны либеральным идеям, повлиявшим на модернизацию политической и правовой системы России.

Для Российского государства рассматриваемая подфункция «де-юре» приобрела характер приоритетного направления после провозглашения человека высшей ценностью (ст. 2 Конституции РФ), хотя «де-факто» весьма успешно осуществлялась в период социалистического строительства. «Социально-экономические права, — отмечал О.Е. Кутафин, — были нашим достижением. Но мы легко отказались от них»². Необходимо констатировать, что потенциал «советского опыта» в деле обеспечения прав и свобод личности сегодня остается во многом не раскрытым. Можно утверждать, что и в данном случае определенные «нити» преемственности были разорваны.

Разумеется — правовые, организационные, идеологические и иные успехи в обеспечении прав и свобод человека — определенный прогресс в развитии российского общества и его государственности. Вместе с тем, о правах и свободах человека нередко приходится рассуждать в формально-юридической плоскости, действенный и безотказный механизм обеспечения прав и свобод личности в Российском государстве по-прежнему отсутствует.

Более того, действительность дает немало поводов для размышлений о непогрешимости идеи прав и свобод человека, все чаще заставляет решать проблему соотношения интересов личности, общества и государства.

Сохранение культурного наследия в современных условиях должна рассматриваться в качестве одной из главных ведущих подфункций ОФГ, то есть одного из важнейших направлений (сторон) охранительной деятельности Российского государства в условиях модернизации. К сожалению, культурно-духовная сфера российского общества не составляет свойства главного объекта государственной заботы. В более «выигрышной» ситуации оказываются экономическая (новейшие технологии) и политическая (совершенствование институтов демократии и политических технологий) сферы³.

В данном случае стоит помнить о том, что самоустранение от выполнения охранительных задач в духовно-культурной сфере, как правило, ведет к деструктивным, губительным последствиям, подрывающим основы государственности⁴. Для государства и общества возникает потенциальная, а затем и реальная угроза утраты способности самосохранения. В мировом сознании постепенно утверждается убежденность в том, что политические, экономические и юридические технологии оказываются бессильными перед лицом возникающих глобальных проблем, и только культура обладает неисчерпаемым потенциалом для их решения⁵.

Сохранение культурного потенциала общества во всем многообразии его сторон и свойств, должно стать воплощением социального назначения государства. Культура, как исторически достигнутый уровень развития общества, творческих сил и способностей человека, выраженный в типах и формах организации жизнедеятельности людей, в их взаимоотношениях, а также в создаваемых ими материальных и духовных ценностях, как все, что создано предшественниками, должна стать особым объектом государственной охраны и заботы всего общества. В сфере культуры не должно быть ломки духовных традиций. Культурное наследие, представляющее некую целостность, не может предаваться забвению в силу конъюнктурных соображений, а наоборот, должно быть сохранено и преумножено⁶.

Таким образом, применительно к рассматриваемой сфере содержанием ОФГ в целом должна стать деятельность по сохранению социального опыта для его творческого освоения и наращивания новациями.

¹ См.: Обеспечение прав человека в деятельности органов внутренних дел: Курс лекций / Под ред. Ю.В. Анохина, В.Н. Бутылина. — М., 2006. — С. 34; Юнусов А.А. Общетеоретические проблемы обеспечения прав человека в современной России: Автореф. дис... д-ра юрид. наук. — М., 2005. — С. 21.

² Кутафин О.Е. Современное состояние и перспективы развития науки конституционного права Российской Федерации / Государство и право на рубеже веков // Конституционное и административное право: Материалы всероссийской конференции. — М., 2000. — С. 4.

³ См.: Барканов А.А. Культурно-воспитательная функция современного Российского государства: Автореф. дис... канд. юрид. наук. — М., 2008. — С. 3.

⁴ См.: Еллинек Г. Общее учение о государстве. — СПб., 2004. — С. 285.

⁵ См.: Ижигова Н.В. Теоретико-методологические основания современной культурной политики: Автореф. дис... д-ра филос. наук. — СПб., 2010. — С. 3.

⁶ См.: Булавка Л.А. Советская художественная культура: противоречия становления и развития: Автореф. дис... д-ра филос. наук. — М., 2007. — С. 3.

Использование структурного подхода к исследованию особенностей реализации ОФГ в условиях модернизации в целом позволяет обозначить следующие выводы.

Во-первых, рассмотренные выше структурные элементы (подфункции) ОФГ их содержание, характер взаимосвязи, соотношение по мере интенсификации модернизационных процессов не могут рассматриваться в качестве постоянных величин. Непрерывное и поступательное развитие человеческой цивилизации, каждого государства в отдельности всегда будут выступать в качестве факторов, обуславливающих структурную организацию ОФГ. К примеру, охрана природы относительно недавно считалась внутренней функцией государства, теперь же успехи в этом деле немислимы без аккумуляции усилий всего мирового сообщества. Вполне объяснимым и закономерным стоит считать формирование новых приоритетных направлений в структуре ОФГ.

Во-вторых, каждый из элементов структуры ОФГ характеризуется наличием прямых и обратных связей, проявлением взаимных переходов из одного качественного состояния в другое. Это обусловлено системностью процессов модернизации и целью ОФГ — безопасностью общества, выступающей по отношению к рассматриваемой функции центростремительным и системоорганизующим началом.

При этом решение каждой охранительной задачи по мере реализации той или иной подфункции в составе ОФГ не может приобретать характера самодостаточной деятельности. Безопасность, как комплексная категория, с одной стороны, цементирует ОФГ в целом, с другой стороны, находит конкретное, отраслевое воплощение в каждом из ее элементов. Это обстоятельство подчеркивает комплексный, собирательный характер рассматриваемой функции.

В заключение отметим, что любой серьезный проект, а модернизация должна рассматриваться в качестве таковых, сопряжен с определенными социальными рисками и издержками. Стоит обратить внимание на то обстоятельство, что модернизация нередко толкуется в связи негативными процессами и явлениями, которые она способна породить. По мнению авторов Российской социологической энциклопедии, модернизация сопряжена с такими процессами, как усиление бюрократизма, рост индивидуализма, ослабление традиционных ценностей (семьи, религии, морали и др.)¹. В данном случае ОФГ становится своего рода «подушкой безопасности», предотвращая угрозы нормальным условиям социального развития, выступая квинтэссенцией преемственности в социальном развитии, во многом обеспечиваемого созидательной функцией государства.

¹ См.: Российская социологическая энциклопедия / Под ред. Г.В. Осипова. — М., 1998. — С. 552—553.

С.В. Поленина

Поленина Светлана Васильевна — доктор юридических наук, профессор, заслуженный юрист Российской Федерации, главный научный сотрудник сектора теории права и государства Института государства и права Российской академии наук

Юридическая техника и правовая технология: теория, практика, преемственность¹

История юридической техники как совокупности способов и средств оформления нормативных правовых актов независимо от приемов их закрепления и тем самым доведения до сведения заинтересованных лиц — адресатов: на камнях, металлических, деревянных или иных таблицах, на папирусах, бумаге либо электронных носителях уходит корнями в седую древность.

В этих условиях естественно, что как бы не называлась такого рода деятельность лиц, условно именуемых нами «законотворцами» (в кавычках или без них), вопрос о характере этого вида деятельности, ее содержании, оформлении, не говоря уже о наименовании, неоднократно вновь и вновь становился и становится предметом дискуссий в среде заинтересованных лиц, круг которых из века в век все более расширяется, а ныне по мере формирования в той или иной стране гражданского общества — и в его масштабах.

В современных условиях есть все основания рассматривать широкое использование правил юридической техники, апробированных мировым правотворческим опытом и обоснованных юридической наукой, как закономерность и требование, предъявляемое к самой правотворческой деятельности. Более того, жизнь неоднократно показывала, что недоучет принципов и требований юридической техники в процессе законотворчества приводит к снижению качества и эффективности не только самих законов, но и всей совокупности издаваемых на их базе подзаконных нормативных правовых актов, а в результате — к издержкам и ошибкам не только в ходе правотворческой, но и в процессе осуществления иных форм юридической деятельности².

Более того, по мнению ряда авторов, в частности А.С. Пиголкина, технико-юридические правила правотворчества с полным основанием могут трактоваться в качестве одного из достижений мировой цивилизации³.

Тем более велика роль юридической техники в реалиях современной России, принимая во внимание широкое внедрение во все сферы хозяйственной, социальной и даже политической жизни страны рыночных отношений, обострения межнациональных отношений и не всегда реализуемых на практике попыток претворения в жизнь конституционных требований построения в Российской Федерации правового, социального и демократического государства. Все это вызвало, помимо прочего, рост в течение последних двадцати лет не только темпов законотворчества на федеральном и региональном уровнях, но и многократное увеличение числа и объема действующих федеральных и региональных законов и подзаконных актов, а следовательно, потенциальной возможности их внутренней противоречивости и рассогласованности.

Естественно, что Владимир Константинович Бабаев, творчеству которого посвящена нынешняя Международная научно-практическая конференция «Преемственность в праве: доктрина, российская и зарубежная практика, техника», являясь уникальным специалистом в области столь специфического правового института как презумпция в праве, неоднократно поднимал в своих трудах проблему надлежащего, а следовательно и эффективного оформления презумпций в законах и подзаконных актах нашей страны — СССР и Российской Федерации. Другими словами, вопросы юридической техники как важной структурной части процесса правотворчества и правоприменения постоянно находились в поле пристального внимания профессора В.К. Бабаева как ученого.

Обращаясь к событиям сегодняшнего дня, есть все основания считать, что без соблюдения требований юридической техники едва ли может быть претворена в жизнь экономико-технологическая, социо-культурная, политико-правовая модернизация, выдвинутые руководством страны в качестве стратегии развития Российской Федерации и основного направления внутренней и внешней политики нашего государства на современном этапе.

¹ Работа написана при информационной поддержке компании «КонсультантПлюс».

² См.: Поленина С.В. Качество закона и эффективность законодательства. — М., 1993.

³ См.: Законотворчество в РФ: Научно-практическое и учебное пособие // Под ред. А.С. Пиголкина. — М., 2000. — С. 241.

На протяжении длительного времени правовой статус юридической техники в системе отраслей и институтов права и законодательства не имел четкой «прописки». Как правильно отметил В.М. Баранов, юридическую технику традиционно рассматривали, да и до сих пор многие рассматривают сугубо в инструментальном ключе¹. И это отражалось и отражается на том месте, которое исследователями отводилось юридической технике в системе науки «Юриспруденция» и особенно в учебном процессе правовых вузов.

Весьма категоричен, как известно, в этом вопросе был А.М. Васильев, который, анализируя правовые категории, пришел к выводу, что юридическая техника не относится к теории государства и права, не входит в ее предмет². Такое суждение маститого автора фактически выводило юридическую технику не только за пределы теории государства и права, но по существу и юриспруденции как науки в целом, несмотря на внутреннюю логическую парадоксальность подобного утверждения. Ведь речь идет в конечном счете не просто о «технике», то есть аккумуляции операций, практически полезных для достижения конкретных целей, а о технике именно «юридической».

Неопределенность положения юридической техники в структуре отраслей права и законодательства Российской Федерации не могла не повлиять отрицательно и на ее место среди преподаваемых будущим юристам учебных дисциплин, а также на число отводимых для этой цели учебных часов.

В конечном счете наиболее «пострадавшей» по этим причинам оказалась существенно возросшая в условиях рыночной экономики в количественном отношении и по числу поступивших на книжный рынок работ индивидуальных и коллективных авторов учебная литература именно по теории государства и права. И это не случайно, поскольку при отсутствии официально утвержденных стандартов учебных пособий включение либо отсутствие в учебнике раздела, посвященного юридической технике, по существу оставалось на усмотрение автора, а в коллективных работах — также и ответственного редактора.

Весьма показательным в этом смысле может служить сопоставление вышедших в одном и том же году — 2007 — в Москве при участии и под редакцией профессора М.Н. Марченко двух учебных изданий, написанных во многом совпадающими коллективами исследователей, включая и автора настоящей статьи. В первом из них — учебнике «Проблемы теории государства и права» (объемом около 50 п.л.) вопросы юридической техники вообще обойдены молчанием. В отличие от этого во втором томе трехтомного академического курса «Общая теория государства и права» проблемам юридической техники посвящена написанная Д.А. Керимовым специальная глава под названием «Законодательная техника».

Думается, что ответ на вопрос о причинах столь разного подхода авторских коллективов к проблеме включения либо невключения в учебные издания по теории государства и права раздела, посвященного юридической технике, связан не только с существенным различием в объеме названных учебников.

Главное состоит, на наш взгляд, в незавершенности проводимого специалистами в области науки «Теория государства и права» анализа теоретических и практических аспектов юридической техники в их связи с сущностью и оптимизацией значительной части общетеоретических правовых институтов.

Наиболее заметны в этом плане различия в самом определении понятия «юридическая техника». Такие различия в науке весьма многочисленны и в основном они зависят от того, выдвигается ли исследователем на первый план задача создания при помощи средств и приемов юридической техники оптимальных с точки зрения доступности и точности их понимания законов и иных нормативных правовых актов либо об их качественном применении на практике.

Самым кратким и точным, но именно в силу своей краткости недостаточно полным можно считать определение юридической техники, предложенное А.С. Александровым — специалистом в области уголовного процесса Нижегородской академии МВД России. По мнению А.С. Александрова, юридическая техника — это техника коммуникации в юридической среде³.

Значительная часть предлагаемых в науке определений юридической техники связана так или иначе с понятием правотворчество, понимаемым в широком смысле этого слова, то есть как процесс создания не только законов и иных нормативных правовых актов, но и как способы и приемы их консолидации, унификации, систематизации и даже кодификации.

Способствуют разному в предлагаемых исследователями определениях юридической техники также существующие в юридической науке различия в правопонимании, а также неоднозначность вызванного этим обстоятельством подхода многих юристов к обособлению не имеющей каких-либо

¹ См.: Баранов В.М. О качестве изложения проблем юридической техники в вузовской учебно-методической литературе по теории государства и права постсоветского периода // Юридическая техника: Ежегодник. — 2009. — № 3. — С. 14—26.

² См.: Васильев А.М. Правовые категории. — М., 1976. — С. 146—149.

³ См.: Александров А.С. Юридическая техника — судебная лингвистика — грамматика права // Проблемы юридической техники / Под ред. В.М. Баранова. — Н. Новгород, 2000. — С. 102.

объективно вычленяемых границ категории «правообразование» от имеющего, в отличие от него, конституционные границы понятия «правотворчество».

Все это привело к выделению (как правило, в рамках общего термина «юридическая техника»), наряду с понятием «правотворческая техника» также понятия «законодательная (законотворческая) техника», достаточно часто используемого многими российскими и зарубежными учеными.

Опираясь на соображения российских и зарубежных авторов и основываясь на собственных исследованиях, широко известный теоретик права член-корреспондент РАН Д.А. Керимов определяет законодательную технику как «систему правил и приемов наиболее рациональной организации и логически последовательного формулирования законов в соответствии с их сущностью и содержанием»¹.

Сведение понятия «юридическая техника» преимущественно к приемам и методам создания и систематизации законодательных актов и тем самым совершенствования правовой системы страны долгое время было господствующей линией в советской и российской юридической науке, хотя вопрос о роли юридической техники в ходе правоприменения также исследователями время от времени поднимался.

Стремление максимально широко подойти к вычленению и учету разнообразных приемов и способов, используемых в ходе любой, а не только правотворческой (законотворческой) юридической деятельности, привело профессора В.Н. Карташова к предложению объединить под общим названием «юридическая технология» следующие компоненты: а) систему соответствующих (?) средств, названную им юридической техникой; б) юридическую тактику, то есть систему приемов, способов и методов оптимальной юридической деятельности; в) юридическую стратегию, к которой он относит принципы, планы, прогнозы и методы (?) деятельности.

Если бы автор на этом поставил точку, то с ним можно было бы, хотя и с существенными оговорками, вызванными редакционной небрежностью и неопределенностью текста, в основном согласиться.

Но В.Н. Карташов, не ограничиваясь сказанным выше, относит далее по существу к юридической технологии практически все, что охватывается понятием «юриспруденция». По его мнению, понятие юридической технологии включает даже показатели, характеризующие качество и эффективность юридической деятельности, хотя этот круг вопросов и их анализ составляют, как известно, предмет правовой социологии.

Отнесены Карташовым к юридической технологии даже показатели временных, финансовых и иных затрат на юридическую деятельность, а также виды, формы, средства и методы контроля за законностью, качеством и эффективностью принимаемых решений (актов)².

В своих дальнейших работах профессор Карташов стал вообще отождествлять юридическую технологию с юридической практикой, под которой он понимает «особую разновидность деятельности компетентных органов, должностных и физических лиц, направленную на издание (толкование, реализацию, систематизацию и т. п.) юридических предписаний, взятую в единстве с накопленным и внешне выраженным юридическим опытом, то есть социально-правовой памятью»³.

При всей своей стилистической «красивости» предлагаемое Карташовым определение юридической технологии через ее отождествление с юридической практикой едва ли говорит в пользу целесообразности замены термином «юридическая технология» возможно и «консервативного», но хорошо оправдавшего себя на практике на протяжении не только десятилетий, но и столетий понятия «юридическая техника».

Дело в том, что в рассматриваемой формулировке акцент делается автором на «социально-правовую память (?)», которая при всей своей значимости для правотворческой, интерпретационной, правореализационной и правоприменительной деятельности едва ли может быть достаточным ориентиром для компетентных органов, должностных и даже физических лиц, живущих ныне в условиях глобализации и такой ее разновидности в Российской Федерации как экономико-технологическая, политико-правовая и социо-культурная модернизация.

Ведь закон и издаваемые в его развитие подзаконные нормативные правовые акты, как бы безупречны они не были с точки зрения юридической техники (технологии их написания и применения) могут считаться качественными лишь при условии, что они правильно, реально и точно регулируют общественные отношения в соответствии с поставленными при их издании целями. Разумеется, эти цели, как и вся законотворческая и правоприменительная стратегия, определяемая в соответствии с частью 3 статьи 80 Конституции Российской Федерации Президентом страны, должны базироваться на положениях Основного закона России и, главное, отражать потребности и интересы как общества в целом, так и государства.

¹ Керимов Д.А. Общая теория государства и права. Академический курс / Отв.ред. М.Н. Марченко. — М., 2007. — 3-е изд. — Т. 2. — С. 510.

² Карташов В.Н. Юридическая техника, тактика, стратегия и технология (к вопросу о соотношении) // Проблемы юридической техники / Под ред. В.М. Баранова. — Н. Новгород, 2000. — С. 16—23.

³ Там же. — С. 22.

В этом и состоит социальное назначение юридической техники (технологии), с помощью которой устанавливается неразрывная связь законодательной и правоприменительной стратегии с реализацией политических решений, которые должны базироваться в свою очередь на познании социально-экономических процессов. Только при соблюдении этих условий может быть обеспечена эффективность законодательства.

Все это позволяет определить *юридическую технику как разработанную наукой, прежде всего юридической, совокупность способов и приемов, при помощи которых обеспечивается прямая и обратная связь между гражданами, социальными слоями населения, гражданским обществом в целом, с одной стороны, и государством в лице его правотворческих и правоприменительных органов, с другой.*

В этом и состоит социальное, а не только техническое (точнее технологическое) назначение юридической техники. Ведь принимаемые законы, правительственные постановления и другие нормативные правовые акты будут эффективны только в том случае, если они правильно и точно отражают социальные интересы и потребности как граждан страны, так и государства. А ошибки в способах достижения этих целей, к сожалению, далеко не единичны. Классическим примером этого служит, в частности, небезызвестный федеральный закон о монетаризации льгот.

Близкое, хотя и допускающее также излишне расширенное понимание юридической техники дается в юридической науке М.Л. Давыдовой. В своей работе, посвященной проблемам теории и методологии юридической техники, она предлагает трактовать юридическую технику как систему профессиональных юридических правил и средств, используемых при составлении правовых актов и осуществлении иной юридической деятельности в сферах правотворчества, правоинтерпретации, властной и невластной реализации права, обеспечивающих совершенство его формы и содержания¹.

Определенный, хотя и не бесспорный интерес в этой связи представляет также трактовка и обоснование характеристики М.Л. Давыдовой правовых символов в качестве неязыковых нормативных средств юридической техники, без расшифровки и раскодирования которых общая картина социального действия права была бы, по ее мнению, неполной.

Включение правовых символов в состав юридической техники М.Л. Давыдова обосновывает символической природой воздействия правовой нормы на человеческое сознание, которое связано, в том числе и с тем, что право в целом символизирует в сознании людей такие ценности как авторитет, власть, сила, порядок, верность традициям и т. п. Развивая эту мысль, М.Л. Давыдова вслед за рядом исследователей, в том числе О.Ю. Перовым, К.В. Шундиковым, В.И. Лафитским и другими, останавливается на особом виде — нерегулятивном — правового воздействия на общественные отношения.

Специфика этого нерегулятивного воздействия, по мнению разделяющих данную точку зрения авторов, обусловлена восприятием права сознанием людей в качестве целостного явления, обладающего неким особым смыслом и значением. В результате право само по себе (независимо от того, что конкретно записано в тех или иных законах) оказывает влияние на сознание людей. С одной стороны, люди сознают конкретные нормативно-установленные правила, императивы (которые могут казаться им справедливыми или несправедливыми), с другой стороны, право в целом воспринимается нами как символ справедливости и порядка.

Именно «раздвоением права» в качестве целостного явления на уровне его восприятия объясняет М.Л. Давыдова попытки практически нереализуемого, хотя и существующего в науке теории права на протяжении веков представления о возможности якобы различения так называемого естественного и позитивного права или соответственно противопоставления права и закона.

С этим выводом, в определенном смысле завершающим проведенный М.Л. Давыдовой анализ научного и практического значения юридической техники, следует, на наш взгляд, полностью согласиться.

¹ См.: Давыдова М.Л. Юридическая техника. Проблемы теории и методологии. — Волгоград, 2009. — С. 50, 287—289.

М.П. Пронина

*Пронина Мария Петровна — кандидат юридических наук,
преподаватель кафедры гражданского права и процесса Нижегородской академии МВД России*

**Логико-философская природа презумпций в праве
(в развитие преемственности научных исследований,
проводимых профессором В.К. Бабаевым)**

Профессор В.К. Бабаев долгое время занимался проблемой исследования правового феномена — презумпции в праве. Результатом этих исследований стали успешные защиты кандидатской и докторской диссертации и многочисленные статьи. Исследование презумпций продолжается учеными и в настоящее время, свидетельством этого являются защищенные диссертации, проведенная научно-практическая конференция «Правовые презумпции: теория, практика, техника», а так же изданные научные труды.

Проведение теоретических исследований в сфере права становится возможным лишь при условии творческого освоения наличных знаний в области правоведения, философии и других наук с учетом законов, по которым они развиваются и функционируют. Потребность специального исследования логико-философской природы презумпций в праве обуславливается современным состоянием правовой системы, уровнем научных исследований в этой сфере. Представляется оправданным особое внимание уделить разработке правового инструментария, понятийного аппарата. Исследование логико-философской природы презумпций следует проводить с позиций современной трактовки логико-гносеологических проблем научного познания, способной раскрыть объективные закономерности и познать их, получить на этой основе новые объективно истинные знания о глубинных закономерностях права. Презумпции, исходя из своего генезиса и сущности, несут в себе считающееся истинным предположительное знание о существовании каких-либо фактов, явлений, событий, состояний, отношений, которые принимаются без доказательства, как обобщение накопленного опыта в той или иной сфере человеческой жизнедеятельности. Анализ исторических типов мировоззрения показывает, что в презумпциях содержится не только дескриптивный момент, но — что важнее всего — перформативный момент. Презумпция описывает некую реальность, но это описание всегда предположительно, условно, если не доказано иное. Перформативное презюмируемое знание учреждает некие условные, конвенциональные положения дел, имеющие определенные последствия для принимающего их субъекта.

До сих пор презумпция исследовалась в основном как юридический феномен, однако ее существование и изучение в других областях знаний, например в физике, социологии, философии¹, доказывает, что презумпции в праве представляют собой лишь один из аспектов проявления общеправовой категории.

В самом деле, нельзя не учитывать, что презумпции, действующие в праве, хронологически возникают раньше правовой системы, которая сама во многом строится на основе действующих в общественном сознании презумпций. Подход к презумпции только как к инструменту правовой деятельности изначально выхолащивает ее содержание и искажает ее сущность. Поэтому презумпция должна рассматриваться как особый теоретико-познавательный феномен, свойственный гуманитарному знанию и познанию вообще. В связи с этим исследованию презумпций в праве должно предшествовать выявление ее родовых признаков, свойственных презумпциям вообще, уяснение ее логико-философской природы, позволяющее научно разработать методологию сознания, познания и эффективного применения права в целях урегулирования поведения субъектов правоотношений².

В широком смысле под презумпцией следует понимать оценочное предположение о существовании фактов, событий, явлений, состояний, принимаемое без доказательства, на основании предшествующего опыта познающих субъектов. Справедливым в этом плане представляется утверждение о том, что понятие презумпции производно от понятия предположения в общелогическом смысле. Общелогическое или, как его еще называют, фактическое предположение можно охарактеризовать следующим

¹ См.: Чистякова Ю. А. Социальные презумпции как регулятор общественных отношений: Дис... канд. юрид. наук. — Н. Новгород, 2004; Гейзенберг В. Шаги за горизонт. — М., 1987.

² См.: Володин Л. Д. Юридическая техника в конституционном праве // Вестник МГУ. — Сер. 11: Право. — 1997. — № 3; Крусс В.И. Юридическая техника — юридическая герменевтика — конституционный порядок // Проблемы юридической техники: Сборник статей / Под ред. В. М. Баранова. — Н. Новгород, 2000. — С. 80—88.

образом: оно представляет собой вид индуктивного умозаключения (от частного к общему); оно способствует на основании знания одного известного факта (или нескольких фактов) предположить, не прибегая при этом к доказательствам, существование (несуществование) другого неизвестного факта, являющегося следствием или причиной первого; основанием для такого вывода (умозаключения) служит наблюдение. Конечно, общелогическое обоснованное предположение составляет основу не только презумпций, но и гипотез, теорий, версий, прогнозирования, которые являются видами предположений, используемых в познании. Презумпции отличаются от них в первую очередь своей гносеологической ролью, определяемой отношением субъекта к явлениям окружающего мира. Она заключается в том, что презумпция представляет собой лишь вероятностное знание. Если знание достоверно, и субъект может им воспользоваться для принятия решения, у него не возникает потребность в предположениях. «Презумпция востребована только в ситуации неопределенности»¹.

Приемом получения вероятного знания выступает индукция (от лат. *induction* — наведение), то есть построение суждения от конкретного к абстрактному; вид обобщения, связанный с предвосхищением результатов наблюдений и экспериментов на основе данных опыта². Тем не менее, если обратиться к философскому определению презумпции, то относительно ее индуктивного характера можно встретить различные мнения среди ученых.

Н. Ф. Качур считает, что с философско-логической точки зрения презумпция представляет собой индуктивное умозаключение, основанное на так называемых эмпирических законах. Наблюдение, накопление фактического материала составляют необходимое условие формирования презумптивных обобщений. При этом число всех предполагаемых событий, явлений не совпадает с числом известных событий и явлений, что позволяет говорить о преобладающем значении неполной (популярной) индукции в этом познавательном процессе³. В. И. Каминская тоже полагает, что «презумпции — это индуктивные умозаключения, основанные на так называемых эмпирических законах, а не научных закономерностях общественной жизни»⁴. Презумпция базируется на разрозненных фактах и жизненных ситуациях, которые, однако, обладают свойством повторяемости. Наблюдение одинаковых или схожих процессов рано или поздно приводит к выявлению у них одинаковых признаков, изучение которых подтверждает наличие той или иной презумпции с разной степенью вероятностного характера.

Считая подобный подход несколько ограниченным, авторы теории доказательств уголовного процесса возражают, указывая: «...неверно считать, что презумпция только индуктивное эмпирическое обобщение, и в ее формулировании не участвует дедукция, что презумпция не может выражать закономерность». Например, Л. Д. Кокорев писал, что презумпции с развитием науки стали «выражать научную закономерность»⁵. В. А. Ойгензихт отмечает, что презумпция — «вывод не только из частного, а из комплекса сопоставлений и суждений, не только эмпирических, но и из логических и теоретических обобщений»⁶. Он видит в презумпциях не только индуктивное, но и дедуктивное умозаключение как следствие частного вывода из «логических и теоретических обобщений»⁷. Подобное мнение ученого связано с выдвинутой им теорией материально-правовых презумпций как предпосылок для определенных юридических последствий⁸. Мнение В.А. Ойгензихта поддерживает в настоящее время Е.Ю. Веденеев, не выдвигающий, однако, при этом никаких аргументов дедуктивной природы презумпций⁹. Полностью соглашается с высказанными взглядами и А. А. Крымов, отмечающий, что презумпции имеют и статическую природу, и образуются также с помощью дедукции¹⁰.

Эта точка зрения, на наш взгляд, не лишена смысла, так как в научном и эмпирическом познании, в том числе освоении государственно-правовой действительности, дедукция и индукция взаимопереплетены, взаимообусловлены, неразрывно связаны друг с другом. Кроме того, в основе научной закономерности достаточно часто лежит именно эмпирический опыт.

Тем не менее следует согласиться с В. К. Бабаевым, утверждавшим, что при формировании презумпции в основном (курсив наш. — М.П.) используется индуктивный метод¹¹. Суть презумпции в

¹ Баранов В.М. Методологические предпосылки формирования теории правовых презумпций / В.М. Баранов, В.Б. Першин, И.В. Першина // Юридическая техника. — 2008. — № 2. — С. 20.

² См.: Философский энциклопедический словарь / Гл. ред. Л.Ф. Ильичев, П.Н. Федосеев, С.М. Ковалев, В.Г. Панов. — М., 1983. — С. 207.

³ См.: Качур Н. Ф. Презумпции в советском семейном праве: Дис... канд. юрид. наук. — Свердловск, 1982. — С. 13.

⁴ Каминская В. И. Учение о правовых презумпциях в уголовном процессе. — М.; Л., 1948. — С. 31.

⁵ Горский Г.Ф. Проблемы доказательств в советском уголовном процессе / Г.Ф. Горский, Л.Д. Кокорев, П.С. Элькин. — Воронеж, 1978. — С. 236.

⁶ Ойгензихт В. А. Презумпции в советском гражданском праве. — Душанбе, 1976. — С. 25.

⁷ Там же. — С. 7.

⁸ Там же. — С. 31.

⁹ См.: Веденеев Е. Ю. Роль презумпций в гражданском праве, арбитражном и гражданском судопроизводстве // Государство и право. — 1998. — № 2. — С. 43

¹⁰ См.: Крымов А. А. Правовые презумпции в уголовном процессе: Дис... канд. юрид. наук. — М., 1999. — С. 24.

¹¹ См.: Бабаев В. К. Презумпции в советском праве. — Горький, 1974. — С. 8—9.

первую очередь состоит именно в индуктивном заключении, поскольку именно неполная индукция определяет вероятностный характер презумпции, являющийся ее существенным признаком.

Будучи вероятностным суждением, презумпция может быть описана логической формулой «S вероятно есть (не есть) P»¹. Данная формула отражает существующее в объективной реальности явление, условно состоящее из трех структурных элементов: существующий факт, презюмируемый факт, причинно-следственная связь между ними. Само по себе предположение о наличии или отсутствии презюмируемого факта исходя из факта имеющегося обусловлено объективно существующей всеобщей причинной связью.

В свою очередь, сведения о существовании взаимосвязи между определенными явлениями базируются на установлении определенной закономерности. Для презумптивных предположений она носит, как правило, статистический характер². Вывод о существовании закономерности основывается на наблюдаемом повторении одной и той же последовательности событий. Число обобщенных фактов проявления данной взаимосвязи в итоге определяет степень вероятности и истинность презумпции. Например, наблюдая во многих случаях повторяющуюся закономерную связь между такими событиями, как заключение брака между мужчиной и женщиной и появлением в их семье ребенка, мы предполагаем, что супруг — отец ребенка, распространяя это предположение на знакомые встречающиеся нам семьи. В некоторых случаях такое положение может не соответствовать действительности, так как оно основано не на жесткой необходимой связи между заключением брака и рождением ребенка, а на закономерности, выражающей определенную степень вероятности проявления данной связи в повторяющихся случаях.

Напомним, что вероятность — это мера возможного соответствия обобщения конкретному отношению наличного факта к предполагаемому, то есть такого состояния, когда оно будет истинным. Следовательно, степень вероятности презумпции при статистической закономерности в общей сложности можно выразить формулой: « $V = K_1 / K_2$ », где K_2 — количество рассмотренных случаев, а K_1 — количество совпадений предположения и действительного факта. Как правило, презумптивное знание основывается на высоковероятной закономерности, как в ситуации с презумпцией отцовства супруга. Однако следует помнить, что само по себе использование презумпций связано с необходимостью принятия и обоснования определенного решения при отсутствии достоверного знания. Поэтому в ряде случаев, когда высоковероятное презумптивное знание не позволяет принять необходимое субъекту решение, в основу кладется противоположное ему низковероятное. Так, например, появляется презумпция знания закона, которая имеет низкую степень вероятности, что связано с неразвитостью правовой культуры населения или даже правовым нигилизмом. Поэтому низковероятные презумпции чаще всего имеют ярко выраженную регулятивную функцию и существуют в основном в правовой сфере. Прав в данном случае Д. М. Щекин, утверждающий, что высокая вероятность, хотя и свойственна ряду правовых презумпций, однако не составляет их существенного основания³.

Со степенью вероятности презумпции тесно связано такая ее характеристика, как истинность. В отличие от степени вероятности, которая для каждой презумпции постоянна (высокая или низкая), истинность ее всегда конкретна. Одна и та же презумпция может быть как истинной — в одном случае, так и ложной — в другом. Именно поэтому презумпция всегда имеет опровержимый характер. Следует отметить, что истинность презумпции проявляется в объективном и субъективном смысле. В объективном смысле истинность презумпции есть соответствие презюмируемого факта объективной реальности. Объективная истинность как раз и определяет степень вероятности презумпции, и количество ее проявлений для презумпции фиксируется в числе K_1 . В субъективном смысле истинность презумпции — это признание субъектом соответствия презюмируемого факта объективной реальности. В этом случае истинность презумпции отражает отношение к ней субъекта, использующего вероятностное знание. При этом не имеет значения действительное соответствие презюмируемого факта объективной реальности, значимо лишь то, что субъект признает его таковым.

Истинность презумпции в субъективном смысле тесно связана с обязательностью презумпции, то есть предписанием субъекту считать ее объективно истинной и использовать именно в таком качестве, пока не возникнет оснований для вывода о недостоверности презумптивного знания. Возможно, именно поэтому презумптивные предположения иногда трактуются как истинные знания. Хотя говорить так о презумпциях допустимо, лишь рассматривая их как сообщение о факте, которое может соответствовать (не соответствовать) действительности⁴. Объективная истинность такого предположе-

¹ См.: Баранов В. М. Методологические предпосылки формирования теории правовых презумпций / В. М. Баранов, В. Б. Першин, И. В. Першина // Юридическая техника. — 2008. — № 2. — С. 20.

² См.: Никиташина Н. А. Юридические предположения в механизме правового регулирования: Дис... канд. юрид. наук. — Абакан, 2004. — С. 19; Кузнецова О. А. Презумпции в российском гражданском праве: Дис... канд. юрид. наук. — Екатеринбург, 2001. — С. 12.

³ См.: Щекин Д. М. Юридические презумпции в налоговом праве: Дис... канд. юрид. наук. — М., 2001. — С. 40.

⁴ См.: Эрделевский А. Утверждение о факте и выражение мнения — понятия разного рода // Российская юстиция. — 1997. — № 6. — С. 17.

ния вполне может быть ошибочна, поскольку в условиях даже достаточно высокой степени вероятности всегда остается возможность несовпадения презюмируемого факта с настоящим положением дел. В этом плане справедливо заметить, что «в каждой презумпции заключено противоречие между ее действительным вероятностным содержанием и категорической формой выражения, требующей применять это правило так, как будто оно является абсолютно истинным и общим»¹. В правовой сфере обязательность презумпции устанавливается законодателем.

На основании изложенного можно утверждать, что философско-логическими основаниями существования презумптивных предположений являются:

- 1) всеобщая причинно-обусловленная связь явлений окружающей нас реальности;
- 2) существование в мире сходных фактов, явлений;
- 3) наличие между ними (сходными, подобными фактами) повторяющейся взаимосвязи.

Как философско-логическое явление презумпции обладают следующими признаками:

- 1) являются предположениями в общелогическом смысле;
- 2) представляют собой индуктивные умозаключения, то есть предположения о существовании определенных фактов, как правило, полученные на основе неполной индукции;
- 3) основаны на статистически закономерной, обусловленной повторяемостью явлений и процессов взаимосвязи между имеющимся и презюмируемым фактами;
- 4) носят вероятностный характер.

С учетом указанных признаков можно сделать следующий вывод:

Презумпция — это индуктивное умозаключение о вероятном существовании факта, основанное на статистически закономерной, обусловленной повторяемостью явлений и процессов взаимосвязи между имеющимся и презюмируемым фактами.

В праве логико-философская природа презумпций проявляется следующим образом. Основополагающее значение презюмируемых мыслительных конструкций в познавательной деятельности, в построении того или иного типа мировоззрения, картины мира, в формировании общественного сознания подтверждается той ролью, которую выполняла и выполняет презумпция в функционировании различных правовых систем. Само возникновение права как важнейшего общественного института происходило под непосредственным влиянием тех гносеологических, аксиологических, мировоззренческих установок, которые связаны с презюмируемым знанием. Право по своей сути есть разновидность социальных норм, то есть регуляторов общественного поведения. Выше уже отмечалось, что презумпция используется, как правило, для принятия разного рода решений, в том числе и регулятивных. Преобразование презумпции в социальные нормы закрепляет выработанную всем обществом позицию относительно основных вопросов существования. Данная позиция является результатом длительной совместной умственной и практической деятельности огромного количества людей. Единство взглядов и интересов, нашедшее отражение в поле нормативного регулирования, способствует внутренней и внешней консолидации общества, снижает степень риска возникновения глубоких социальных и межличностных конфликтов. Вместе с тем, в такой ситуации базовые идеи, составляющие жизненную основу, надежно защищены посредством фактической доказанности их неопровержимости и ценности и системой мер воздействия, характерной для различных групп социальных норм. Применение санкций, предусмотренных в нормах для нарушителей, представляется более чем оправданным и становится одним из главных инструментов защиты такой базовой идеи.

Для закрепления презумпции в определенной группе норм требуется совпадение ряда факторов: признание важности идеи большинством членов общества, причем как в теоретическом, так и в практическом плане; благоприятные исторические условия; наконец, наличие прочной, разветвленной группы социальных норм, готовых воспринять презумпцию.

При этом в основе появления правовых презумпций лежат следующие философские истоки. Во-первых, природа презумпций коренится в сущности развития общественных систем, отношений, основой которых является человек. Эта система содержит множество возможностей развития и поведения благодаря деятельности и воле людей. В условиях неопределенности, массовых случайных событий возникает потребность руководствоваться предположениями, основанными на вероятности. Во-вторых, философская сущность презумпций в праве проявляется в особенностях индуктивных умозаключений. В различных сферах общественной жизни, в частности в праве, опыт человека далеко не всегда полный, чаще он бывает ограничен. Этот опыт обобщается в индуктивных умозаключениях, образуя презумптивные нормы, но заключения из них не имеют необходимого всеобщего характера, так как построены на ограниченном опыте, имеют вероятностный, правдоподобный характер. В-третьих, истоки презумпций видятся в сущности самого права, которое регулирует отношения людей, обладающих волей и сознанием. Право отражает общественные отношения с позиций воли людей, их представления о должном, справедливом. Оно включает в свои «источники» вероятностные суждения,

¹ Большая советская энциклопедия. — М., 1975. — Т. 30. — С. 516.

выражающие определенную степень обоснованной веры субъекта в появление некоторого события. В этом субъективная сторона появления презумпций.

Выводы. В широком смысле под презумпцией понимается оценочное предположение о существовании фактов, событий, явлений, состояний, принимаемое без доказательства на основании предшествующего опыта познающих субъектов.

Философско-логическими основаниями существования презумптивных предположений являются: всеобщая причинно-обусловленная связь явлений окружающей нас реальности; существование в мире сходных фактов, явлений; наличие между ними (сходными, подобными фактами) повторяющейся взаимосвязи.

Как философско-логическое явление презумпции обладают следующими признаками.

1) Презумпции представляют собой разновидность предположения в общелогическом смысле. От других видов предположений презумпции отличаются своей гносеологической ролью, которая заключается в том, что презумпция представляет собой лишь вероятностное знание.

2) Презумпции являются индуктивными умозаключениями, то есть, как правило, полученными на основе неполной индукции предположениями о существовании определенных фактов. В науке не существует единого мнения относительно приемов получения презумптивного знания. Одна группа ученых полагает таковым только индукцию, другая группа утверждает, что в формулировании участвует и дедукция. Соглашаясь с тем, что эти два метода зачастую тесно взаимосвязаны, автор придерживается позиции о том, что суть презумпции состоит именно в индуктивном заключении, поскольку именно неполная индукция определяет вероятностный характер презумпции, являющийся ее существенным признаком.

3) Презумпции основаны на статистически закономерной, обусловленной повторяемостью явлений и процессов взаимосвязи между имеющимся и презюмируемым фактами. Объективно существующая всеобщая причинная связь проявляется в ряде конкретных повторяющихся случаев происхождения одного факта, признаваемого презюмируемым, исходя из другого, всегда имеющегося факта. Эта закономерность носит, как правило, статистический характер, при этом число обобщенных фактов проявления данной взаимосвязи в итоге определяет степень вероятности и истинность презумпции.

4) Презумпции носят вероятностный характер. Обычно они базируются на высоковероятной закономерности, но, когда высоковероятное презумптивное знание не позволяет принять определенное субъекту решение, в основу кладется противоположное ему низковероятное. Низковероятные презумпции чаще всего выполняют регулятивную функцию и существуют в правовой сфере. От степени вероятности презумпции необходимо отличать ее истинность. Одна и та же презумпция имеет постоянную высокую или низкую степень вероятности, но при этом может быть как истинной — в одном случае, так и ложной — в другом. Именно поэтому презумпция всегда имеет опровержимый характер. В объективном смысле истинность презумпции есть соответствие презюмируемого факта объективной реальности. В субъективном смысле истинность презумпции — это признание субъектом соответствия презюмируемого факта объективной реальности. Субъективная истинность может быть признана обязательной для применяющего презумптивное знание субъекта.

Таким образом, *презумпция — это индуктивное умозаключение о вероятном существовании факта, основанное на статистически закономерной, обусловленной повторяемостью явлений и процессов взаимосвязи между имеющимся и презюмируемым фактами.*

В правовых презумпциях их логико-философская природа проявляется следующим образом: во-первых, развитие общественных отношений часто обладает свойством неопределенности, в связи с чем для их упорядочения возникает потребность руководствоваться предположениями, основанными на вероятности. Во-вторых, ограниченный опыт человека в различных сферах общественной жизни, в том числе в праве, обобщается в индуктивных умозаключениях, образуя презумптивные нормы. В-третьих, право включает в свои «источники» вероятностные суждения, отражает представления людей о должном, справедливом.

А.С. Прудников, К.В. Чувилкин

Прудников Анатолий Семенович — доктор юридических наук, профессор, ученый секретарь ученого совета Московского университета МВД России

Чувилкин Кирилл Владимирович — адъюнкт кафедры конституционного и муниципального права Московского университета МВД России

Мировоззренческие проблемы современной правовой науки в русле процессов преемственности в конституционном праве

Актуальность исследования преемственности конституционного развития российского государства обусловлена незавершенностью отношений власти и общества в современной России, переходным состоянием российской государственности.

Со времени распада СССР и образованием на его территории независимых суверенных государств — бывших союзных республик Советского Союза прошло уже более 20 лет — немалый срок не только для жизни людей, но и для истории конституционного развития любого государства. За данный период в Российской Федерации не завершено реформирование политико-правовой системы в рамках действующей Конституции Российской Федерации от 12 декабря 1993 года, а нескончаемость государственных преобразований воспринимается сегодня как уже вполне естественный процесс, завершения которому не видно в обозримом будущем.

Анализ практики реализации современной российской государственности показывает, что ее следует рассматривать не как уже окончательно сложившуюся в своих базовых характеристиках, а как динамично меняющуюся, эволюционирующую, диалектично трансформирующуюся в соответствии с изменениями в общественных отношениях государственно-правовую систему. Российская Федерация представляет собой не конституционно-оформленную институциональную структуру, а непрерывающийся процесс поиска собственной идентичности, адекватной реалиям современного мира. В правовом отношении динамике развития российской государственности соответствует частая смена в течение XX века отечественных конституций, довольно быстро в историческом масштабе перестающих адекватно отражать реально сложившиеся отношения.

При этом на всем протяжении отечественной государственной истории весь ход трансформаций в сфере государственно-правового строительства характеризовался известной хаотичностью. Проведение реформ мотивировались, скорее, спонтанными импульсами, нежели чем выверенной стратегией. Отрицание преемственности конституционного развития, неупорядоченная совокупность формулируемых наспех ценностно-целевых установок приводит к неочевидности итогов административной реформы, реформы системы государственной службы, муниципальной реформы, реформы федеративных отношений, реформы органов внутренних дел и т. д. Не удивительно, что практика реализации конституционных и законодательных положений, разрывающих преемственное развитие общества и не соответствующих его реальным потребностям, порождает фиктивность Конституции Российской Федерации, правовой нигилизм, отрицательно сказывается на состоянии законности и правопорядка.

Так, преемственности развития формы российского государства в большей мере соответствует унитарная модель государственного устройства. Следует признать, что схема и порядок государственного устройства в нашей стране не имеют ничего общего с механизмами осуществления федеративного принципа или же конституционного закрепления, воплощенными в зарубежных федерациях. Произошедшие в последнее десятилетие изменения государственного устройства оказались настолько глубокими, что все чаще высказываются сомнения в правомерности его идентификации как федеративного. Можно сказать, что в России фактически реализуется проект перевода российской государственности из квазифедеративной в унитарную модель, основанную на широкой законодательной автономии регионов¹.

Особенности формы правления, закрепленной в Конституции Российской Федерации, также имеют свои исторические основания. Это, прежде всего, более гибкая, сбалансированная система отношений, чем в классической («чистой») президентской республике. Как показала практика функционирования института президентства в России, российской государственности переходного периода в наибольшей мере соответствует именно выбранная полупрезидентская форма правления.

¹ См.: Ким Ю.В. В чем смысл российского федерализма? // Право и политика. — 2008. — № 7. — С. 1559.

При этой форме правления арбитражная роль президента и его доминирование над всеми ветвями власти в наибольшей мере сходна с ролью монарха. В сложный переходный период российской государственности исторически новая полупрезидентская форма республики наилучшим образом учитывает исторические традиции развития института главы государства в России и потребность государства в сильной верховной власти.

Отмечается, что одной из основных функций государства является способность к самовоспроизводству и развитию. Эта функция, в свою очередь, напрямую связана преемственным развитием государственности, как важнейшим его свойством.

Понятие преемственности (континуитета) в юридической литературе в основном употребляется в международно-правовом значении. В международном праве континуитет рассматривается применительно к вопросам правопреемства государств, а принцип континуитета международной правосубъектности государств является одним из основных принципов государственного правопреемства. Континуитет рассматривается как непрерывность международной правосубъектности государств при конституционных изменениях как мирного, так и революционного порядка, включая сохранение прав и обязанностей при международном функционировании государства.

Как определено в юридическом энциклопедическом словаре, в международном праве правопреемство государств имеет место при переходе прав и обязанностей от одного государства к другому в связи с возникновением нового государства, вхождением одного государства в состав другого, при разделении государств, их отделении и т. п.¹. В основе континуитета естественным образом лежит фактическая непрерывность материальной основы государства и постоянного нахождения населения на данной территории. При всех революционных изменениях государство-преемник, даже формально отказываясь от правопреемства, как это было в Советской Республике после Октябрьской революции 1917 года, все равно вынуждено выполнять основную часть «общих» функций государства в целях обеспечения жизнедеятельности оставшегося ему «в наследство» общества.

Более широкое, общетеоретическое, понятие континуитета, можно сформулировать как непрерывность и преемственность развития государственности, означающее сохранение прав и обязанностей государства-предшественника государством-правопреемником при правопреемстве, как в международных, так и во внутригосударственных отношениях.

Очевидно, что континуитет должен охватывать не только сохранение прав и обязанностей нового государства по отношению к населению, но и наоборот². Поэтому более полное определение понятия континуитета будет следующим: Континуитет — это непрерывность и преемственность развития государственности, означающее сохранение основных прав и обязанностей государства-предшественника государством-правопреемником при правопреемстве, как в международных отношениях, так и по отношению к своим гражданам, а также сохранение основных прав и обязанностей граждан по отношению к государству-правопреемнику.

Преемственность — важнейшее свойство не только государственности, но и конституционализма. Наличие преемственности в конституционном развитии российского государства в целом является основой для преемственного развития отдельных элементов государственности. Конституционное развитие характеризуется определенной степенью преемственности, которая обусловлена непрерывностью исторического развития государственности. При этом конституции не только закрепляют общественное устройство, но и сами испытывают динамику его развития. Преемственность и непрерывность конституционного развития российской государственности в прошлом веке подвергались угрозе разрыва дважды: в 1917 году и в 1991 году. В конституционном смысле российская государственность после революции 1917 года поэтапно была восстановлена, в том числе, за счет, казалось бы, поначалу отвергнутых революционными изменениями исторически сложившихся и оправдывавших себя государственно-правовых форм, институтов и отношений. Конституция России 1993 года не носит учредительный характер, поскольку она не создала новое государство, однако содержательно она открыла новую эпоху в истории конституционного развития российской государственности.

Преемственность конституционного развития, таким образом, помогает обеспечивать поступательное развитие общества, сохраняя все ценное, что создано опытом предшествующего развития государства: национальную историко-культурную окраску государственности; идею самоопределения наций и равноправия народов; форму правления; государственное устройство. Преемственность конституционно-правового развития заключается в сохранении роли конституции как основного закона государства, обеспечении ее верховенства в системе законодательства, обогащении традиционных конституционных институтов.

¹ Юридический энциклопедический словарь / Под ред. А.Я. Сухарева. — М., 1987. — С. 359.

² И. Кант писал: «Если революция удалась и установлен новый строй, то неправомерность этого начинания не может освободить подданных от обязанности подчиняться в качестве добрых граждан новому порядку вещей». (Кант И. Собрание сочинений: В 8 т. — М., 1994. — Т. 6. — С. 355.)

Исследование преемственности конституционно-правового развития российской государственности необходимо и потому, что ее становление во многом связано с отказом от прежних представлений о государстве. Прежние формы развития Россией были отвергнуты, а попытки механического копирования в России либеральной модели государства западного типа показали за предыдущее десятилетие экспериментального внедрения свою несостоятельность. Между тем не следует забывать, что российская государственность имеет собственную богатейшую более чем тысячелетнюю историю. Одна из основных проблем выстраивания взаимоотношений между властью и обществом заключается в несоответствии существующей, во многом заимствованной, системы институтов государства реальным потребностям общества, его социо-культурным традициям, архетипам общественного сознания. Разработка и последующее принятие Конституции Российской Федерации 12 декабря 1993 года в условиях острого политического кризиса привело к тому, что тысячелетний опыт государственно-правового развития страны оказался неучтенным. В то же время преемственность конституционного развития является важнейшим фактором стабильности и эффективности любого государства. Великобритания гордится восьмивековым парламентом. Испания, понимая важность преемственности, возродила монархию и кортесы. Государства Западной Европы, Япония и даже США бережно чтут традиции, зародившиеся много столетий назад. Конституционное развитие России также подтверждает закономерность — чем органичнее взаимосвязаны исторические и культурные традиции государства с современным политическим и экономическим дизайном, сформированным во многом новыми глобализационными вызовами, тем успешнее государство¹. Поэтому обращение к лучшим образцам отечественного опыта (как советского, так и дореволюционного периодов) конституционно-правового строительства необходимо для оптимального выбора и формирования собственной, во многом уникальной формы современной российской государственности.

¹ См.: Толпегин П.В. Общество и государство в России: пути развития в XXI веке / П.В. Толпегин, Д.А. Максимов // Право и политика. — 2008. — № 12. — С. 2839.

М.А. Пшеничнов, С.А. Майорова

Пшеничнов Михаил Александрович — кандидат юридических наук, доцент, начальник факультета по подготовке научно-педагогических кадров Нижегородской академии МВД России

Майорова Светлана Анатольевна — кандидат юридических наук, преподаватель кафедры административного права и административно-служебной деятельности органов внутренних дел Нижегородской академии МВД России

К вопросу о преемственности в корпоративном праве

Конкретные модели социального поведения не всегда укладываются в жесткие рамки общенормативных установлений. Легальное право творится в интересах преобладающего большинства субъектов, соединенных в пределах конкретного государственного сообщества. При этом в рамках такого сообщества непременно должна находить свое развитие присущая человеческой природе индивидуальность, самоуникальность, нетрадиционность.

Выход человеческой индивидуальности за рамки общенормативных, одобренных большинством и зафиксированных в легальных источниках права моделей поведения — естественный и закономерный признак человеческого бытия. При этом неперенным атрибутом остается стремление и потребность человека в установлении новых и (или) поддержании (закреплении) преемственных межсубъектных взаимосвязей. Общенормативные установления задают начальные, исходные координаты поведения людей; задача их детализации применительно к конкретным, повседневным, специфичным условиям функционирования решается корпоративными нормами.

Без сомнения, в регулировании корпоративных правоотношений главенствующую роль играет государство. Однако творимое им право регулирует далеко не все, а лишь наиболее принципиальные основы реализации корпоративных отношений, имеющие существенное значение с позиции обеспечения интересов государства, общества, нормальной жизнедеятельности людей. Это, прежде всего, отношения собственности, организация административной и судебной власти, социально-экономическое устройство общества, реализация основных прав и обязанностей граждан, вопросы обеспечения правового порядка. В целом благодаря позитивному праву легализуется и легитимируется возможность государства вмешиваться в ход корпоративных отношений в качестве соучастника одной из сторон (корпорации в целом, отдельных участников, контрагентов), для защиты ее прав, охраны интересов, восстановления общего функционального баланса либо цивилизованного прекращения существующих отношений. Однако позитивно-правовое регулирование корпоративных отношений в современных условиях не носит одностороннего характера, а объективно дополняется комплексом иных правовых регуляторов, включая корпоративные нормы, что предопределяется системностью права.

Сегодня общепризнано понимание системы права как обусловленного характером общественных отношений внутреннего строения (или структуры) права, выраженного в объединении составляющих его норм права в институты, подотрасли и отрасли права¹.

Однако структурирование права — это не произвольный процесс, а результат объективной диалектики развития общества. Н.И. Матузов по этому поводу замечает: «Под системой права понимается определенная внутренняя его структура (строение, организация), которая складывается объективно как отражение реально существующих и развивающихся общественных отношений. Она не результат произвольного усмотрения законодателя, а своего рода слепок с действительности. Фактический социальный строй общества, государства определяет, в конечном счете, ту или иную систему права, его отрасли, институты, другие подразделения. Система права показывает, из каких частей, элементов состоит право и как они соотносятся между собой»².

Примечательно и такое высказывание ученого: «Структура права — это юридическое выражение структуры данного общества»³.

Таким образом, если структура российского общества (и этого никак нельзя отрицать) включает в себя корпоративные объединения граждан, то и структура российского права содержит в качестве составного элемента корпоративные нормы, институты и отрасли. Направленность формирующихся либо уже функционирующих отраслей корпоративного права «задают» соответст-

¹ См.: Матузов Н.И. Теория государства и права: Учебник для вузов. — 2-е изд., испр. и доп. — М., 2000. — С. 250.

² Там же. — С. 308.

³ Там же. — С. 308.

вующие отрасли законодательства. Корпоративные нормы по принципу «веера» продлевают и расширяют узконаправленное проникновение законодательных норм в социальное пространство. Тем самым обеспечивается максимально широкий регулятивный охват правом всей системы социальных отношений.

«Отношения, в которые вступают люди, объединения граждан, государство и общество, — указывает В.М. Сырых, — находятся между собой в тесной взаимосвязи, образуя единое целое. Соответственно и право, отражая, опосредуя общественные отношения, их устойчивые признаки, свойства, представляет собой целостное образование, систему. Все ее элементы — нормы права — находятся в такой же постоянной, устойчивой зависимости, которая характеризует взаимодействие регулируемых ими общественных отношений»¹.

Если система общественных отношений это одно целое, а система права — другое, то между ними должна иметься не просто связь, а взаимозависимая релевантность (подобие, соответствие). В связи с формированием и развитием новых общественных отношений структура общества объективно расширяется, что с неизбежностью требует адекватного и своевременного правового регулирования уже на том основании, чтобы вовремя предотвратить возможные негативные сценарии и последствия такого расширения.

Однако прямым государственным нормотворчеством «успеть» за генерацией и динамикой общественных отношений сегодня фактически невозможно. Один из путей выхода из такой ситуации — делегирование нормотворческих полномочий корпорациям с возможностью контроля за их реализацией государством.

«Некоторым общественным организациям, — отмечает Н.И. Матузов, — государством делегировано право издавать отдельные нормативно-правовые акты, например профсоюзным, кооперативным, хозяйственным, коммерческим и др. В этом случае создаваемые ими нормы опираются уже на принудительную силу государственной власти, за их нарушение могут последовать юридические санкции. Немало подобных норм содержится в уставах конкретных кооперативов. Нередко эти уставы просто дублируют нормы соответствующих ведомственных инструкций и поэтому мало чем отличаются от правовых, за исключением сугубо внутриорганизационных»².

В этом же ключе высказывается и В.М. Сырых, который указывает, что «Во-первых, правотворческая деятельность негосударственных организаций всегда осуществляется с согласия, с санкции государства. Оно добровольно передает часть своих нормотворческих правомочий негосударственным организациям, тогда как последние не могут предоставить сами себе этого права. Во-вторых, нормотворческая деятельность негосударственных организаций осуществляется под контролем государства и все нормативно-правовые акты, противоречащие законам, иным правовым актам, государство отменяет, признает их недействующими. В-третьих, *нормативно-правовые акты*, принятые негосударственными организациями с санкции государства, охраняются и защищаются органами государства наравне с нормативно-правовыми актами и в том же порядке»³.

Основным субъектом корпоративного нормотворчества выступают корпорации, место которых в правовом пространстве неуклонно расширяется. Соответственно этому растет и регулятивная роль корпоративных норм, что во многом определяется потребностями правовой регламентации создания, функционирования и прекращения действия многообразных форм корпораций. Таким образом, от того, какое место занимает феномен «корпорация» в структуре общества, во многом зависит и то, какое место занимают корпоративные нормы в системе российского права.

На наш взгляд, *сущность корпорации, во-первых, предопределяется потребностью эффективного управления в целях достижения единых для всех членов объединения целей.*

Во-вторых, корпорация обретает соответствующий статус при наличии управляющего звена. Так, в Письме ЦБР от 13 сентября 2005 года № 119-Т «О современных подходах к организации корпоративного управления в кредитных организациях»⁴ указано: «1. Под корпоративным управлением понимается общее руководство деятельностью кредитной организации, осуществляемое ее общим собранием участников (акционеров), советом директоров (наблюдательным советом) и включающее комплекс их отношений (как регламентированных внутренними документами, так и неформализованных) с единоличным исполнительным органом, коллегиальным исполнительным органом кредитной организации и иными заинтересованными лицами».

В наиболее общем плане корпорация — это действительно объединение отдельных членов общества либо целых коллективов, но не только *на добровольной основе, но и на основе преемственности преследуемых целей.* Среди наиболее крупных социальных образований, строго следующих принципам преемственности своих целей, выступают такие социальные институты, как церковь и политические партии.

¹ Сырых В.М. Теория государства и права. — М., 2001. — С. 90—91.

² Матузов Н.И. Теория государства и права: Учебник / Н.И. Матузов, А.В. Малько. — М., 2001. — С. 233.

³ Сырых В.М. Теория государства и права. — М., 2001. — С. 101—102.

⁴ Вестник Банка России. — 2005. — 22 сентября.

Через институт церкви формируется и организуется система мировоззрения человека, определяется его понимание мироздания.

В тоже время действующая в России законодательная база по вопросам регулирования религиозных отношений имеет отдельные недостатки. Так, статья 6 Федерального закона от 26 сентября 1997 года № 125-ФЗ «О свободе совести и о религиозных объединениях»¹ определяет, что «1. Религиозным объединением в Российской Федерации признается добровольное объединение граждан Российской Федерации, иных лиц, постоянно и на законных основаниях проживающих на территории Российской Федерации, образованное в целях совместного исповедания и распространения веры и обладающее соответствующими этой цели признаками:

- вероисповедание;
- совершение богослужений, других религиозных обрядов и церемоний;
- обучение религии и религиозное воспитание своих последователей.

2. Религиозные объединения могут создаваться в форме религиозных групп и религиозных организаций».

Между тем в нормах действующего законодательства отсутствуют определения таких базовых понятий, как «религия», «вероучение», «совместное исповедание и распространение веры».

Статья 15 Федерального закона от 26 сентября 1997 года № 125-ФЗ «О свободе совести и о религиозных объединениях»² фиксирует наличие внутренних установлений религиозных организаций: «1. Религиозные организации действуют в соответствии со своими внутренними установлениями, если они не противоречат законодательству Российской Федерации, и обладают правоспособностью, предусмотриваемой в их уставах.

2. Государство уважает внутренние установления религиозных организаций, если указанные установления не противоречат законодательству Российской Федерации».

На наш взгляд, и здесь допущена ошибка, которая состоит в том, что смешиваются понятия религия и религиозность. При этом между данными понятиями логично (во всяком случае, как правило) находится институт церкви.

Если первое отражает направление вероисповедания, заключающееся в особом мировоззрении, в котором есть высшая идея и роль творца всего сущего (либо без такового) и месте человека в этом мироздании, то второе — это отражение отношения к религии, ее восприятие. Формированием позитивного отношения к конкретному религиозному направлению занимаемся церковь.

Так же как и государство, религия прошла эволюционный путь формирования и становления основных направлений и ответвлений. В обществе предпринимаются многочисленные попытки создания новых, «нетрадиционных» вероучений, что вполне закономерно.

Однако и у традиционных, и вновь создаваемых религиозных объединений есть общий признак — преемственность в реализации религиозных норм. Речь в данном случае идет о том, что религиозные нормы обращены ко всем людям вне зависимости от их индивидуальных устремлений, привычек, потребностей. Религия задает равный масштаб для всех и объединяет своих приверженцев на основе общих для них и по отношению к ним высших (божественных) религиозных аксиом, постулатов, ценностей, объектов поклонения, ритуалов, норм поведения, сплачивает их в единую общность. Реализуя эти функции не только на уровне индивидуального, но и коллективного сознания, религия и церковь тем самым выступают одной из форм организации социума.

Есть примеры и в настоящее время, когда религия занимает главенствующее политическое место в государстве. Но государственная религия вряд ли может быть признана основой добровольного объединения людей. В таких условиях ни о каком волеизъявлении, свободе выбора для объединения с другими людьми говорить не приходится.

Но даже если обратиться к примерам тех стран, где религия отделена от государства, мы обнаруживаем, что каждый раз речь идет об объединении людей вокруг одной (ряда) высшей (идущей от Бога) идеи. По сути, происходит «подключение», приобщение к одной Всевышней истине, а не объединение людей с различными идеями.

Люди объединяются в поиске ответов на свои вопросы, однако получаемые ответы, что вполне очевидно, и служат средством единения, ибо таковые практически унифицированы. Религия дает ответы на так называемые вечные и при этом общие для всех людей вопросы. И эти вопросы переходят сквозь эпохи и через поколения. Нельзя же каждый раз религиозные каноны перестраивать под интересы отдельного человека. В религии вопрос о человеческих интересах не ставится. Человек не вправе что-либо менять в канонах религии, он обязан следовать им, поклоняться, не подвергать сомнению.

Таким образом, следует заключить, что религиозные образования относятся к числу специфических социальных объединений, образуют самостоятельную форму социальной организации, в основе

¹ Собрание законодательства РФ. — 1997. — № 39. — Ст. 4465.

² Собрание законодательства РФ. — 1997. — № 39. — Ст. 4465.

которой надволевой единый и преемственный для всех религий мировоззренческий подход — вера в истинность божественного (внечеловеческого, сверхъестественного) происхождения бытия.

Признак преемственности и единства интересов присущ и такому социальному институту, как политическая партия.

Политическая партия также выражает интересы определенной социальной группы, но только в пределах всего государственного пространства.

Политические партии — особый вид общественных объединений. Деятельность политических партий непосредственно связана с организацией и функционированием публичной (политической) власти, они включены в процесс властных отношений и в то же время, будучи добровольными объединениями в рамках гражданского общества, выступают в качестве необходимого института представительной демократии, обеспечивающего участие граждан в политической жизни общества, политическое взаимодействие гражданского общества и государства, целостность и устойчивость политической системы.

Как отмечено в постановлении Конституционного Суда РФ от 1 февраля 2005 года № 1-П «По делу о проверке конституционности абзацев второго и третьего пункта 2 статьи 3 и пункта 6 статьи 47 Федерального закона «О политических партиях» в связи с жалобой общественно-политической организации «Балтийская республиканская партия»¹: «Федеральный закон «О политических партиях», гарантируя право на объединение в политической партии (статья 2), предусматривает, что политическая партия создается в целях участия граждан Российской Федерации в политической жизни общества посредством формирования и выражения их политической воли, участия в общественных и политических акциях, в выборах и референдумах, а также в целях представления интересов граждан в органах государственной власти и органах местного самоуправления (пункт 1 статьи 3). По смыслу названного Федерального закона, *политические партии создаются для обеспечения участия граждан в политической жизни всей Российской Федерации*, а не только ее отдельной части, они призваны формировать политическую волю многонационального российского народа как целого, *выражать прежде всего общенациональные интересы*, цели их деятельности не должны ассоциироваться исключительно с интересами отдельных регионов. В то же время, осуществляя свою деятельность непосредственно в регионах, политические партии должны обеспечивать сочетание общенациональных и региональных интересов».

И вот здесь (имея в виду цель партии — отражение общенациональных интересов) обнаруживается основная дилемма, которая при удачном разрешении обеспечивает достижение партией главной цели — политической власти. Дело в том, что добиться власти можно только в случае охвата максимально большего спектра социальных интересов в масштабе всей страны. С другой стороны, такой охват неизбежно приводит к обобщениям и декларациям, что чревато отторжением в общественном сознании данной партии. Нахождение и сохранение баланса частного, детального и общего, неконкретного — достаточно сложная и постоянно меняющаяся задача, на решение которой уходят основные ресурсы партии. Во многом именно по этой причине количество реально действующих партий незначительно.

Достижение партией поставленной цели и реализация интересов происходят путем обретения власти и последующего использования государства как инструмента регулирования общественной жизни. В этой связи использование государства, например победившей на выборах партией, должно быть ориентировано на интересы всего общества.

Если для одних слоев населения партийная политика воспринимается положительно, то для других она во многом будет насильственной. Иными словами, партия получает возможность использования методов принуждения, что в корне меняет отношение к партии как объединяющей структуре. Отсюда следующий нюанс, который характерен и для церкви, и для партии как социальных институтов — это безальтернативность их основных, базовых устоев, преобладающая априорность и бескомпромиссность постулатов, аксиоматичность принципов и норм поведения. Этим обеспечивается стабильность и преемственность развития данных институтов, длительная эволюционная практика функционирования, наличие устойчивого социального интереса и количества сторонников.

Другое не менее важное свойство данных институтов — наличие общенациональной идеологической платформы — совокупности взглядов и представлений о прошлом, настоящем и будущем развитии общества, оценок основных угроз и препятствий для цивилизованного в окружающем мире развития в целом народа (нации).

В психологическом ракурсе оцениваемая в общественном сознании функциональность данных институтов характеризуется экстраверсией. Эти институты нацелены преимущественно на внешнюю организацию социальных групп. Вся внутренняя организация подчинена решению задач по внешнему воздействию на общество.

Важно обратить внимание и на то, что отмеченные институты организованы на деятельность в условиях не просто конкуренции, а порой и антагонистической борьбы. Но опять же это борьба в обще-

¹ Собрание законодательства РФ. — 2005. — № 6. — Ст. 491.

социальном масштабе, перевод которой по аналогии на микроуровень дестабилизирует в конечном итоге все общество.

Попытки искусственного внедрения и использования на микроуровне социальной инфраструктуры аналогичных (по примеру политических партий и церкви) подходов к самоорганизации оборачивается многообразными формами религиозного сектантства, маргинальной кружковщины и окультизмом, идеологическим андеграундом.

В России еще двадцать лет назад интегральным, объединяющим механизмом, цементирующим все проявления в правовой среде преемственности, служила коммунистическая идеология во главе с одной общегосударственной партийной организацией — КПСС.

В настоящее время корпоративное право не противостоит праву государственному, а является наряду с ним открытой легальной частью в целом российского права. Неверно считать, что признание правовой природы корпоративного права размывает границы вообще права, стирает грани между социальными и правовыми нормами, открывает отличные от права альтернативы социальной регуляции.

Подобный вывод возможен только в случае противостояния или конкуренции норм позитивного и корпоративного права, подмены одного другим. Однако такое противоречие немыслимо по той причине, что корпоративное право носит преемственный, «подчиненный» по отношению к позитивному праву характер.

А.И. Парог

Парог Алексей Иванович — доктор юридических наук, профессор, заслуженный деятель науки Российской Федерации, почетный юрист г. Москвы, заведующий кафедрой уголовного права Московской государственной юридической академии имени О.Е. Кутафина

Разработка концепции Уголовного кодекса РФ: проблемы преемственности

В современной российской правовой действительности для обозначения основных направлений развития используются различные термины: *целевая Программа «Развитие судебной системы России на 2007—2011 гг.»*; *Национальный план противодействия коррупции*, утвержденный Президентом РФ; *Концепция национальной безопасности*; *Концепция административной реформы в Российской Федерации в 2006—2010 годах*; *Концепция развития уголовно-исполнительной системы Российской Федерации до 2020 года*; *Концепция стратегических направлений развития законодательства Российской Федерации в области противодействия коррупции и борьбы с ней*; *Государственная концепция противодействия коррупции и теневой экономике*. Как видно, наиболее часто применяемым является термин «концепция».

В юридической литературе нередко высказываются суждения о концептуальной ущербности Уголовного кодекса РФ, особенно в связи с многочисленными вносимыми в него изменениями. Так, С.Г. Келина, проанализировав изменения, внесенные в УК Федеральным законом от 8 декабря 2003 года, пришла к выводу, что «у законодателя отсутствует какая-либо концепция относительно характера уголовной политики в России»¹. По мнению А.И. Коробеева, УК РФ из первоначально цельного и системного акта «превратился в некое подобие лоскутного одеяла, наполнился внутренними противоречиями»², поэтому «приходится констатировать, что единой, четко сформулированной, закрепленной в нормативном акте и принятой на соответствующем уровне концепции уголовной политики государства в России сегодня нет»³.

О концептуальном подходе к различным уголовно-правовым проблемам пишут многие авторы⁴. Большинство из них отмечают серьезные нарушения принципа системности уголовного законодательства и вполне обоснованно высказывают убеждение, что «в доктринальной сфере уголовное право должно обосновать практическую необходимость в разработке концепции развития уголовной политики государства, уголовного законодательства, нацеленных на создание упреждающей (не путать с неотвратимой) системы уголовно-правовой защиты прав, свобод и законных интересов человека в условиях модернистских процессов, происходящих в обществе»⁵.

Некоторые ученые предлагают свои концептуальные решения по совершенствованию уголовного закона.

Например, Н.П. Мелешко предлагает не редактировать действующий УК РФ, а принять концептуально новый уголовный кодекс, концепцию которого он понимает как объединение уголовно-правовых и административно-правовых норм, регламентирующих ответственность как физических, так и юридических лиц⁶.

¹ Келина С.Г. 10 лет Уголовному кодексу Российской Федерации // Российский ежегодник уголовного права. — 2006. — 2007. — № 1. — С. 18.

² Коробеев А.И. Уголовное право России: от генезиса до кризиса // Уголовное право: истоки, реалии, переход к устойчивому развитию: Материалы VI Российского конгресса уголовного права. — М., 2011. — С. 447.

³ Там же. — С. 446.

⁴ См., например: Злобин Г.А. О необходимости концептуального подхода к совершенствованию уголовного законодательства // Конституция СССР и дальнейшее укрепление законности и правопорядка. — М., 1979; Стецовский Ю.И. Концепция судебной реформы и проблемы конституционной законности в уголовном судопроизводстве // Государство и право. — 1993. — № 9; Брагин А.И. Концептуальные проблемы формирования системы противодействия экономической преступности в условиях рациональной концентрации промышленности и капитала // Российский ежегодник уголовного права. — 2006. — № 1. — СПб., 2007; Баумштейн А.Б. Концептуальное единство уголовного закона и поправки-«заплатки» // Уголовное право: истоки, реалии, переход к устойчивому развитию: Материалы VI Российского конгресса уголовного права. — М., 2011.

⁵ Козаченко И.Я. Инновационное безволие уголовного закона / И.Я. Козаченко, Е.Б. Козаченко // Уголовное право: истоки, реалии, переход к устойчивому развитию: Материалы VI Российского конгресса уголовного права. — М., 2011. — С. 440.

⁶ См.: Мелешко Н.П. Какой нам нужен уголовный кодекс? // Уголовное право: истоки, реалии, переход к устойчивому развитию: Материалы VI Российского конгресса уголовного права. — М., 2011. — С. 448—451.

В.Б. Малинин в статье, озаглавленной «Концепция уголовного законодательства Российской Федерации», предлагает, по его словам, новую в целом концепцию уголовного законодательства, которое должно состоять из трех частей: Уголовного кодекса, Уголовно-правового словаря и Свода уголовно-практических узаконений. В этой концепции предусматривается упразднение части 2 статьи 14 действующего УК РФ; новая (правда, только по форме) категоризация преступлений; дефиниция единого (в том числе длящегося и продолжаемого) преступления; глава «Состав преступления» с определениями каждого из элементов состава преступления; исключение медицинского критерия невменяемости; детализация форм вины, в частности определение неопределенного умысла и смешанной формы вины как соединения в одном составе двух различных форм вины к двум различным последствиям; выделение пяти стадий совершения преступлений, в том числе одной ненаказуемой (умысел на преступление) и одной ограниченно наказуемой (приготовление); определение уголовной ответственности; реформа системы наказаний и т. д.¹

Ознакомление с проектами подобных «концептуальных» решений свидетельствует о том, что в уголовно-правовой науке нет ясности о том, что представляет собой концепция закона, что входит в объем этого понятия². Некоторыми учеными концепция понимается как совокупность общих вопросов правовой теории, принципов права³, как надлежащим образом организованный научный материал, имеющий «плодотворную научную ориентацию и перспективу»⁴, как «систему взглядов на государство и право»⁵.

Словарь иностранных слов характеризует содержание термина «концепция» как определенный способ понимания, трактовки какого-либо предмета, явления, процесса, основную точку зрения на предмет или явление, руководящую идею для их систематического освещения⁶. В юридических и социологических словарях данное понятие обычно опускается. На основе семантического смысла необходимо «детально раскрыть понятие уголовно-политической концепции, основные элементы ее содержания, показать значение концептуальных основ уголовного права в системе законодательства в области борьбы с преступностью»⁷. Применительно к уголовному закону его концепция, как представляется, обладает следующими чертами.

Во-первых, она является воплощением государственной уголовно-правовой политики, нацеленной на защиту интересов личности, общества и государства.

Во-вторых, она представляет идею сбалансированной целостной системы логически связанных институтов уголовного права, обслуживающих его основные категории (преступление, ответственность, наказание).

В-третьих, ей присущ признак незыблемости, а все вносимые в закон изменения должны гармонично вписываться в рамки концепции.

Суммируя названные черты, концепцию уголовного закона можно определить как *его идеологическую основу, воплощающую государственную уголовно-правовую политику, представляющую по своему содержанию систему идей об отношениях между личностью и государством, о задачах и функциях уголовного закона, основных уголовно-правовых категориях и обслуживающих их институтов.*

К числу концептуальных положений Уголовного кодекса РФ можно отнести, в частности, следующие: полная кодификация уголовного законодательства; преступление как единственное основание для применения наказания и иных мер уголовно-правового характера; приоритет норм Общей части перед нормами Особенной части УК; ограниченная ответственность за неосторожность; ограниченная наказуемость неоконченного преступления; построение системы наказаний по принципу возрастающей степени тяжести; снисходительное отношение к несовершеннолетним.

¹ См.: Малинин В.Б. Концепция уголовного законодательства Российской Федерации // Научные основы уголовного права и процессы глобализации: Материалы V Российского конгресса уголовного права. — М., 2010. — С. 735—740.

² См.: Это отмечала еще полтора десятилетия назад Т.Г. Понятовская, по словам которой «широкое использование данного термина в наши дни не означает, что авторы наполняют его определенным, однозначным содержанием» (Понятовская Т.Г. Концептуальные основы системы понятий и институтов уголовного и уголовно-процессуального права. — Ижевск, 1996. — С. 5).

³ См.: Бельский К.С. О концепции реформы государственной службы в России // Государство и право. — 1994. — № 4. — С. 25.

⁴ Алексеев С.С. Теория права. — М., 1994. — С. 2—28.

⁵ Понятовская Т.Г. Концептуальные основы системы понятий и институтов уголовного и уголовно-процессуального права. — Ижевск, 1996. — С. 24.

⁶ Это определение буквально повторено в энциклопедических словарях советской поры (Философский энциклопедический словарь. — М., 1983. — С. 278; Советский энциклопедический словарь. — М., 1988. — С. 625), но исчезло из Новейшего энциклопедического словаря, изданного в Москве в 2006 г.

⁷ Понятовская Т.Г. Концептуальные основы уголовного права России: история и современность. — Ижевск, 1994. — С. 5.

Не имея возможности в ограниченных рамках доклада коснуться всех или даже большинства концептуальных положений УК РФ, можно остановиться лишь на некоторых из них, которые серьезно «покачнулись» в процессе реализации Уголовного кодекса РФ.

1. Перестало быть истинным положение о том, что «уголовное законодательство Российской Федерации состоит из настоящего Кодекса», поскольку вне его появились нормы уголовно-правового содержания. Так, статья 22 Федерального закона от 26 марта 2006 года «О противодействии терроризму» объявляет правомерными лишение жизни лица, совершающего террористический акт, а также причинение вреда здоровью или имуществу такого лица либо охраняемым законом интересам личности, общества или государства при пресечении террористического акта либо осуществлении антитеррористических мероприятий. В этой норме закреплено самостоятельное обстоятельство, исключающее преступность деяния, не предусмотренное главой 8 УК РФ. Поэтому следует согласиться с мнением, что утверждение о полной кодификации уголовного законодательства не имеет под собой достаточных оснований¹.

2. От концептуального положения об ограниченной ответственности за неосторожность законодатель отказался уже через полтора года после вступления в силу УК РФ, изменив редакцию части 2 статьи 24 УК РФ (Федеральный закон от 25 июня 1998 г. № 92-ФЗ) и вернувшись к преступлениям с альтернативной формой вины. Еще дальше от данного концептуального положения законодатель отошел, предусмотрев максимально строгое наказание (пожизненное лишение свободы) за террористический акт, повлекший *по неосторожности* смерть человека (Федеральный закон от 21 июля 2004 г. № 74-ФЗ); правда, позже эта новелла была исключена из закона.

3. Не осталось неизменным и концептуальное положение о приоритете норм Общей части перед нормами Особенной части УК.

Так, фундаментальное установление относительно пожизненного лишения свободы как альтернативы смертной казни Федеральным законом от 21 июля 2004 года № 74-ФЗ было изменено, и названная мера наказания была распространена на особо тяжкие преступления, посягающие не только на жизнь, но и на общественную безопасность. Соответственно пожизненное лишение свободы было включено в санкцию нормы о террористическом акте.

Федеральным законом от 30 декабря 2008 года № 321-ФЗ умышленное причинение смерти было включено в качестве особо квалифицирующего признака в составы теракта, захвата заложника и диверсии. Оставляя без оценки нравственную сторону законодательной оценки убийства как квалифицирующего обстоятельства в составах менее опасных преступлений, необходимо отметить, что его включение в состав диверсии не основано на положениях части 1 статьи 57 УК, следовательно, санкция части 3 статьи 281 УК противоречит норме его Общей части.

Федеральным законом от 4 мая 2011 года № 97-ФЗ явно вопреки нормам Общей части УК РФ криминализировано обещание или предложение посредничества во взяточничестве. Во-первых, часть 2 статьи 29 УК неоконченным преступлением признает только приготовление и покушение, но не обнаружение умысла. Во-вторых, если даже предложение посредничества признать приготовлением, то при отсутствии квалифицирующих обстоятельств оно не подлежит наказанию, поскольку реальное осуществление посредничества, предусмотренного частью 1 статьи 291¹ УК, относится к преступлениям средней тяжести, приготовление к которым ненаказуемо в силу части 2 статьи 30 УК РФ. В-третьих, пенализация посредничества грубо нарушает принцип соответствия наказания характеру и степени общественной опасности деяния, поскольку обещание или предложение посредничества не могут наказываться строже (до 7 лет лишения свободы), чем реальное его осуществление (ч. 1 ст. 291¹ УК — до 5 лет лишения свободы).

4. Принципиальная позиция российского законодателя о снисходительном отношении к преступлениям несовершеннолетних в процессе реализации Уголовного кодекса претерпела странные изменения.

Норма, позволяющая суду применить повторное условное осуждение несовершеннолетнему, совершившему новое преступление в течение испытательного срока за предыдущее (ч. 6² ст. 88 УК), с момента принятия стала фикцией. Дело в том, что теоретически возможное при условном осуждении наказание в виде исправительных работ к несовершеннолетним по ряду число прагматических причин к несовершеннолетним практически не применяется. А лишение несовершеннолетнего свободы «суд вправе назначить только в случае признания *невозможности его исправления без изоляции от общества, с приведением мотивов принятого решения*»². Следовательно, для применения к несовершен-

¹ См.: Козаченко И.Я. Инновационное безволие уголовного закона / И.Я. Козаченко, Е.Б. Козаченко // Уголовное право: истоки, реалии, переход к устойчивому развитию: Материалы VI Российского конгресса уголовного права. — М., 2011. — С. 441.

² Пункт 17 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 1 февраля 2011 года № 1 «О судебной практике применения законодательства, регламентирующего особенности уголовной ответственности и наказания несовершеннолетних» // БВС РФ. — 2011. — № 2.

нолетнему условного осуждения суд должен сначала обосновать назначение лишения свободы *невозможностью* его исправления, а условное неприведение приговора в исполнение — *возможностью* исправления без изоляции от общества. Этот парадокс делает весьма проблематичным применение части 6² статьи 88 УК.

Положение о снисходительном отношении к несовершеннолетним было опровергнуто и Федеральным законом № 162-ФЗ от 8 декабря 2003 года, которым условно-досрочное освобождение взрослых (ч. 1 ст. 79 УК) стало обязательным, а применительно к несовершеннолетним осталось факультативным (ч. 1 ст. 93 УК).

Привилегированное положение несовершеннолетнего было серьезно подорвано законом от 28 декабря 2010 года № 427-ФЗ, предоставившим суду возможность продления срока содержания несовершеннолетнего, освобожденного от наказания, в специальном учебно-воспитательном учреждении закрытого типа (ч. 4 ст. 92 УК), условия содержания в которых практически не отличаются от условия отбывания лишения свободы в воспитательных колониях¹.

Краткий обзор некоторых концептуальных положений УК РФ позволяет утверждать, что в результате внесения в него многочисленных изменений его уголовно-правовая концепция была серьезно деформирована, нарушены принципы преемственности. Все это тормозит дальнейшее развитие уголовного законодательства.

¹ См., например: *Поводова Е.В.* Проблемы теории и правового регулирования принудительных мер воспитательного воздействия. — Владимир, 2005.

А.А. Ротков

Ротков Андрей Андреевич — старший следователь следственного отдела по Советскому району г. Нижнего Новгорода Следственного управления Следственного комитета России по Нижегородской области

Эволюция правовой основы функционирования рынка ценных бумаг в США

Фондовые рынки США, с одной стороны, являются самыми свободными с точки зрения инноваций, а с другой — самыми регулируемыми рынками в мире.

До 1933 года правительство США мало беспокоилось по поводу отсутствия законодательства о ценных бумагах. Деятельность фондовых бирж регулировалась правилами самих бирж, а также уголовными и гражданскими законодательствами штатов. Особое значение имели относящиеся к фондовому рынку законы и решения судов штата Нью-Йорк, так как именно на его территории располагались две крупнейшие фондовые биржи страны. Считалось, что контроль за этими рынками не находится под юрисдикцией правительства США. Однако резкое падение курсов акций в период с 1929 по 1933 год вызвало возмущение в обществе, потребовавшем широкомасштабного расследования деятельности бирж, по результатам которого были разработаны и приняты два важнейших закона, действующих с небольшими изменениями до настоящего времени: Securities Act of 1933 (Закон о ценных бумагах 1933 г.) и Securities Exchange Act of 1934 (Закон об обращении ценных бумаг 1934 г.).

Помимо федерального законодательства обращение ценных бумаг регламентируют законы отдельных штатов и положения, издаваемые биржами и Комиссией по ценным бумагам и биржам (Securities and Exchange Commission, SEC).

В соответствии с указанными законами эмитент обязан зарегистрировать публично размещаемые ценные бумаги в Комиссии по ценным бумагам и биржам (SEC). Для этого необходимо подать заявление на регистрацию. Эмитент может сам подготовить заявление, но в деловой практике США обычной является помощь инвестиционной компании. Сведения, содержащиеся в регистрационном заявлении, можно подразделить на следующие четыре группы: сведения об эмитенте, включая финансово-отчетную документацию; сведения о способе размещения ценных бумаг и его целях; информация о выпускаемых ценных бумагах; данные, представленные различными документами и приложениями, такие как копия устава, внутреннего регламента, заключение юриста о законности эмиссии.

После подачи заявления на регистрацию начинается период в течение которого SEC осуществляет проверку заявления. Эмитент и гарант размещения выпускают предварительный вариант проспекта эмиссии (red herring — «копченую селедку»), подготовленный на основе сведений, содержащихся в заявлении на регистрацию, и рассылают его перспективным покупателям. В этом документе содержится подробная финансовая информация о новом выпуске¹, содержащая основную часть сведений, отраженных в регистрационном заявлении. Основными положениями являются: организационная и финансовая структуры и характер деятельности; характеристика ценных бумаг, выпускаемых в обращение: сроки и условия, права, привилегии; предполагаемые условия публичного предложения ценных бумаг и фактические условия публичного и иного предложения за последние три года; список директоров, должностных лиц, гарантов размещения и держателей ценных бумаг эмитента; их должностные оклады и их доля в общем объеме выпусков эмитента, а также их приносящие прибыль контракты с эмитентом; соглашения о бонусе и участие в прибылях; контракты на управление и оказание услуг; уже существующие или предполагаемые опционы в отношении ценных бумаг для персонала; балансы за последние три финансовых года, заверенные независимыми дипломированными бухгалтерами; отчеты о прибылях и убытках за последние три финансовых года, заверенные независимыми дипломированными бухгалтерами; все другие финансовые отчеты, требуемые комиссией; копии устава, внутренних правил деятельности корпорации, контрактов между держателями ценных бумаг и их эмитентов, соглашений о гарантировании выпусков, и других документов (по требованию комиссии)².

Для опытных эмитентов, ценные бумаги которых уже давно и хорошо известны на рынке, SEC делает исключения из правил: период регистрации может быть сокращен до 1-2 дней, а в некоторых случаях, на основании Правила 415, Комиссия позволяет эмитенту зарегистрировать новый выпуск задолго (более чем за 90 дней) до его предполагаемого размещения и ожидать наиболее благоприятных

¹ Securities Act of 1933, sec. 8(a), 10. Securities Exchange Act 1934, sec. 17 (a, b).

² Securities Exchange Act of 1934, sec. 17; Securities Act of 1933, sec. 6d, 7, 10.

условий на фондовом рынке для начала продажи. Как только на рынке образуется благоприятное «окно», эмитент немедленно передает заранее зарегистрированный выпуск инвестиционным банкам, которые уже готовы начать продажу ценных бумаг инвесторам.

Эмитенты зарегистрированных ценных бумаг обязуются предоставлять ежегодные отчеты и постоянно обновлять информацию, содержащуюся в регистрационных документах. Периодические отчеты эмитента хранятся в главном офисе комиссии и ее региональных отделениях, где с ними могут ознакомиться все желающие.

Согласно Закону «О ценных бумагах» эмитент обязан помимо регистрации самой эмиссии регистрировать каждую сделку, имеющую место между ним и покупателем ценных бумаг, однако указанное требование действует только в период первичного размещения и не применяется к сделкам, заключаемым на вторичном рынке.

Размещением ценных бумаг (за исключением облигаций федерального правительства) занимаются помимо самих эмитентов (что случается достаточно редко) инвестиционные банки, проводящие для этого подписку среди клиентов. Со всеми, кто направил письма с выражением заинтересованности в покупке бумаг, связываются непосредственно распространители и предлагают представить свои заказы. Всем потенциальным инвесторам рассылается окончательный проспект эмиссии.

Зачастую корпорации включают свои акции в курсовой бюллетень одной из фондовых бирж США. Включение в курсовой бюллетень представляет процедуру, в соответствии с которой компания подает заявку и получает право на котировку своих акций при биржевой торговле. До утверждения эмиссии компания должна выполнить определенные нормы, установленные биржей и дать согласие на соблюдение принятых обязательств и условий в последующие годы.

Корпорации включают свои акции в котировочный лист по нескольким причинам. Во-первых, включение ценной бумаги в котировочный лист влечет ее большую ликвидность. Во-вторых, это приводит к меньшим финансовым издержкам, когда в будущем будет привлекаться дополнительный капитал. В-третьих, компания получает определенную известность и рекламу от самого факта котировки ее ценных бумаг. Четвертая причина — желание привлечь акционеров, многие из которых больше доверяют бумагам, котирующимся на бирже. Наконец, включение акций в котировочный список помогает установлению справедливой цены акций компании.

Требования, предъявляемые к компаниям крупными биржами, довольно жесткие. Так, на Нью-Йоркской фондовой бирже (NYSE), крупнейшей в США, были установлены следующие минимальные требования, которым должна соответствовать любая корпорация, желающая включить свои акции в курсовой бюллетень:

1. Компания должна продемонстрировать свою прибыль за последние три года. Прибыль не может быть меньше 2,5 млн долларов за последний год и двух миллионов долларов в каждом из предыдущих; либо совокупная прибыль за последние три финансовых года составляет не менее 6,5 млн долларов, причем за последний год прибыль не может быть менее 4,5 млн долларов.

2. Рыночная стоимость размещаемых акций компаний должна составлять от 9 млн до 18 млн долларов. Причем, нижняя граница должна оставаться неизменной при всех обстоятельствах. Верхняя граница может изменяться пропорционально падению цен на рынке. Если индекс снизился на 6%, то пороговая стоимость должна быть снижена с 18 млн до 16,92 млн долларов.

3. Чистые материальные активы компании не должны быть меньше 18 млн долларов.

4. Минимальное требование к количеству размещаемых акций — 1100 тысяч акций.

5. Ежемесячный объем торговли акциями за последние шесть месяцев не может быть менее 100 тысяч акций.

Совладельцами компании должны быть либо две тысячи владельцев, у каждого из которых не менее ста акций, либо 2 200 акционеров в совокупности.

Каждая корпорация, включающая свои акции в котировочный список, должна соответствовать установленным Комиссией по ценным бумагам и биржам критериям раскрытия важной финансовой информации¹.

Внебиржевой рынок ценных бумаг является первичным рынком для торговли всеми долговыми облигациями США. Несмотря на то, что определенная торговля облигациями корпораций происходит на биржах², почти все крупные сделки совершаются в торговых залах крупнейших дилеров. Торговля эмиссиями правительства и агентств США, муниципальными облигациями и инструментами денежного рынка так же, главным образом, осуществляется вне бирж.

В 1971 году в США была создана компьютеризированная система торговли, организованная Национальной ассоциацией фондовых дилеров (National Association of Securities Dealers) — NASDAQ.

¹ Rosenberg K.N. Stock Market Primer. — New-York, 1987. — P. 28—43.

² Наиболее высокий зарегистрированный средний годовой показатель продаж облигаций в истории Нью-Йоркской фондовой биржи составлял 10,89 млрд долларов (43,1 млн доллара в день,) в 1990 году (NYSE Fast Book, 1991, p.41).

ВЫСТУПЛЕНИЯ НА КРУГЛОМ СТОЛЕ

Используя коммуникационные системы, участники рынка большинства ходовых эмиссий передавали котировки электронным способом для того, чтобы они смогли стать общедоступными.

Система NASDAQ разделяется на две составные части: эмиссии в обычной и эмиссии в Национальной рыночной системе (National Market System — NMS).

NMS является верхним ярусом системы и включает наиболее известные и наиболее ходовые эмиссии. В свое время ее критерии включения в курсовой бюллетень были намного более строгими, по сравнению с обычными эмиссиями NASDAQ. Однако в 1990 году Совет директоров Национальной ассоциации фондовых дилеров внес предложения удвоить обычные требования по внесению в курсовой бюллетень NASDAQ, что могло бы сблизить основные критерии для двух частей этой системы. Эмитент должен отвечать следующим критериям¹.

(а) Чистые материальные активы	—	не менее 12 млн дол.
(б) Чистая прибыль за последний налоговый год	—	1.2 млн долларов
(в) Публичное размещение	—	1 млн акций
(г) Их рыночная стоимость	—	15 млн долларов
(д) Число акционеров	—	800 или 400
(е) Число маркет-мейкеров, деятельность которых не меньше трех лет	—	2

Создатель системы NASDAQ, Национальная ассоциация фондовых дилеров, была образована как саморегулируемый орган для управления внебиржевым рынком в значительной степени аналогично тому, как контролировали собственную деятельность биржи. В 1938 году Конгресс принял поправки к Закону об обращении ценных бумаг 1934 года, путем добавления раздела 15А, Закона Мэлони, который гарантировал создание уполномоченной ассоциации и предоставил ей право вводить в действие правила, препятствующие мошенничеству и спекуляции, получению чрезмерных прибылей и защищающие инвесторов и общественные интересы. Ассоциация получила право дисциплинировать своих членов с использованием таких мер воздействия как порицание, штраф, исключение, а также возможность регулировать членство в организации путем ограничения, если это соответствует ее интересам².

Предоставление недостоверных сведений в Комиссию по ценным бумагам и биржам в регистрационных документах, фальсификации в заявках на включение в котировочный лист, либо в курсовой бюллетень может влечь как дисциплинарную и административную, так и уголовную ответственность для должностных лиц компаний эмитентов и инвестиционных компаний.

Положение Законов 1933 и 1934 годов о полном раскрытии информации не распространяется на некоторые выпуски ценных бумаг. Под действие Securities Act of 1933 не подпадают ценные бумаги, выпущенные федеральным правительством или его учреждениями, муниципальные ценные бумаги; выпуски, предназначенные к частному размещению (то есть без публичного предложения), выпуски, размещенные только в пределах одного штата; корпоративные бумаги со сроком обращения менее 270 дней и некоторые ценные бумаги, предлагаемые транспортными компаниями общего пользования (как правило, доверительные сертификаты на оборудование).

Однако важнейшая черта закона состоит в том, что на все без исключения ценные бумаги распространяются положения, направленные против мошенничества. Следовательно, если продавец распространяет неверную информацию о характеристиках государственных или муниципальных облигаций, он нарушает не только правила биржи, но и закон.

Принудительное применение закона об обращении ценных бумаг и его требований достигается несколькими способами.

Комиссия по ценным бумагам и биржам имеет право применять административные меры по принуждению к исполнению закона и введенных на его основании правил. Среди этих мер следующие:

- 1) Аннулирование или приостановление лицензии биржи.
- 2) Приостановление торговли конкретной ценной бумагой.
- 3) Проведение расследований и слушаний с целью принуждения к выполнению закона.
- 4) Исключение члена биржи, должностного лица или ассоциированного члена биржи либо приостановление членства на бирже.
- 5) Требование произвести организационные изменения по бирже или принять те или иные правила торговли. В случае отказа биржи Комиссия обладает широкими полномочиями на проведение изменений и введение правил своей собственной властью.

б) Предотвращение нарушений закона путем применения судебного приказа должностному лицу биржи о выполнении требования истца. Указанные меры Комиссия по ценным бумагам и биржам

¹ NASD Annual Report. — 1998. — P. 10—12.

² Securities Exchange Act of 1934, sec. 15a; *Teweles R.J. The Stock Market / R.J. Teweles, E.S. Bradley, T.M. Teweles.* — Toronto, 1996. — P. 243.

может применять только к биржам, зарегистрированным ассоциациям и зарегистрированным брокерам и дилерам.

Гражданско-правовым, судебным запретам и уголовному наказанию может быть подвергнуто любое лицо, произведшее операцию с ценными бумагами, вне зависимости от того, работает ли это лицо с ценными бумагами постоянно или нет. Законодательство о ценных бумагах направлено на защиту инвесторов от сообщения недостоверной или неполной информации при эмиссии и продаже фондовых инструментов. Любой обман с целью завладения деньгами, другим имуществом или имущественными правами трактуется как мошенничество.

Закон «Об обращении ценных бумаг» рассматривал как мошенничество сообщение недостоверной информации или умолчание о необходимой для приобретения акций либо облигаций информации; передачу несоответствующей действительности информации с использованием телекоммуникации.

Так, например, Закон о мошенничестве с использованием почты предусматривал наказание для того, кто совершает или намерен совершить любой трюк или махинацию с целью завладения деньгами или собственностью посредством обмана или лживых обещаний и фактов и для осуществления такого трюка помещает их в почтовое отделение или депозитарий либо использует для пересылки и доставки Почтовую службу США.

Если эти действия затрагивали интересы финансового учреждения такое лицо подвергается штрафу размером до одного миллиона долларов или тюремному заключению на срок до 30 лет, или обоим видам наказания¹.

Аналогичное наказание ожидало лицо, совершившее или намеренное совершить махинацию с целью завладения деньгами или собственностью посредством обмана, предоставления лживых обещаний и использующее для осуществления такого трюка или махинации проводную связь, радио, телевизионное вещание для передачи любых записей, знаков, анналов, изображений или звуков².

Как банковское мошенничество оценивались действия того, кто сознательно осуществляет или пытается осуществить трюк или махинацию для обмана финансового учреждения либо для добывания денег, фондов, кредитов, ценных бумаг или другой собственности, которые принадлежат, управляют или находятся в доверительном управлении финансового учреждения, посредством обмана, фальшивых представлений или обещаний³. Кредитно-финансовая система в США охраняется очень строго. Действия, предусмотренные статьей 1344 Раздела 18, наказываются штрафом до 1 млн долларов, либо лишением свободы до 30 лет, или обоим видам наказания.

Законодательство США ввело жесткие требования к бухгалтерскому учету и ведению документации в отношении компаний, осуществляющих эмиссию ценных бумаг. В общих чертах эти положения Закона сводятся к двум основным правилам: компании-эмитенты обязаны вести учетную документацию, в которой достаточно подробно, точно и полно отражаются все операции компании и распределение ее активов⁴; каждая компания, осуществляющая выпуск ценных бумаг, обязана разработать и внедрить систему внутреннего бухгалтерского контроля, обеспечивающую соблюдение следующих требований: а) операции выполняются в соответствии с общими или конкретными распоряжениями администрации компании; б) сведения об операциях фиксируются таким образом, (i) чтобы на основе этих данных можно впоследствии составить финансовые отчеты в соответствии с законом и иными нормативными актами и (ii) чтобы эти сведения обеспечивали постоянный учет активов компании; в) сведения об активах периодически сопоставляются с реально имеющимися активами, позволяющими в случае расхождений принять необходимые меры⁵.

Лица и компании, сознательно действующие в обход системы внутреннего контроля или не создавшие систему внутреннего контроля, или осуществившие фальсификацию бухгалтерской книги, учетного документа или счета, несут уголовную ответственность и наказываются штрафом до 100 тыс. долларов или лишением свободы до пяти лет⁶.

Полагаем, что принятие аналогичных норм в законодательстве России несомненно способствовало бы повышению безопасности инвестирования и уменьшению фактов мошенничества с ценными бумагами. The maximum terms of imprisonment for dangerous operation not causing bodily harm or death and for criminal negligence causing death remain unchanged at five years and life respectively.

¹ US Code, Title 18, st. 1341.

² US Code, Title 18, st. 1343.

³ US Code, Title 18, st. 1344.

⁴ US Code, Title 15, st. 78m(b)(2)(A).

⁵ US Code, Title 15, st. 78m(b)(2)(B).

⁶ US Code, Title 15, st. 78m(b)(5).

М.М. Сальников

*Сальников Михаил Михайлович — заместитель ОУРКМ ОВД
по Мещанскому району г. Москвы*

Становление и развитие института охраны фондового рынка в советском законодательстве

Исследование развития рынка ценных бумаг в историческом аспекте позволяет выделить несколько периодов его формирования. Во-первых, дореволюционный (до 1917 года), во-вторых, советский (с нэпа до начала экономических реформ) и, наконец, современный этап, начавшийся с приватизации государственной собственности.

После февральской революции, 10 марта 1917 года Временное правительство приняло постановление, устраняющее многие из ранее действовавших ограничений на деятельность акционерных компаний и выпуск ими ценных бумаг. Это вызвало бурное развитие акционерной формы хозяйствования и рынка частных фондовых инструментов. До сентября 1917 года, несмотря на неустойчивую политическую обстановку, в России было учреждено свыше 700 акционерных компаний с общим капиталом около двух триллионов рублей, что, соответственно, в два и в четыре раза превышало уровень 1913 года.

Октябрьская революция практически уничтожила рынок ценных бумаг. Декретом Советского правительства уже 23 декабря 1917 года были запрещены все операции с ценными бумагами, а в начале 1918 года были аннулированы государственные займы.

Фондовый рынок невозможно было совместить с системой централизованного государственного управления экономическими процессами, и поэтому потребность в нем, и, следовательно, в его законодательном регулировании, отпала. Исключение составлял короткий период новой экономической политики.

С переходом к нэпу были сняты ограничения на частную предпринимательскую деятельность, появились государственные и смешанные акционерные общества. Для привлечения инвестиций государство прибегало к акционированию предприятий.

В течение десяти лет (с 1921 по 1930 г.) действовали биржи, в фондовых отделах которых допускались сделки по покупке и продаже иностранной валюты и векселей, чеков и иных платежных документов, государственных ценных бумаг, облигаций государственных и кооперативных предприятий¹. Однако рынок ценных бумаг в период нэпа носил весьма ограниченный характер в отличие от дореволюционного. В основном это было связано скорее с распределительным, чем с покупательным и мобилизационным, аспектами рынка ценных бумаг, так как свободная продажа фондовых инструментов отсутствовала. В основном акции распределялись как между различными организациями, так и между владельцами того или иного предприятия.

Первое акционерное общество советского периода появилось 1 февраля 1922 года². Всего в 1922 году было образовано 20 акционерных обществ, а на начало 1925 года их насчитывалось 150.³ Акционирование затронуло и банковскую сферу, в которой помимо Госбанка действовали пять крупных акционерных коммерческих банков, располагавших почти сотней филиалов⁴. Однако к началу 30-х годов практически все акционерные общества были преобразованы в государственные предприятия. С того времени в СССР сохранились две акционерные корпорации — созданный в 1924 году Банк для внешней торговли СССР (Внешэкономбанк СССР), имевший многочисленные филиалы и дочерние учреждения за рубежом, и образованное в 1929 году Всесоюзное акционерное общество «Интурист». Фактически же эти предприятия акционерными являлись лишь формально, ибо их деятельность осуществлялась на тех же принципах, что и деятельность всех других государственных организаций. В период с начала 30-х до середины 80-х годов в СССР было создано только одно акционерное общество — в 1973 году на базе Управления иностранного страхования был организован Ингосстрах СССР⁵.

¹ О валютных операциях и обращении в СССР иностранных ценных бумаг: Постановление ВЦИК и СНК РСФСР // СУ РСФСР. — 1922. — № 16. — Ст. 289; Об отмене ограничений денежного обращения и мерах к развитию вкладной и переводной операции // СУ РСФСР. — 1921. — № 52. — Ст. 301.

² См.: *Серебрякова Л.А.* Рынок ценных бумаг: плюсы и минусы // Финансы СССР. — 1989. — № 6. — С. 7—13.

³ *Колесов Н.* Акции и акционерные общества в новой модели хозяйствования / Н. Колесов, А. Воробьев // Экономические науки. — 1990. — № 2. — С. 24—29.

⁴ См.: *Белоусов А.* Деятельность акционерных банков в 1923—1924 годах // Вестник финансов. — 1925. — № 1. — С. 130—140.

⁵ См.: *Евстигнеев В.* Акции: зачем они нам? // Политическое образование. — 1988. — № 17. — С. 37—65.

Вплоть до середины 80-х годов в СССР не было принято практически никаких нормативных актов, связанных с ценными бумагами, кроме постановлений об отдельных государственных облигационных займах и Положения о простом и переводном векселе. Это положение было утверждено в связи с тем, что в 1936 году СССР присоединился к Женевской конвенции «О единообразном законе “О переводном и простом векселе”». Таким образом, формально провозглашено создание правовой базы для организации вексельного обращения.

Между тем в отдельные периоды государство прибегало к размещению облигаций среди предприятий и населения с целью изыскания ресурсов для финансирования бюджетных расходов. Так, в 1922 году в обращение были выпущены облигации 6%—ного выигрышного государственного займа на сумму в 100 млн рублей. В условиях высокого уровня инфляции облигации государственных займов продавались со значительной скидкой против их номинальной стоимости и обращались в течение коротких периодов времени.

Займы размещались не только для привлечения средств населения, но и для мобилизации ресурсов предприятий и организаций. Так, в середине 20-х годов в СССР выпускался государственный 8%-ный заем, в ценные бумаги которого предприятия обязаны были помещать не менее 60% своих резервных и запасных капиталов¹.

Всего в 20-е годы было выпущено 24 государственных займа. В последующем, вплоть до 1957 года, выпуск займов, размещаемых среди населения, происходил на регулярной основе. В общей сложности с начала 30-х годов по 1957 год было размещено 45 государственных займов². После войны в 1948 году параллельно с денежной реформой была проведена конверсия займов, распространенных среди населения в период с 1936 по 1946 год, в облигации Государственного двухпроцентного займа 1948 года. Параллельно с этим шло размещение новых займов, приобретение которых не сулило населению больших выгод, ибо приносимые ими проценты были достаточно непривлекательными. Если в 20-е годы по облигациям выплачивались от 8 до 12% годовых, то в последующем уровень доходности облигаций, реализуемых по номиналу, составлял 2—4%. Поэтому размещение займов носило фактически принудительный характер, поскольку облигациями нередко выдавалась часть заработной платы, независимо от согласия на то работающих.

В то же время государство жестко защищало свое право на выпуск ценных бумаг. Подделка государственных ценных бумаг рассматривалась как особо опасное преступление против порядка управления и влекло высшую меру социальной защиты — расстрел с конфискацией имущества (ч. 1 ст. 59⁸ УК РСФСР 1926 г.). Подделка чеков квалифицировалась как посягательство на порядок управления и наказывалась лишением свободы на срок не ниже двух лет с конфискацией имущества (ч. 2 ст. 59⁸ УК РСФСР 1926 г.).

Рассматривая выпуск ценных бумаг как прерогативу исключительно государства, законодатель запрещал выпуск учреждениями, предприятиями и общественными организациями всякого рода займов, облигаций и других видов ценных бумаг. В случае нарушения этого запрета руководители таких организаций наказывались лишением свободы на срок до пяти лет (ч. 1 ст. 128-г УК 1926 г.).

Наказанию подвергались также руководители типографий и граверных мастерских за изготовление указанных ценных бумаг (ч. 2 ст. 128-г УК 1926 г.), а также заведующие и кассиры магазинов и других розничных торговых предприятий за прием таких ценных бумаг в оплату (ч. 3 ст. 128-г УК 1926 г.).

Рассматриваемая норма входила в главу пятую «Преступления хозяйственные» и посягала на установленный порядок выпуска и изготовления ценных бумаг.

При анализе указанного состава обращает на себя внимание высокий уровень законодательной техники и четкие, недвусмысленные формулировки. Диспозиция нормы не содержит ссылок на другие законодательные акты, а представляет собой прямой запрет на совершение конкретных действий: выпуск, изготовление и прием в оплату негосударственных ценных бумаг. Наиболее опасным, с позиции законодателя, является выпуск ценных бумаг, что отражается в санкции нормы. Изготовление и прием в оплату ценных бумаг предприятий наказывались лишением свободы на срок до трех лет.

Преступления, предусмотренные в статье 128-г УК РСФСР 1926 года были введены в уголовное законодательство Постановлением ВЦИК и СНК РСФСР «О внесении изменений и дополнений в Уголовный кодекс» от 20 июня 1935 года³, в тот период, когда частное предпринимательство в стране было полностью подавлено, фондовые отделы при товарных биржах прекратили свое существование, государство привлекало средства для своих программ через кредитную эмиссию и принудительное размещение своих долговых обязательств. Конкурировать с какими-либо организациями в деле эмиссии ценных бумаг государство не желало, в том числе и в силу ненадежности облигаций для кредиторов, и длительных сроков возврата государственных займов. Следует отметить, что погашение послевоенных займов закончилось в декабре 1991 года.

¹ Черняков Г.П. Фондовая биржа: международный опыт. — М., 1991. — С. 121.

² Там же. — С. 144.

³ СУ РСФСР. — 1935. — № 17. — Ст. 169.

В условиях централизованной системы управления экономикой частные ценные бумаги не имели юридического признания. Подобное положение вещей отражалось и в уголовном законодательстве. УК РСФСР 1960 года содержал одну лишь норму, направленную на охрану государственной монополии на выпуск ценных бумаг. В статье 87 УК РСФСР 1960 года предусматривалась ответственность за подделку государственных ценных бумаг, к которым относились, в первую очередь, облигации государственных займов, дорожные чеки в рублях или иностранной валюте¹. Однако с таким подходом к предмету посягательства М.П. Карпушина не соглашался В.Д. Маньшагин, относящий к ценным бумагам только облигации государственных займов, выпускаемых Госбанком СССР. По его мнению, лишь подделка этих ценных бумаг нарушала урегулированную законами монополию государства на эмиссию денег или ценных бумаг².

Поскольку корпоративные или частные ценные бумаги не имели на территории СССР юридической силы (за исключением ценных бумаг в иностранной валюте), их подделка нарушала имущественные интересы предприятий или физических лиц и рассматривалась как мошенничество. В пункте 8 Постановления Пленума Верховного Суда РСФСР от 28 апреля 1994 года «О судебной практике по делам об изготовлении или сбыте поддельных денег или ценных бумаг» подчеркивается, что по статье 87 УК РФ ответственность наступает за подделку таких ценных бумаг, которые выпускаются и обеспечиваются государством. Сбыт ценных бумаг различных негосударственных организаций или предприятий, а равно ценных бумаг других государств квалифицируется как мошенничество³.

Других норм, обеспечивающих уголовно-правовую охрану рынка ценных бумаг и интересов инвесторов, УК РСФСР 1960 года не содержал, хотя в конце 80-х годов сложились объективные и субъективные предпосылки для начала процесса возрождения фондового рынка. Задача легализации коммерческих ценных бумаг была решена законом СССР «О кооперации». В статье 22 этого закона говорилось, что кооперативы не ограничены в круге своих возможных акционеров. При покупке акций кооперативов предусматривалось преимущество их членов. Упоминание в законодательном акте возможности выпуска частных ценных бумаг имело важное значение, так как свидетельствовало о признании права этих ценных бумаг на существование. Однако указание на возможность выпуска корпоративных фондовых инструментов не могло само по себе составить правовую основу для их широкомасштабного выпуска.

Для того, чтобы упорядочить стихийно начавшийся процесс выпуска предприятиями ценных бумаг, были приняты специальные нормативные акты: Постановление Совета Министров СССР от 15 октября 1988 года № 1195 «О выпуске предприятиями и организациями ценных бумаг», «Положение (Временное) о порядке выпуска ценных бумаг предприятиями, организациями, переведенными на полный хозрасчет и самофинансирование, кооперативами, их союзами (объединениями), коммерческими банками» (утверждено Министерством финансов СССР 16 ноября 1988 года), Постановление Совета Министров СССР № 590 «Об утверждении Положения об акционерных обществах и обществах с ограниченной ответственностью и Положения о ценных бумагах» от 19 июня 1990 года⁴.

Эти положения вводили в оборот такие понятия как «акции трудового коллектива» и акции предприятий, так и акции акционерных обществ. Номинал акций трудового коллектива устанавливался на уровне 50, 100, 250 и 1000 рублей, а номинал акций предприятий — на уровне 10, 25, 50 и ста тысяч рублей. Акции трудовых коллективов являлись таковыми лишь по названию, но не по существу, поскольку не меняли отношений собственности и статуса предприятия, не давали их держателям права голоса и получения финансовой информации, не могли перепродаваться на вторичном рынке, не имели рыночного курса. Сам факт получения дивидендов по таким акциям был сомнителен. Приобретение акций трудового коллектива превращало инвесторов в кредиторов предприятия на неопределенных условиях, но никак не в совладельцев. Сами акции выпускались как именные, должны были приобретаться работниками за счет личных средств. При увольнении работника их стоимость ему возмещалась.

Положение об акционерных обществах детально регламентировало круг вопросов, связанных с выпуском ценных бумаг.

Общая номинальная стоимость выпускаемых обществом акций не могла быть ниже пятисот тысяч рублей, минимальная стоимость акции устанавливалась на уровне ста рублей. Акционерное общество могло выпускать акции как именные, так и на предъявителя, причем частные лица могли владеть только именными акциями. Движение акций фиксировалось в книге регистрации акций, которая велась в самих обществах. Уровень привилегированных акций не мог превышать 10% уставного капитала общества.

¹ См.: Комментарий к УК РСФСР. — М., 1980. — С. 164.

² См.: Советское уголовное право. Особенная часть / Под ред. В.Д. Маньшагина, Н.Д. Дурманова, Г.А. Кригера. — М., 1975. — С. 87—88.

³ См.: Сборник постановлений Пленумов Верховных Судов СССР и РСФСР (РФ) по уголовным делам. — М., 1997. — С. 512—513.

⁴ СП СССР. — 1988. — Отдел I. — № 35. — Ст. 100; СП СССР. — 1990. — Отдел I. — № 15. — Ст. 82.

Принятые в 1988—1990 годах нормативные документы положили начало становлению правовой базы рынка ценных бумаг, однако в их числе не было специального законодательного акта, регламентирующего выпуск и обращение фондовых инструментов и обеспечивающего меры по защите инвесторов. В 1990—1991 годах стал разрабатываться проект закона СССР «О ценных бумагах и фондовых биржах». 10 июля 1991 года этот закон был одобрен в первом чтении Верховным Советом СССР. Однако второму чтению проекта Закона так и не суждено было состояться. Тем не менее многие важные положения законопроекта были приняты во внимание в ходе дальнейшей нормотворческой работы и вошли в Положение о выпуске и обращении ценных бумаг и фондовых биржах в РСФСР, принятом Постановлением Правительства РСФСР № 78 от 28 декабря 1991 года¹, а также в Закон РФ «О рынке ценных бумаг».

До 1990 года были сделаны первые попытки создания отдельных элементов рынка ценных бумаг, однако они носили ограниченный характер. С появлением в 1991—1992 годах фондовых бирж весь поток фондовых ценностей устремился на них, но торговля ценными бумагами не стала их основным видом деятельности. Операции с акциями, которые были официально зарегистрированы, составили всего 0,04% общего оборота на фондовой бирже². В основе этого лежали следующие причины: акции и акционерные общества не отвечали общепринятым международным стандартам, около 90% акций в то время были эмитированы с нарушением закона и находились по существу, на нелегальном положении; в ряде случаев происходило акционирование, причем, в основном принудительное, планово-убыточных предприятий. В результате взаимодействия всех этих факторов доверие различных инвесторов к выпущенным акциям существенно снижалось, что и определяло небольшой объем сделок.

Критическая ситуация на фондовом рынке во многом была следствием неподготовленности уголовного законодательства к стремительному изменению экономических отношений. Уголовный кодекс не содержал норм, позволяющих привлечь к ответственности лиц, выпускающих суррогаты ценных бумаг, незарегистрированные ценные бумаги, ценные бумаги, не содержащие установленных реквизитов. Единственная норма, к которой можно было прибегнуть при защите интересов инвесторов, предусматривала ответственность за мошенничество. Но к ней прибегали крайне редко. Это было связано с разъяснениями Пленумов Верховного Суда СССР об особенностях квалификации этого деяния. В частности, в пункте 12 Постановления Пленума Верховного Суда СССР «О судебной практике по делам о преступлениях против личной собственности» от 5 сентября 1986 года прямо указывается: «получение имущества под условием выполнения какого-либо обязательства может быть квалифицировано как мошенничество лишь в том случае, если виновный еще в момент завладения этим имуществом имел цель его присвоения и не намеревался выполнять принятое обязательство»³. Поскольку большинство инвестиционных компаний и фондов, по крайней мере, на первом этапе их существования, таких намерений очевидно не обнаружило, уличить их организаторов в мошенничестве было крайне сложно. Подобные дела разваливались как в суде, так и на стадии предварительного расследования. И лишь самые социально значимые (в том числе дело организаторов Русского Дома Селенга) завершились обвинительным приговором.

¹ См.: Белов В.А. Ценные бумаги. Вопросы правовой регламентации. — М., 1993. — С. 69—82.

² См.: Жуков Е.В. Ценные бумаги и фондовые рынки. — М., 1995. — С. 195.

³ Сборник Постановлений Пленумов Верховных Судов СССР и РСФСР (РФ) по уголовным делам. — М., 1997. — С. 279.

В.А. Сапун

Сапун Валентин Андреевич — доктор юридических наук, профессор, профессор кафедры теории и истории государства и права Санкт-Петербургского государственного университета экономики и финансов

Уровни преемственности в праве

В творчестве В.К. Бабаева проблеме преемственности в праве уделено значительное внимание. Так, в монографии «Советское право как логическая система», опубликованной в 1978 году, этому вопросу посвящен специальный раздел¹. Не обойден вниманием вопрос о преемственности в праве и в других работах ученого².

В своих трудах В.К. Бабаев вплотную подошел к исследованию различных уровней преемственности в праве. Не употребляя соответствующей терминологии, он обратил внимание на всеобщий уровень преемственности, характеризующей, например, рецепцию римского права в правовых системах различных стран, прежде всего европейских³. Следующий уровень преемственности в праве связан с заимствованием общедемократических и специально-юридических принципов права прошлых национальных и зарубежных правовых систем. Значительна степень и глубина заимствования юридических источников различными правовыми системами прошлых эпох и современности. И, наконец, наиболее велика степень заимствования правил, способов, специальных правовых средств юридической техники, ибо последняя в меньшей степени зависит от изменяющихся условий жизнедеятельности общества.

Рассмотрим подробнее указанные и иные уровни преемственности в праве.

Уровни преемственности характеризуют степень и глубину заимствования позитивным национальным правом принципов, форм, правовых средств, иных элементов прошлых правовых систем и современного права различных стран и народов. При этом уровни преемственности находят выражение не только в системе позитивного права, но и в иных элементах правовой системы. Поэтому следует различать «преемственность права» как явление правовой цивилизации⁴ и уровень «преемственности в праве», который определяет степень заимствования основных элементов не только собственно позитивного права, его правовых норм, отраслей, институтов, но и других элементов правовой системы.

Преемственность права, по мысли С.С. Алексеева, является показателем и выразителем непрерывности цивилизации, особенно в аспекте основополагающих институтов человеческой культуры.⁵ Право, особенно частное, является не только «вечным» регулятором общественных отношений, но и своеобразной культурной ценностью со времен античности, римского частного права, и в измененном виде отличается элементами преемственности, внедряется в правовые системы большинства стран и народов. К элементам преемственности права следует отнести его такие особенности как институционального образования: общеобязательную нормативность, формальную определенность, системность, иные объективные свойства права, определяющие его особый регулятивный потенциал по сравнению с другими социальными регуляторами.

Уровни преемственности в праве характеризуют степень и глубину заимствования от прошлых эпох элементов как собственно позитивного права, так и других правовых явлений, образующих правовую действительность общества⁶.

В праве и правовой действительности наблюдаются следующие уровни преемственности.

1. Высший уровень преемственности наблюдается в содержании права, его основополагающих (универсальных) принципах.

Право любой исторической эпохи обладает способностью воспринимать и аккумулировать в своем содержании то лучшее, справедливое и гуманное, что выработано в процессе правотвор-

¹ См.: Бабаев В.К. Советское право как логическая система. — М., 1978. — С. 70—91.

² См., например: Бабаев В.К. О преемственности между и социалистическим и прошлым типами права // Советское государство и право. — 1975. — № 4; Бабаев В.К. Теория современного советского права. — Н. Новгород, 1991. — С. 34—36; Бабаев В.К. Общая теория права: Краткая энциклопедия / В.К. Бабаев, В.М. Баранов. — Н. Новгород, 1998. — С. 26—27.

³ См.: Бабаев В.К. Советское право как логическая система. — М., 1978. — С. 77.

⁴ См.: Алексеев С.С. Право на пороге нового тысячелетия. — М., 2000. — С. 20.

⁵ Там же.

⁶ О правовой действительности общества см.: Матузов Н.И. Возможность и действительность в российской правовой системе / Н.И. Матузов, И.В. Ушанова. — Саратов, 2010. — С. 61—109.

ческой практики, правообразования в прошлые исторические эпохи правового развития. Это особенно наглядно проявляется в рецепции римского частного права различными правовыми системами, прежде всего европейскими. Как свидетельствует В.К. Бабаев со ссылками на многочисленные источники, начиная с XII-го века в Европе происходит процесс, называемый рецепцией римского права¹. Наибольшее влияние институты римского права приобрели в области обязательственных отношений, имущественного оборота, а также в области вещных и наследственных прав.² При этом исследователи подчеркивают, что рецепция римского права является далеко не единственным примером преемственности содержания национального права. Так, французский Кодекс Наполеона, созданный под сильным влиянием рецепции римского права, сам получил широкое распространение за пределами Франции, а именно в Италии, Бельгии, Польши и некоторых других странах. Любопытно отметить, что в некоторых странах он был принудительно введен Наполеоном, но и после свержения французского владычества сохранил юридическую силу, ибо освободившиеся страны и народы предпочли его прежним нормам своего национального права.³

Преемственностью, с точки зрения содержания права, отличаются некоторые нормы современного российского права. Так, восходит к нормам римского частного права и Кодексу Наполеона, например, содержание права собственности в виде трех правомочий собственника, закрепленных в статье 209 ГК РФ: собственности принадлежит право владения (*jus possidendi*), пользования (*jus utendi*, *abutendi ac fruendi*) и распоряжения своим имуществом (*jus disponendi*).

Высшим уровнем преемственности отличаются универсальные принципы права, которые содержатся в нормах большинства правовых систем и формируются исторически в процессе общественного развития, эволюции общественных отношений и права многих стран и народов человеческой цивилизации.⁴ Исследователи отмечают: принцип справедливости как универсальный принцип права характеризуется преемственностью и находит выражение в следующих основных принципах, нашедших закрепление в формулах и терминах римского права и воспринятых правом различных исторических эпох.⁵ Это универсальный принцип обязательного соблюдения закона, выраженный в формуле римского права *dura lex, sed lex* — «суров закон, но это закон» или *jure uti* — «поступать строго по закону». Формула, определяющая начало справедливости в праве *jus est ars boni et aequi* — «право — это искусство добра и справедливости». И, наконец, принцип, цементирующий справедливость права, выраженный в формуле римских юристов и нашедший закрепление в праве и законодательстве правовых систем современной цивилизации: *nemo debet bis puniri pro uno delicto* — «никто не должен дважды нести наказание за одно преступление».

Таким образом, содержание права и его универсальных принципов, с точки зрения глубины заимствования содержательных элементов национально-правовых систем, характеризуются высшим уровнем преемственности этих элементов и принципов права.

2. Второй уровень преемственности характерен для юридических источников, или форм права. Так, российское право оперирует почти такими же источниками, как и предшествующие и современные правовые системы⁶, особенно объединенные в романо-германскую правовую семью.

Между тем уровень преемственности применительно к источникам права во многом определяется процессом глобализации, который с неизбежностью приводит к плюрализму и конвергенции законодательных систем современности⁷. Глобализация способствует формированию всечеловеческого права, общечеловеческого права современной цивилизации, которое органически включает в свой состав все ценное, гуманное и справедливое, что было в праве, его юридических источниках в прошлые исторические эпохи. По меткому замечанию В.Д. Зорькина: «Будет глобализация развиваться дальше — все больше конституционное и все национальное право окажется продуктом синтеза с правом общечеловеческим. Рухнет глобализация — частное возобладает над общим, национальное над общечеловеческим»⁸.

Процесс глобализации с неизбежностью углубляет преемственность как внешних сторон правовой жизни национальных государств, так и внутренних элементов содержания права, его организацию как институционального образования, в том числе преемственность юридических источников позитивного права.

¹ См.: Бабаев В.К. Советское право как логическая система. — М., 1978. — С. 77.

² См.: Покровский И.А. Основные проблемы гражданского права. — М., 2003. — С. 58.

³ Там же. — С. 61.

⁴ Скурко Е.В. Принципы права. — М., 2008. — С. 76-102.

⁵ Там же. — С. 84; Алексеев С.С. Право: азбука — теория — философия: опыт комплексного исследования. — М., 1999. — С. 147—150.

⁶ См.: Общая теория права: Курс лекций / Под ред. В.К. Бабаева. — Н. Новгород, 1993. — С. 135.

⁷ См.: Мамут Л.С. Плюрализм законодательных систем в глобализирующемся мире // Право и глобализация. Вопросы теории и истории. — СПб., 2009. — С. 5—11.

⁸ Зорькин В. Право для человека // Российская газета — 2008. — 25 ноября.

Сближение правовых систем в условиях глобализации свидетельствует о преемственности нормативно-правового акта, особенно закона, в современной правовой действительности стран, принадлежащих к различным правовым системам. Закон, благодаря своим свойствам, качествам всеобщего нормативного регулятора общественных отношений, завоевывает все большие позиции в тех правовых системах, где основными источниками права долгое время считались иные внешние формы выражения и закрепления юридических норм: судебные прецеденты, правовые обычаи, религиозные нормы. При этом под влиянием теории естественного права приобрела распространение концепция правового закона, которая оказалась востребованной не только в правовых системах статутного права, но и в иных правовых системах современности¹. Благодаря этому процессу происходит сближение правовых систем, их конвергенция. Все большее число национально-правовых систем носит смешанный характер. Правовой закон становится типичным источником в этих правовых системах. Конструкция правового закона в юриспруденции до настоящего времени не разработана. Учитывая уровень преемственности применительно к источникам права, можно предложить следующую характеристику правового закона.

Закон можно считать правовым, если он в полной мере соответствует объективным свойствам права. Современное позитивное право любой правовой системы отличается нормативностью, системностью, формальной определенностью, динамизмом, реальной применимостью, некоторыми другими свойствами. Закон как всеобщая высшая форма выражения и закрепления правовых норм должен обладать всеми названными свойствами права, только тогда он относится к разряду правовых законов и является источником позитивного права в различных национально-правовых системах.

Следующий критерий правового закона — его соответствие правам и свободам человека. Самим правам человека в правовой действительности придается в настоящее время непосредственное юридическое значение. Это в полной мере соответствует Конституции РФ, так и международно-правовым документам, конституциям и национальному законодательству большинства зарубежных стран, что свидетельствует о глубокой преемственности идеи прав человека применительно к современному миру. Так, статья 2 Конституции РФ гласит «Человек, его права и свободы являются высшей ценностью. Признание, соблюдение и защита прав и свобод человека и гражданина — обязанность государства». Таким образом, закон можно считать правовым, если он своим содержанием направлен на признание прав человека, их соблюдение и защиту в самом полном объеме. В этих целях в правовых законах предусматриваются соответствующие правовые средства и юридические механизмы защиты нарушенных прав и свобод человека, возможность прибегнуть к их защите судом, правосудием. Эти юридические механизмы, их использование судом отличаются преемственностью во всех странах современной цивилизации, что определяет сближение, конвергенцию современных правовых систем.

Правовой закон — акт легитимной или, по крайней мере, легальной государственной власти. Легитимность государственной власти и правового закона определяется их преемственностью и длительным характером существования в рамках национальной государственности. Правовой закон отличается стабильностью. Это, прежде всего, относится к кодифицированным законам: кодексам, основам законодательства, Конституции. Уважение к законодательству, его реализации в силу внутреннего убеждения невозможны без преемственности национального законодательства, его гуманизма, справедливости, что в полной мере отвечает правовым качествам закона.

И, наконец, правовой закон должен соответствовать международным нормам и принципам, закрепленным в международно-правовых документах. Любая норма, в том числе международно-правовая, должна иметь определенную форму, то есть источник существования. Преемственность в праве применительно к соотношению международного и национального права означает, что в процессе имплементации норм международного права в национальной правовой системе формируются сложные или комплексные нормы права². Источниками сложных правовых норм являются международные конвенции, международно-правовые договоры, обычаи, а также источники национального права — законы и подзаконные нормативные акты. Таким образом, источником сложных, комплексных норм права является правовой закон, отличающийся заимствованием норм международного права, которые имплементируются в национально-правовую систему. Это соответствует пункту 4 статьи 15 Конституции РФ: «Общепризнанные принципы и нормы международного права и международные договоры Российской Федерации являются составной частью ее правовой системы».

3. С точки зрения сущностной характеристики и глубины заимствования содержательных элементов правовой системы, третий уровень преемственности характерен для способов, приемов, специальных правовых средств юридической техники, которая в меньшей степени зависит от изменения условий правовой жизни общества.

¹ См.: *Нерсесян В.С.* Право и правовой закон. — М., 2009. — С. 43—84; *Алексеев С.С.* Право на пороге нового тысячелетия. — М., 2000. — С. 86—88.

² См.: *Земленко Л.В.* Международное право и правовая система Российской Федерации. — М., 2006. — С. 96.

В специальных исследованиях подчеркивается многогранность и неоднозначность этого правового явления¹.

Представляется, что юридическая техника в свой состав включает широкий круг явлений правовой действительности, каждый из которых отличается определенным уровнем преемственности.

Во-первых, инструментальный компонент юридической техники состоит из системы правовых средств, юридических механизмов, правовых конструкций, которые используются в правотворческой, правореализующей, правоприменительной и иных видах юридической деятельности в течение длительного времени и отличаются высокой степенью преемственности. На рубеже XIX—XX веков выдающийся немецкий юрист Р. Иеринг заметил: «Выражение “юридическая конструкция” принадлежит к числу самых распространенных технических терминов нынешней юриспруденции»². Значительное внимание понятию юридической конструкции уделено в работах современных исследователей, которые отмечают высокий уровень преемственности различных видов юридических конструкций в Древнем Риме, Средневековой Англии и до наших дней³.

Во-вторых, под юридической техникой в юриспруденции понимаются правила, специальные приемы использования правовых средств в процессе правотворческой, правоприменительной и иных видов юридической деятельности. Еще в дореволюционный период российские юристы, ученые-практики обратили внимание на правила разработки, принятия, введения в действие законов и иных нормативных актов, в особенности кодифицированных, что в настоящее время охватывается понятием и содержанием законодательной техники. С русской дореволюционной доктрины берет начало представление о кодификации как деятельности по «переработке законодательства, направленной к приведению действующих законов в систему, с согласованием их содержания и потребностям времени и с согласованием их друг другу на начале единства принципов, положенных в основу»⁴. Кодификация как в XIX веке, так и в современный период подразумевает «такую обработку действующего права, которая не ограничивается приведением его в порядок, но вносит в него внутреннюю связь и единство»⁵. Таким образом, наблюдается определенная преемственность в теоретических определениях и видах кодифицированных актов.

В целом современная доктрина рассматривает систематизацию нормативно-правовых актов в направлениях, заданных еще дореволюционными учеными-юристами.⁶ Систематическая обработка действующего законодательства, по словам Н. М. Коркунова, может совершаться двояким путем: посредством инкорпорации или кодификации⁷. При этом дореволюционные ученые отмечали «...достоинства кодификации определяются а) полнотой обнимаемого материала, в) единством начал, положенных в основу отдельных постановлений, с) наглядностью избранной системы, d) ясностью языка»⁸. Таким образом, правила и приемы систематизации законодательства отличаются определенным уровнем преемственности, и положения о них, выработанные в дореволюционный период, созвучны в настоящее время.

В-третьих, юридическая техника понимается как наука и учебная дисциплина, состоящая из знаний, теорий, понятий о правовых средствах, приемах, правилах, юридических механизмах, правовых конструкциях, их применении и использовании в различных видах юридической деятельности⁹.

В этом аспекте юридическая техника и общая теория права в ее аналитической (инструментальной) части частично совпадают. Институционные элементы юридической техники, в виде знаний, теорий, конструкций о правовых средствах, включаются в структуру инструментального раздела общей теории права. Таким образом, юридическая техника как наука, учебная дисциплина и инструментальная теория права имеет во всех ипостасях единый институционный объект и предмет исследования и изучения.

¹ О понятии и структуре юридической техники см.: *Иеринг Р.* Юридическая техника. — М., 2008. — С. 16—41; *Алексеев С.С.* Общая теория права. — М., 2008. — С. 482—501; *Кашанина Т.В.* Юридическая техника: Учебник. — М. 2007. — С. 76—83; *Давыдова М.Л.* Юридическая техника. Проблемы теории и методологии. — Волгоград. 2009. — С. 36—82; *Муромцев Г.И.* Юридическая техника: некоторые аспекты содержания понятий // Проблемы юридической техники: Сборник статей / Под ред. В.М. Баранова. — Н. Новгород, 2000. — С. 23—37; *Тарасов Н.Н.* Юридическая техника в структуре юриспруденции (методологические проблемы исследования) // Юридическая техника. — 2007. — № 1. — С. 7—23.

² См.: *Иеринг Р.* Юридическая техника. — М., 2008. — С. 67.

³ *Алексеев С.С.* Восхождение к праву. Поиски и решения. — М., 2001. — С. 274—283; *Тарасов Н.Н.* Методологические проблемы юридической науки. — Екатеринбург, 2001. — С. 241—263.

⁴ *Михеева И.В.* Российские министерства в XIX веке: опыт нормотворчества. — М., 2010. — С. 63.

⁵ *Трубецкой Е.Н.* Энциклопедия права. — СПб., 1998. — С. 129.

⁶ См.: *Михеева И.В.* Российские министерства в XIX веке: опыт нормотворчества. — М., 2010. — С. 61.

⁷ См.: *Коркунов Н.М.* Лекции по общей теории права. — СПб., 1897. — С. 30.

⁸ См.: *Шершеневич Г.Ф.* Общая теория права. — М., 1911. — Вып. 2. — С. 420.

⁹ О юридической технике как науке и учебной дисциплине см.: *Давыдова М.Л.* Юридическая техника. Проблемы теории и методологии. — Волгоград. 2009. — С. 29—35; *Кашанина Т.В.* Юридическая техника: Учебник. — М. 2007. — С. 19—41; *Александров А.С.* Понятие права в свете дисциплины «юридическая техника» // Юридическая техника: Ежегодник. — 2009. — № 3. — С. 51—54.

Взгляд на юридическую технику как на относительно самостоятельную науку и учебную дисциплину не является новым в современной юриспруденции. Родоначальником законодательной техники как системы научных знаний о том, как осуществлять законотворческую деятельность, считается уже упоминавшийся ранее Р. Иеринг. В своем знаменитом труде «Юридическая техника» он на научной основе выработал три основных приема юридической техники в области законотворчества: юридический анализ (алфавит права), логическую концентрацию, юридическую конструкцию¹. Научные представления Р. Иеринга о юридической технике как науке о законотворчестве получили развитие в трудах российских, советских и постсоветских ученых.

Преимуществом отличаются новейшие взгляды современных ученых-юристов и философов о толковании законов в правоприменении и правотворчестве². Неоценимый вклад в становление и развитие современной юридической герменевтики как самостоятельного раздела науки юридической техники оказали труды дореволюционных ученых таких, например, как Е.В. Васьковский³, работы которого переиздаются в настоящее время.

Такими представляются уровни преемственности в праве, основы научного исследования которых заложены в трудах Владимира Константиновича Бабаева.

¹ См.: Иеринг Р. Юридическая техника. — М., 2008. — С. 41—99.

² См.: Малинова И.П. Юридическая герменевтика и правопонимание. — Екатеринбург., 1999. — С. 31—39.

³ См.: Васьковский Е.В. Руководство к толкованию и применению законов. — М., 1913.

И.Н. Сенякин

Сенякин Иван Николаевич — доктор юридических наук, профессор, заслуженный юрист Российской Федерации, профессор кафедры теории государства и права Саратовской государственной академии права

Противоречивость российского законодательства в ракурсе преемственности

Современное российское законодательство — сложное образование, в котором множество всяческих разночтений, несогласованностей, повторов. В нем действуют одновременно акты различного уровня и юридической силы, протекают процессы специализации и унификации, переплетаются вертикальные и горизонтальные связи, тенденции, закономерности.

В практической жизни постоянно складываются обстоятельства, подпадающие под действие ряда норм, которые как бы вступают друг с другом в противоборство, пересекаясь в одной точке правового пространства и претендуя на урегулирование одних и тех же отношений¹. Речь идет о таком явлении правовой действительности, как противоречия в российском законодательстве.

В юридической литературе нет единства взглядов на эту проблему. Одни авторы отождествляют данное понятие с конкуренцией норм права², другие, напротив, считают их несовпадающими по своей сущности.

Безусловно, они близки друг другу по содержанию, но отождествлять их нельзя. Существование конкурирующих норм обусловлено самой природой правового регулирования. Конкуренция возникает при необходимости конкретизации правовых предписаний, имеющих абстрактный характер к определенному виду общественных отношений. Такого рода специализация нормативного материала объясняется необходимостью учета определенных обстоятельств, их специфики, детализации объема действия, а также связанного с этим формирования более конкретных правил поведения субъекта³.

В этой связи более убедительно, на наш взгляд, мнение В.П. Малкова, который полагает, что «коллизия норм права и их конкуренция — взаимосвязанные понятия, но не идентичные, поэтому отождествлять их неправомерно»⁴.

В.Н. Кудрявцев выделял два различия конкуренции и коллизии норм права. В коллизии, считал он, находятся юридические нормы, противоречащие одна другой, а при конкуренции правовых норм никакой коллизии нет. Так, не противоречат друг другу статьи об умышленном убийстве и о тяжком телесном повреждении, хотя между ними в известных случаях может возникнуть конкуренция. Есть еще одно различие. Коллизия двух или более норм права существует независимо от того, имеются ли конкретные факты, подпадающие под их регулятивное воздействие. Коллизия — несогласованность правовых норм по их содержанию. О конкуренции юридических норм речь идет лишь в случаях применения закона, когда выясняется, что совершенное деяние подпадает под признаки двух или нескольких предписаний.

В известном смысле конкуренция — более сложное явление, чем коллизия: в ней переплетаются вопросы факта с вопросами права. При конкуренции норм требуется глубокое знание законодательства и судебно-прокурорской практики для правильной квалификации содеянного⁵.

Понятие «коллизия» вбирает в себя противоречивое толкование каких-либо явлений, свойств, отношений, состояния. Думается, что под коллизией следует понимать противоречие между двумя или несколькими юридическими нормами в процессе правоприменительной деятельности. При коллизии налицо несоответствие между правовыми предписаниями не только по их содержанию, но и по форме выражения. Встречаясь с коллизией юридических норм, мы сталкиваемся с одним из видов противоречий в праве, а нередко и с несовершенством законодательства.

Примечательно, что юридическая коллизия может проявить себя через некоторое время после того, как закон начинает действовать. Проходит определенный период, прежде чем возникает ситуация,

¹ См.: Матузов Н.И. Актуальные проблемы теории права. — Саратов, 2003. — С. 204.

² См.: Черданцев А.Ф. Системность норм права // Сборник ученых трудов. — Свердловск, 1970. — С. 60.

³ См.: Сенякин И.Н. Техничко-юридические предпосылки конкуренции норм российского права // Юридическая техника: Ежегодник. — 2008. — № 2. — С. 12.

⁴ Малков В.П. Конкуренция уголовно-правовых норм и ее преодоление // Советское государство и право. — 1975. — № 3. — С. 59.

⁵ См.: Кудрявцев В.Н. Теоретические основы квалификации преступлений. — М., 1963. — С. 252.

в которой сталкиваются интересы различных субъектов права. Такое положение возникает стихийно, независимо от воли законодателя, который во время подготовки закона к принятию не предвидел возможности ее возникновения.

Так, например, с введением в действие Земельного кодекса РФ (далее — ЗК РФ) возникла одна достаточно сложная проблема, связанная с предоставлением неделимых земельных участков в случае, если находящееся на нем строение (строения) принадлежит нескольким собственникам. Согласно пункту 5 статьи 36 ЗК РФ для приобретения прав на земельный участок граждане или юридические лица совместно обращаются в исполнительный орган местного самоуправления с заявлением о предоставлении. Основная трудность связана с тем, что, как правило, не исполняется именно этот пункт статьи 36 ЗК РФ — отсутствует совместное обращение граждан и юридических лиц о предоставлении неделимого земельного участка. Особенно актуальна проблема оформления земельных участков собственникам встроенно-пристроенных (пристроенных) нежилых помещений. Как правило, такие помещения располагаются в многоэтажных жилых домах. На практике сложно получить согласие (заявление) всех собственников квартир и нежилых помещений в доме на оформление земельного участка в общую долевую собственность, а также согласовать со всеми границы земельного участка. В результате собственник встроенно-пристроенного нежилого помещения не имеет возможности оформить земельный участок, чем нарушаются его конституционные права. Кроме того, при этом нарушается также один из основных принципов земельного законодательства — платность использования земли (п. 7 ч. 1 ст. 1 ЗК РФ), так как фактически собственники помещений в данном случае пользуются земельным участком бесплатно.

Конфликтные ситуации могут иметь место не только в текущем законодательстве, но и в сфере конституционных отношений. Отличительный признак конституционных конфликтов состоит в том, что сторонами в них выступают такие субъекты, как народ, государство, органы государственной власти, депутаты, политические партии. Это во-первых. Во-вторых, предмет конституционного противоречия стремление конституировать собственные потребности, обеспечить признание их особой социальной значимости и ценности посредством закрепления на высшем уровне правового регулирования.

Среди причин, порождающих конституционные конфликты, можно назвать следующие: нарушение принципа социальной справедливости; расслоение общества; бедность; наличие коллизий в конституционном законодательстве; правовой нигилизм; доктринальные ошибки¹.

Характерной чертой коллизий является то, что коллизионные отношения возникают исключительно между правовыми нормами. Не будет коллизий норм в том случае, когда конфликтуют юридические предписания и положения, содержащиеся в постановлениях Пленумов верховных судов, так как они вполне справедливо большинством авторов не признаются правовой нормой. Важно иметь в виду и то обстоятельство, что нормы противоречат друг другу, когда одно фактическое отношение в разной степени урегулировано двумя или более нормами права.

Вместе с тем, некоторые ученые определяют коллизию лишь как две не согласованные между собой юридические нормы, что, на наш взгляд, не совсем верно, так как в ряде случаев одно и то же обстоятельство может быть урегулировано большим количеством норм. Примером этого может служить факт существования в праве трех самостоятельных групп норм, призванных, например, регламентировать порядок расчета, связанного с передачей предприятий, организаций и учреждений из одного министерства в другое. В данном случае конфликтные отношения образуются целыми группами предписаний. Поэтому важно подчеркнуть, что для возникновения коллизий две нормы являются лишь минимально необходимыми.

Еще одна специфическая черта коллизии правовых норм — наличие фактического обстоятельства, подпадающего под урегулирование двух, а иногда и более предписаний. Иначе говоря, коллизионные отношения между правовыми нормами возникают тогда, когда каждая из них по одному и тому же вопросу предлагает неодинаковое решение.

Интересным представляется подход Н.И. Матузова к определению правовой коллизии, который трактует ее шире, чем просто различие или противоречие между нормами права, включая в ее понятие противоречия, возникающие в процессе правоприменения и осуществления компетентными органами и должностными лицами своих полномочий². Такой подход к пониманию данного явления правильно отражает тот факт, что субъекты сталкиваются с коллизиями, как правило, в процессе правоприменительной деятельности.

А.Ю. Буяков определяет юридическую коллизию как обусловленное объективными и субъективными факторами общественного развития формальное противоречие между нормами права (комплексами правовых норм), между ними и актами толкования, направленными на регулирование одних

¹ См.: *Пряхина Т.М.* Конституционные конфликты // Государство и право. — 2004. — № 1. — С. 20—21.

² См.: *Матузов Н.И.* Юридические коллизии и способы их разрешения // Теория государства и права: Курс лекций / Под ред. Н.И. Матузова и А.В. Малько. — М., 2000. — С. 465.

и тех же общественных отношений и порождающее трудности в процессе правореализации¹. В этом определении содержатся следующие основные признаки юридической коллизии:

- обусловленность процессами общественного развития со свойственными им противоречиями;
- юридические коллизии формальны по своему характеру и выражаются, в конечном счете, в противоречии между различными правовыми формами одних и тех же общественных отношений;
- юридическая коллизия имеет место только в том случае, когда одно общественное отношение регулируется несколькими правовыми или конкретизирующими их актами толкования. Юридической коллизии нет в том случае, если противоречат друг другу норма права и правовой обычай, норма права и религиозная норма, норма права и норма морали.

С учетом изложенного коллизия правовых норм следует определить как отношение между нормами, выступающее в форме противоречия или различия при регулировании одного фактического отношения.

Подобная трактовка в настоящий момент приобретает общетеоретическую аксиому, так как коллизии, по мнению большинства ученых, не следует сводить только к противоречию или только к несоответствию, различию между правовыми нормами. Такой «ограничительный» подход излишне сужает поле научного исследования данного явления, как справедливо отмечал Г.Т. Чернобель, смысловое значение понятия «несоответствие» несколько шире смыслового поля понятия «противоречие». Последнее как бы конкретизирует, в чем именно заключается то или иное несоответствие². Скорее всего, юридические коллизии могут выражаться как в форме противоречия, так и в форме различия между нормами права.

Коллизионные отношения между юридическими предписаниями, как правило, возникают тогда, когда каждая отдельная норма по одному и тому же вопросу предусматривает прямо противоположное решение. В этой связи следует согласиться с Н.А. Власенко в том, что «коллизия правовых норм следует определять как отношение между нормами, выступающее в форме различия или противоречия при регулировании одного фактического отношения»³.

При конкуренции же ни о какой коллизии не может быть и речи. Конкурирующие нормы в разной степени регулируют один и тот же круг общественных отношений и не находятся в противоречии между собой. Конкуренция будет иметь место и в том случае, когда правовые нормы, совпадая по содержанию и объему, имеют разную юридическую силу.

Словом, в правоприменительной деятельности речь о конкуренции может идти лишь тогда, когда какой-то один факт, случай охватывается признаками нескольких норм, а эти нормы взаимосвязаны. Коллизия же выступает как частный случай конкуренции правовых предписаний⁴.

Разнятся данные понятия и этимологически. Так, в Энциклопедическом словаре Ф.А. Брокгауза и И.А. Ефрона говорится, что «коллизия — столкновение юридических норм (законов или статусов), происходящее в том случае, когда судье предстоит решить дело, касающееся: лиц, не имеющих места жительства в пределах местного права, имущества, находящегося в этих пределах, актов или сделок, составленных или заключенных в другом округе под действием иных, чем местные, законов. Встречаются часто в государствах, в которых действуют, кроме общего права, и местные законы...»⁵.

В Толковом словаре русских слов говорится, что «коллизия — это столкновение каких-нибудь противоположных сил, интересов, стремлений»⁶.

Под конкуренцией же здесь понимается «соперничество, борьба за достижение наивысших выгод, преимуществ. Конкурировать означает соперничать, состязаться, добиваясь преимущества»⁷.

Приведенная интерпретация рассматриваемых явлений лишний раз подтверждает, что это не тождественные, самостоятельные понятия. Юридические коллизии предполагают расхождение или противоречия между отдельными нормами или нормативно-правовыми актами, регулирующими одни и те же смежные общественные отношения, а также противоречия, возникающие в процессе правоприменения и осуществления компетентными органами и должностными лицами своих полномочий. Безусловно, такое положение, когда сталкиваются друг с другом не просто не согласующиеся, а нередко взаимоисключающие предписания, является негативным, нежелательным.

При конкуренции норм, в отличие от коллизии, регулируется один и тот же круг родственных общественных отношений, только с разной степенью детализации, конкретизации, объема и эта конку-

¹ См.: Буяков А.Ю. Юридические коллизии и способы их устранения: Автореф. дис... канд. юрид. наук. — Саратов, 1999.

² См.: Чернобель Г.Т. Противоречия и пробелы в конституциях и уставах субъектов Российской Федерации. Проблемы их преодоления // Закон: создание и толкование. — М., 1998. — С. 121.

³ Власенко Н.А. Коллизионные нормы в советском праве. — Иркутск, 1984. — С. 23.

⁴ См.: Малков В.П. Конкуренция уголовно-правовых норм и ее преодоление // Советское государство и право. — 1975. — № 3. — С. 60.

⁵ Брокгауз Ф.А. Энциклопедический словарь: В 2 т. / Ф.А. Брокгауз, И.А. Ефрон. — СПб., 1885. — Т. 17. — С. 70.

⁶ Ожегов С.И. Словарь русского языка. — М., 1981. — С. 248.

⁷ Там же. — С. 254.

ренция в теории права считается нормальным явлением. Конечно, противоречия можно снять при помощи коллизионных норм, образующих, по мнению некоторых ученых, отрасль коллизионного права. У этой идеи есть как сторонники, так и противники. Думается, что вряд ли мы сможем четко и определенно сформулировать предмет и метод такой отрасли, выявить ее системные взаимосвязи среди других отраслей права.

Вместе с тем, о коллизионном праве упоминается как в Конституции РФ (п. «п» ст. 71), так и в Федеративном договоре, основное назначение которого — снять напряженные моменты в межрегиональных отношениях, не допустить развала единого правового пространства.

Однако общественные отношения неодинаковы и требуют дифференцированного правового регулирования с применением различных методов. К тому же они более динамичны, чем законы, их опосредующие. Свое влияние оказывают несовпадение и подвижность границ между правовой и неправовой сферами, их расширение или сужение. Наконец, любое национальное право должно соответствовать международным стандартам, нравственно-гуманистическим критериям, принципам демократии¹. Все это делает юридические коллизии в какой-то мере неизбежными и естественными. Более того, как считает Ю.А. Тихомиров, было бы упрощением оценивать их только как сугубо негативные явления. По его мнению, коллизии нередко несут в себе положительный заряд, ибо служат свидетельством нормального процесса развития или же выражают законное притязание на новое правовое состояние. С этим выводом трудно не согласиться. Кроме того, Ю.А. Тихомиров выделяет следующие признаки, присущие юридическим коллизиям: законная процедура рассмотрения коллизий; использование и оценка доказательств в юридическом споре; наличие органа, уполномоченного разрешать коллизии; признание обязательной силы решений по данному спору как в силу достигнутого согласия, договоренности, примирения сторон, так и императивных предписаний соответствующего органа; компенсация, то есть применение санкций и возмещение ущерба (упущенной выгоды), восстановление прежнего юридического состояния одного или всех субъектов².

Еще Гегель отмечал, что «возникновение коллизии при применении законов совершенно необходимо, ибо в противном случае ведение дела приняло бы механический характер. Если некоторые юристы пришли к мысли, что покончить с коллизиями можно, предоставив многое усмотрению судей, то такой вывод значительно хуже, так как решение, принятое только судом, было бы произволом»³.

Однако юридические коллизии создают и определенные неудобства в правоприменительной практике, затрудняют пользование законодательством рядовыми гражданами, культивируют множественные конфликтные ситуации в сфере правового поля России⁴. Регулирование одних и тех же общественных отношений несколькими противоречащими друг другу актами дает правоприменителю возможность не исполнять ни одного. Поэтому предупреждение, локализация этих аномалий — важнейшая задача юридической науки и практики⁵.

К сожалению, в одночасье справиться с указанными проблемами практически невозможно, ибо названные изъяны — постоянный спутник российского законодательства. И именно в этом их опасность. Противоречия существуют не только между отдельными отраслями права, которые в последние годы развивались разными темпами, но даже между конкретными нормами внутри одного закона. Противоречивость законодательства все больше затрудняет их реализацию. Она служит также питательной средой для злоупотреблений и коррупции в системе государственной власти.

Среди причин возникновения несогласованностей между правовыми предписаниями можно назвать следующие: несовершенство законов, судебные ошибки, произвольное толкование Конституции РФ и других актов, выход отдельных органов за пределы своих полномочий, слабое и неполное правовое регулирование определенных сфер, отступление от действующих норм, текстовые ошибки, недостатки в организации правотворческой деятельности, сознательное запутывание законодательства в корыстных целях.

Кроме того, причины юридических коллизий можно классифицировать на социально-экономические, политические, идеологические, правовые.

Противоречия в сфере правового регулирования наряду с общими признаками имеют только им присущие особенности. При анализе специфических черт правовых противоречий необходимо учитывать в первую очередь то место, которое занимает право среди иных сфер жизни общества. Взаимо-

¹ См.: Матузов Н.И. Понятие и причины юридических коллизий // Общая теория государства и права / Под ред. М.Н. Марченко. — М., 2001. — С. 409.

² См.: Тихомиров Ю.А. Юридическая коллизия. — М., 1994. — С. 99.

³ Гегель Г.В.Ф. Философия права. — М., 1990. — С. 249.

⁴ Подробнее об этом см.: Байтин М.И. О некоторых коллизиях в сфере правового поля России и путях их разрешения // Право и политика. — 2004. — № 9.

⁵ См.: Матузов Н.И. Понятие и причины юридических коллизий // Общая теория государства и права / Под ред. М.Н. Марченко. — М., 2001. — С. 407.

связь права и общественных отношений — это взаимосвязь формы и содержания. Правовые отношения, возникающие в результате реализации правовых норм, выступают особой формой существования общественных отношений. В случае, если «норма (или совокупность норм) выпадает из указанной взаимосвязи с общественными отношениями, она перестает быть правом»¹.

В связи с этим необходимо учитывать два момента.

Во-первых, объективной основой развития служит экономика. Следовательно, противоречия, присущие материальной сфере жизни общества, находят свое отражение в праве.

Во-вторых, праву свойственны противоречия, не имеющие своей основы в материальных условиях жизни общества, являющиеся следствием функционирования права как относительно самостоятельного социального института. В этом случае право не служит зеркальным отражением материальных условий жизни общества и присущих им противоречий, а представляет собой средство «воздействия на такие противоречия с целью их разрешения»².

Указанные противоречия тесно взаимосвязаны и способны оказывать друг на друга определенное влияние. Такая двойственная природа правовых противоречий в значительной степени затрудняет процесс их познания, особенно если в конкретном случае вышеназванные факторы действуют одновременно.

Двойственны противоречия и в самом правовом сознании. Здесь их можно разделить на два вида — диалектические и формально-логические.

Н.А. Власенко все причины возникновения коллизий подразделяет на объективные и субъективные. Под объективными он понимает те, которые не зависят от воли законодателя и связаны с динамикой правоотношений во времени, протяженностью отношения в пространстве, необходимостью их дифференцированного регулирования. К субъективным же относятся: нечеткое разграничение законодательной компетенции, недостаток информации о правовой урегулированности какого-то вопроса и т. д.³

При анализе конкретных коллизий иногда трудно однозначно сказать, из-за каких причин они возникли. Видимо, появление любой коллизии между нормами права обусловливается факторами как объективного, так и субъективного характера. Поэтому при исследовании причин тех или иных коллизий следует выявлять, какие факторы оказали решающее влияние на их возникновение. К примеру, норма, закрепленная в части 2 статьи 22 Конституции РФ, гласит, что без судебного решения лицо не может быть подвергнуто задержанию на срок более 48 часов. В то же время часть 3 статьи 122 УПК РФ фактически допускает задержание лица без соответствующей на то санкции на срок до 72 часов. В возникновении данной коллизии роль объективных факторов не столь значительна. Здесь главным образом сказывается действие факторов субъективного характера — неотработанность механизма устранения противоречий между вновь принимаемыми актами и уже действующими.

Напротив, более значима роль объективных факторов, когда правовые предписания части 4 статьи 15 Конституции РФ закрепляют, что «общепризнанные принципы и нормы международного права и международные договоры Российской Федерации являются составной частью ее правовой системы. Если международным договором Российской Федерации установлены иные правила, чем предусмотренные законом, то применяются правила международного договора». В данных нормах заложен источник коллизий, во-первых, между общепризнанными принципами и нормами международного права, международными договорами, заключенными Российской Федерацией, и нормами национального права; во-вторых, между общепризнанными принципами и нормами международного права, с одной стороны, и международными договорами России — с другой. К сожалению, на возможность возникновения второй разновидности коллизий не все авторы обращают внимание. Впрочем, и сама Конституция РФ, провозглашая примат международных договоров над национальным законодательством, не признает такого качества за общепризнанными принципами и нормами международного права, в то время как именно они служат критерием правомерности международных договоров.

Говоря о соотношении конкуренции и коллизии в праве, можно с полным основанием считать, что это различные понятия, две самостоятельные тенденции развития законодательства. «В коллизии, — отмечал В.Н. Кудрявцев, — находятся нормы, противоречащие друг другу. При конкуренции же никакой коллизии быть не может, поскольку здесь нормы не противоречат друг другу»⁴.

В.П. Малков более мягко оговаривает их соотношение, полагая, что это не идентичные, но тесно взаимосвязанные понятия. Если на практике возникает коллизия по конкретному случаю, то решение вопроса о преимуществе нормы, подлежащей применению, из числа предписаний, расходящихся по

¹ Дагель П.С. Диалектика правового регулирования общественных отношений // Правоведение. — 1971. — № 1. — С. 51—52.

² Баймаханов М.У. Противоречия в развитии правовой надстройки при социализме. — Алма-Ата, 1972. — С. 46.

³ См.: Власенко Н.А. Коллизионные нормы в советском праве. — Иркутск, 1984. — С. 23—26.

⁴ Кудрявцев В.Н. Общая теория квалификации преступлений. — М., 1972. — С. 246.

содержанию или противоречащих друг другу, по его мнению, есть не что иное, как разрешение проблемы конкуренции нескольких норм права¹.

Примечательно, что конкуренция норм права не может быть сведена только к разрешению случаев о преимуществе норм права, находящихся в противоречии или расходящихся по содержанию. Если бы это было так, то не было бы оснований различать понятия «коллизия» и «конкуренция норм права». В том-то и дело, что понятие конкуренции норм шире, богаче, чем понятие «коллизия». Конкуренция охватывает также случаи, когда встает вопрос о преимуществе норм, полностью совпадающих по содержанию, однако имеющих различную юридическую силу либо изданных в разное время, или в различных субъектах Федерации. Конкурирующие нормы в разной степени регулируют один и тот же круг общественных отношений и не находятся в противоречии между собой.

В правоприменительной деятельности речь о конкуренции может идти лишь тогда, когда какой-то один факт, случай охватывается признаками нескольких норм и эти нормы взаимосвязаны.

При коллизии налицо несоответствие между правовыми предписаниями не только по их содержанию, но и по формам выражения. Встречаясь с коллизией юридических норм, мы сталкиваемся с одним из видов противоречий в праве, несовершенством законодательства.

Определение характера взаимосвязи между конкуренцией и коллизией — необходимое условие правоприменительной практики. Правоприменитель должен четко знать, с какой проблемой он столкнулся, ведь от этого зависит то, какими правилами преодоления он будет руководствоваться: правилами разрешения коллизии или правилами преодоления конкуренции и уже после этого станет решать ситуацию, применив необходимую норму права.

Коллизия норм права наиболее выпукло проявляет себя в процессе правоприменения, что, несомненно, сказывается на состоянии действующего законодательства. Проблема выработки рекомендаций по его совершенствованию весьма многогранна. Особая роль здесь принадлежит способам предотвращения и устранения юридических коллизий. Эта сторона проблемы уже затрагивалась такими учеными, как А.Ю. Буюков, Н.А. Власенко, В.Н. Кудрявцев, Ю.А. Тихомиров, Т.В. Худойкина, Н.И. Матузов. Последний весьма удачно к их числу относит: толкование; принятие нового акта; отмену старого; внесение изменений и уточнений в действующие; судебное, административное, арбитражное рассмотрение; систематизацию законодательства; переговорный процесс; создание согласительных комиссий; конституционное правосудие².

К другим способам можно отнести вопросы согласования национального законодательства с нормами международного права, законов и подзаконных актов, нормативных актов органов государственной власти и местного самоуправления.

Одним из эффективных средств устранения противоречий является правовой консенсус. В переводе с латинского это понятие означает согласие, единодушное принятие решений по спорным вопросам путем обсуждения и взаимных уступок. Ученые-правоведы незаслуженно обходят стороной разработку теории правового консенсуса, хотя эффективное использование на практике данного института без такого исследования невозможно.

Сегодня юридическое согласие составляет основу многих отраслей права. Так, гражданское законодательство зиждется на договорных отношениях, сердцевиной которых является консенсус: договор купли-продажи (ст. 454 ГК РФ), договор поставки (ст. 506 ГК РФ), договор мены (ст. 567 ГК РФ), договор подряда (ст. 702 ГК РФ), договор найма и кредита (ст. 807, 819 ГК РФ) и др.

Консенсуальные отношения присущи и другим отраслям российского законодательства. Трудовое, семейное, гражданское процессуальное, уголовное-процессуальное право содержат такие формы правового консенсуса, как соглашение, согласие, договор, мировое соглашение, социальное партнерство, контракт и др.³ Законодатель не случайно предусмотрел множество форм достижения правового консенсуса, поскольку развитие рыночных отношений без его правовой реализации проблематично.

Являясь разновидностью социального консенсуса, правовой консенсус предполагает согласие сторон, основанное на нормах права. Его достижение протекает поэтапно, в рамках определенной законодательной процедуры.

В действующем законодательстве правовой консенсус выступает в двух основных смыслах: в широком как результат достигнутого согласия и в узком — как юридическая процедура.

Как результат достигнутого согласия правовой консенсус представляет собой цель, ради которой стороны вступают в консенсуальные правоотношения. Выступая в таком ракурсе, он обладает рядом специфических черт⁴:

¹ См.: Малков В.П. Совокупность преступлений. — Казань, 1974. — С. 180.

² См.: Матузов Н.И. Юридические коллизии и способы их разрешения // Теория государства и права: Курс лекций / Под ред. Н.И. Матузова и А.В. Малько. — М., 2000. — С. 429—431.

³ См.: Кожокарь И.П. Правовой консенсус: общетеоретический анализ: Автореф. дис... канд. юрид. наук. — Саратов, 2005. — С. 3.

⁴ См. там же. — С. 13.

- является фундаментальной основой любого правового соглашения сторон и включает в себя все виды согласия (договор, соглашение, контракт, социальное партнерство и т. д.);
- служит связующим звеном всех форм выражения правового согласия;
- выступает основным звеном правомерности достигнутых договоренностей;
- выражает согласованную волю равноправных, праводеспособных участников правоотношений, поскольку принятие решения с нарушением их воли влечет нарушение принципов правового консенсуса;
- основывается на нормах действующего законодательства;
- порождает юридически значимые последствия;
- является основанием юридической ответственности сторон в случае нарушения согласия;
- выражается в консенсуальном акте.

Законодатель предусматривает следующие виды консенсуальных актов: сделка (договор), контракт, соглашение, согласие, социальное партнерство, мировое соглашение, примирение сторон и т. д.

Достижение согласованного результата происходит посредством законодательной консенсуальной процедуры, которая представляет собой «нормативно установленный порядок осуществления юридической деятельности, направленный на реализацию норм материального права и основанных на них материальных правоотношений, охраняемый от нарушения правовыми санкциями»¹.

В законодательстве закреплены следующие виды консенсуальных процедур: третейское судопроизводство; претензия; переговоры; посредничество; ратификация, заключение и т. д.

Консенсус как результат достигнутого согласия и консенсус как юридическая процедура соотносятся как цель и средство. Достижение результата сторонами невозможно без использования ими консенсуальных процедур.

Правовой консенсус действует в границах возможного и дозволенного поведения субъектов правоотношений. Выход за эти рамки влечет его недействительность. Условиями правомерности правового консенсуса являются: равноправие субъектов; соответствие договоренностей сторон нормам действующего законодательства; законность интересов субъектов консенсуальных правоотношений; отсутствие возражений других участников принимаемого решения; одобрение большинством участников в случае необходимости принятия решения коллегиально.

Правовой консенсус — необходимое условие удовлетворения субъективных прав личности и ее законных интересов. Индивидуальные, коллективные и государственные интересы зачастую пересекаются, образуя противоречие и конфликты. Для их нейтрализации требуется универсальный механизм примирения и согласования интересов сторон. Таким инструментом является право. Оно по своему назначению призвано выполнять функцию согласования позиций, достижения консенсуса, удовлетворения законных интересов².

Антиподом консенсуса является конфликт. Возникающие в повседневной жизни коллизии заставляют субъектов права поступать таким образом, чтобы с помощью правовых средств избежать их, защитить свои интересы, найти обоюдоприемлемое решение. Процесс разрешения конфликта можно разделить на три стадии: подготовительная; стадия применения способа разрешения; стадия выхода из конфликта и контроль за согласованными решениями³.

К факторам предупреждения юридического конфликта относятся: всестороннее обеспечение верховенства закона; научный характер правотворчества; разработка единых правил оформления проектов законов и подзаконных актов в виде специального закона; достижение высокого качества законов; независимая научная экспертиза вносимых на рассмотрение Государственной Думы законопроектов; систематизация законодательства; достижение консенсуса в правоприменительном процессе; подготовка Свода законов Российской Федерации и др.

Важнейшим условием реализации данных мероприятий является унифицированная юридическая регламентация разноуровневых правотворческих процедур путем принятия закона о правотворчестве Российской Федерации. Этот нормативный акт должен закреплять единую технологию разработки и оформления проектов законов и подзаконных актов. Незначительные технико-юридические вопросы их составления могут решаться не законодательным порядком, а подзаконным нормотворчеством типа Правил о порядке подготовки законов.

Особым и, надо признать, недостаточно активно используемым средством устранения противоречий является институт преемственности в праве. Его суть, как известно, заключается в разумном заимствовании, восприятии действующим законодательством всего положительного и нужного из прошлых или параллельно действующих правовых систем. Кроме того, преемственность предполагает связь между различными этапами или ступенями в развитии национального права как целостного

¹ Яковенко О.В. Правовая процедура: Автореф. дис... канд. юрид. наук. — Саратов, 1999. — С. 7.

² См.: Иванец Г.И. Право как нормативное выражение согласованных интересов: Автореф. дис... канд. юрид. наук. — М., 2001. — С. 20—21.

³ См.: Худойкина Т.В. Основы юридической конфликтологии. — Саранск, 2002. — С. 37.

социального образования. В таком качестве она способствует всестороннему развитию и совершенствованию действующего законодательства, устранению имеющихся в нем противоречий, которые порой трудно или даже невозможно устранить другими способами, а иногда и предупреждает их возникновение.

Преемственность в праве осуществляется в основном по двум главным направлениям: содержанию и форме выражения права¹. Подобная рецепция может быть вертикальной и горизонтальной, затрагивать национальное и международное законодательство.

При этом весьма важно установить элементы сходства, идентичности рецепцируемой правовой материи.

Нено Неновски выделяет следующие элементы такого сходства: наличие сходных отраслей и институтов; идентичность правовых норм; сходство целей отдельных правовых институтов; преемственность принципов права; сходный логический и концептуальный аппарат языка права и законодательной техники².

Взаимодействие международного права и национального законодательства Российской Федерации — процесс сложный и многогранный. В нем участвуют различные государственные органы, должностные лица государства, межправительственные организации.

Такое взаимодействие в области права, представляющее собой согласованность двух или более правовых систем, обусловлено общими целями, необходимо для их взаимного развития и предполагает возможность существования у них общих сфер деятельности.

Конституция РФ в части 4 статьи 15 прямо устанавливает, что общепризнанные принципы и нормы международного права и международные договоры Российской Федерации являются составной частью ее правовой системы. Если международным договором России установлены иные правила, чем предусмотренные законом, то применяются правила международного договора.

Отсылка к международным договорам и общепризнанным нормам международного права содержится и в ряде других статей Конституции РФ. Об этом наглядно свидетельствуют нормы статей 62 и 63, регламентирующие вопросы гражданства и предоставления политического убежища иностранным гражданам и лицам без гражданства, а также предписание статьи 69, гарантирующее права коренных малочисленных народов. Подобные нормы содержатся и в других правовых актах.

Влияние процесса глобализации на национальное право протекает довольно противоречиво, но в нем все же можно выделить ряд типичных направлений. Ю.А. Тихомиров вполне обоснованно среди них называет³:

- 1) признание общих правовых концепций обеспечения прав граждан, многообразия форм собственности, защиты прав и законных интересов бизнеса и т. д.;
- 2) выработка общих принципов правового регулирования предпринимательства, экологических стандартов, взаимоотношений граждан и публичных властей и др.;
- 3) использование демократических институтов типа административной юстиции, суда присяжных и т. д.;
- 4) признание роли сводных правовых актов, адекватных соответствующим национальным актам (модельные законы Межпарламентской Ассамблеи СНГ, проект Конституции Европейского Союза, проект Конституционного акта Союзного государства России и Беларуси и т. п.);
- 5) использование общепризнанной терминологии;
- 6) использование таких способов сближения национальных законодательств, как унификация, универсализация, гармонизация и т. д.;
- 7) использование многосторонних договоров для совместного решения многих региональных задач усилиями различных государств.

Влияние международно-правовых норм на внутригосударственное право осуществляется также при помощи механизмов сравнительного правоведения.

Однако, несмотря на углубляющуюся взаимосвязь международного и внутригосударственного права, остается непоколебимым принцип, в соответствии с которым государство на основе своего суверенитета самостоятельно выбирает свою политическую, социальную систему, формирует законодательство.

Хотя международное право согласно Конституции РФ и является составной частью российской правовой системы, оно не входит в систему права Российской Федерации в качестве самостоятельной отрасли. Да и в правовую систему России оно включается не в полном объеме, а только в качестве возможного источника права и то в случае непротиворечия ее национальным интересам. Речь идет прежде всего о таких нормах, которые направлены на поддержание правопорядка и стабильности в мире.

¹ См.: Бабаев В.К. Общая теория права: Краткая энциклопедия / В.К. Бабаев, В.М. Баранов. — Н. Новгород, 1997. — С. 26.

² См.: Неновски Н. Преемственность в праве. — М., 1977. — С. 20.

³ См.: Тихомиров Ю.А. Способы влияния международного права на российское законодательство // Глобализация и развитие законодательства: Очерки / Под ред. Ю.А. Тихомирова, А.С. Пиголкина. — М., 2004. — С. 84—85.

Вместе с тем, каждое государство само устанавливает пределы и характер взаимодействия своего права с международным. Однако международный договор не может стоять выше Конституции страны и часто не считается обладающим большей силой, чем федеральные законы. Процесс взаимодействия является двусторонним и невозможен без равенства сторон.

Процедура этого партнерства имеет свои цели, функции и принципы.

Цель взаимодействия — установление такого соотношения двух правовых систем, при котором возникла реализация их общих авторитетов. В этом процессе каждая из систем опирается на другую для достижения своих целей.

Функции взаимодействия представляют собой координацию деятельности всех субъектов международного и внутригосударственного права для достижения цели их взаимодействия.

Оно должно основываться на соблюдении следующих принципов.

1. Принцип равенства правовых систем.
2. Принцип единства целеполагания.
3. Принцип согласованного действия правовых систем.
4. Принцип соблюдения предписаний обеих систем, установленных для урегулирования процесса их взаимодействия.
5. Принцип соблюдения государствами своих обязательств по обеспечению эффективного взаимодействия международного и внутригосударственного права.
6. Принцип ответственности государств за нарушение обязательств по обеспечению взаимодействия¹.

В российскую систему права входят только те общепризнанные принципы и нормы, в отношении которых Россия в установленных законом формах выразила согласие на их обязательность для себя. В тех же случаях, когда общепризнанные принципы и нормы международного права содержатся в международных обычаях, в законодательстве Российской Федерации должна содержаться прямая отсылка, которая в данном случае и будет являться способом выражения согласия на их обязательность для России. В этом плане примечательно высказывание О.И. Тиунова о том, что «общепризнанные принципы и нормы международного права, а также международные договоры России применяются Конституционным Судом России как инкорпорированные в национальное право нормы»².

Однако в данном вопросе есть один нюанс, который требует уточнения. Речь идет о положении Конституции РФ, закрепляющем приоритет правил международных договоров перед российскими законами.

Федеральный закон от 15 июля 1995 года «О международных договорах Российской Федерации» различает три уровня международных договоров: межгосударственные, межправительственные и межведомственные. Говорить о приоритете правил межправительственных или межведомственных договоров перед положениями законов вряд ли возможно, ибо это акты различной юридической силы, между ними должна соблюдаться четкая субординация. К сожалению, в указанном Законе данные вопросы детально не регламентированы, что может породить на практике различные недоразумения³. Именно подобные неточности, противоречия, несогласованности вызывают неоднозначные мнения по вопросу соотношения национального законодательства и международного права.

Так, Г.М. Даниленко, высказывая свою точку зрения, отмечает, что «общепризнанные нормы международного права не обладают приоритетом по отношению к внутригосударственным правовым актам»⁴.

Л.А. Окуньков в комментарии к Конституции РФ подчеркивает, что «в случае расхождения закона и иного нормативного акта с международным договором, в котором участвует Российская Федерация, или с общепризнанными принципами и нормами международного права применяются правила, установленные этими нормами и договором»⁵.

О.Н. Хлестов замечает, что благодаря части 4 статьи 15 Конституции РФ «Россия практически признала примат международного права над внутренним законодательством»⁶.

Судья Конституционного Суда РФ О.И. Тиунов в одной из своих работ указывает, что «общепризнанные принципы и нормы международного права, а также международные договоры России имеют

¹ Подробнее об этом см.: *Хижняк В.С.* Взаимодействие национального права России и международного права: конституционные основы. — Саратов, 2002. — С. 192.

² *Тиунов О.И.* Непосредственное применение Конституции и международного права в практике Конституционного Суда // Правовая реформа в России: проблемы теории и практики. — Екатеринбург, 1996. — С. 34.

³ См.: *Черниченко С.В.* Права человека в контексте соотношения международного и российского права // Российская правовая система и международное право: современные проблемы взаимодействия. — Н. Новгород, 1996. — Ч. 1. — С. 30—31.

⁴ *Даниленко Г.М.* Применение международного права во внутренней правовой системе России: практика Конституционного Суда Российской Федерации // Государство и право. — 1995. — № 11. — С. 123.

⁵ Комментарий к Конституции Российской Федерации / Под ред. Л.А. Окунькова. — М., 1996.

⁶ *Хлестов О.Н.* Международное право и Российская Федерация // Московский журнал международного права. — 1994. — № 4. — С. 55.

преимущества перед национальными законами в случае противоречия международных норм законам государства»¹.

Общеизвестно, что Конституция РФ имеет высшую юридическую силу, прямое действие и применяется на всей территории Российской Федерации. В части 1 статьи 15 она прямо указывает, что «законы и иные правовые акты, принимаемые в Российской Федерации, не должны противоречить Конституции Российской Федерации». Исходя из данного положения, следует учитывать, что высшая юридическая сила Конституции РФ распространяется не только на все внутригосударственные нормативные акты, но и на нормы общего и договорного международного права, включенные в правовую систему Российской Федерации, которые «являются не инородным телом, не каким-то особым порядком, а неотъемлемой интегральной частью этой системы...»².

Вопрос о приоритете общепризнанных принципов и норм международного права приобретает особую актуальность в свете проблемы создания процессуального механизма исполнения, например, часть 3 статьи 46 Конституции РФ, провозглашающей право каждого человека обращаться в международные органы для защиты своих прав при условии, что им исчерпаны все имеющиеся внутригосударственные средства правовой защиты.

Такое положение позволяет любым лицам, их группам направлять жалобы непосредственно в Европейский суд по правам человека, что ставит под сомнение окончательность принимаемых Конституционным Судом РФ решений по вопросам прав и свобод человека и гражданина, ибо его решения здесь могут быть обжалованы. Налицо пробел в соотношении внутреннего и международного процессуального законодательства в столь серьезном деле.

Совершенно очевидно, что имплементация в законе международно-правовых норм желательна. При таком раскладе законодательство и судебная практика используют разные приемы в отношении общепризнанных норм международного права и положений международных договоров. «Первые устанавливают общеприемлемые для всех государств стандарты, и их введение в национальную правовую систему осуществляется при помощи централизованной законодательной процедуры. Вторые содержат конкретные и специализированные нормы и их внедрение в практику отдельных государств нередко осуществляется национальными судами.

Для России имплементация норм международных договоров имеет особое практическое значение с точки зрения укрепления международной и национальной безопасности»³.

Таким образом, международное и внутригосударственное право соотносятся между собой как две самостоятельные правовые системы, обладающие схожими приоритетами и связанные общими целями и задачами. В процессе взаимодействия возможно согласование норм обеих систем, а также их взаимная имплементация. Процесс взаимодействия характеризуется влиянием одной системы на другую⁴.

Говоря об отраслевой рецепции, следует обратить внимание на ее историческую составляющую. Например, в гражданском праве о такой преемственности можно говорить в договорных обязательствах. Еще римское право рассматривало договор с трех позиций: как основание возникновения правоотношения; как само правоотношение, возникшее из этого основания и как форму, которую соответствующее правоотношение принимает.

Как в римском, так и в русском дореволюционном частном праве, в качестве существенных элементов договора назывались соглашение сторон, цель договора и его предмет.

В современном гражданском праве термин «договор» трактуется в таких же его значениях⁵. Согласно пункту 1 статьи 420 ГК РФ «Договором признается соглашение двух или нескольких лиц об установлении, изменении или прекращении гражданских прав или обязанностей».

Элементы преемственности с ГК РСФСР 1964 года содержат нормы ГК РФ 1994 года, закрепленные в главе IX «Сделки» и главе XX «Защита права собственности и других вещных прав».

В области трудового права сохранили свою преемственность нормы, закрепляющие понятие трудового договора (ст. 56 ТК РФ), условия расторжения трудового договора (ст. 80 ТК РФ), основания расторжения трудового договора (ст. 81 ТК РФ) и др. Статья же 423 ТК РФ «Применение законов и иных нормативно-правовых актов» прямо оговаривает, что «впредь до применения законов и иных нормативных правовых актов, действующих на территории Российской Федерации, в соответствии с настоящим Кодексом законы и иные правовые акты Российской Федерации, а также законодательные

¹ Тиунов О.И. Конституционный Суд Российской Федерации и международное право // Российский ежегодник международного права. — 1995. — С. 181.

² Толстик В.А. Иерархия российского и международного права. — М., 2001. — С. 92.

³ Поленина С.В. Законотворчество в Российской Федерации. — М., 1996. — С. 36—37.

⁴ См.: Пряхина Т.М. Актуальные проблемы взаимодействия международного и национального права / Т.М. Пряхина, В.С. Хижняк. — Саратов, 2003. — С. 10.

⁵ См.: Летяев В.А. Рецепция римского права в России XIX — начала XX века (историко-правовой аспект). — Волгоград, 2001. — С. 192.

и иные нормативные правовые акты Союза ССР, действующие на территории Российской Федерации в пределах и порядке, которые предусмотрены Конституцией Российской Федерации и Постановлением Верховного Совета РСФСР от 12 декабря 1991 года № 2014 «О ратификации Соглашения о создании Содружества Независимых Государств», применяются постольку, поскольку они не противоречат настоящему Кодексу (в ред. Федерального закона от 30 июня 2006 г. № 90-ФЗ)».

Сохранили свою значимость и перешли в новый Уголовный кодекс РФ нормы статей, содержащие понятие преступления, состав кражи, грабежа. Нашел свое повторное закрепление в новом УК РФ институт конфискации имущества как иная мера уголовно-правового характера.

Восприятие идей международного права просматривается и в законодательстве Российской Федерации о местном самоуправлении.

Его компетенция в общем виде впервые закреплена в статье 4 Европейской хартии местного самоуправления, в которой говорится следующее.

1. Основные полномочия органов местного самоуправления устанавливаются Конституцией или законом. Вместе с тем это положение не исключает предоставления органам местного самоуправления в соответствии с законом полномочий для выполнения конкретных задач.

2. Органы местного самоуправления в пределах, установленных законом, обладают полной свободой действия для реализации собственной инициативы по любому вопросу, который не исключен из сферы их компетенции и не находится в ведении какого-либо другого органа власти.

3. Осуществление публичных полномочий, как правило, должно преимущественно возлагаться на органы власти, наиболее близкие к гражданам. Передача какой-либо функции другому органу власти должна производиться с учетом объема и характера конкретной задачи, а также требований эффективности и экономии.

4. Предоставляемые органам местного самоуправления полномочия, как правило, должны быть полными и исключительными. Они могут быть поставлены под сомнение или ограничены каким-либо другим центральным или региональным органом власти только в пределах, установленных законом.

5. При делегировании полномочий каким-либо центральным или региональным органом власти органы местного самоуправления должны, насколько это возможно, обладать свободой адаптировать данные полномочия к местным условиям.

6. Необходимо консультироваться с органами местного самоуправления, насколько это возможно, своевременно и надлежащим образом в процессе планирования и принятия любых решений, непосредственно их касающихся.

Этот документ сыграл важную роль в регулировании процессов организации и функционирования местных образований; закреплении, уяснении и использовании понятийного аппарата; определении места органов местного самоуправления в системе управления государственными делами¹. Речь идет о текущем законодательстве, где базовое значение имеет Федеральный закон «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации»².

Закрепленные в Законе полномочия органов местного самоуправления можно разделить на две большие группы:

- а) полномочия по решению вопросов организации местного самоуправления;
- б) полномочия по решению вопросов местного значения³.

К достоинствам Закона, несомненно, следует отнести новый подход к разграничению предметов ведения местного самоуправления. В нем особо подчеркивается, что перечень вопросов местного самоуправления не может быть изменен иначе, как путем внесения изменений и дополнений в соответствующий федеральный закон.

Правовую основу местного самоуправления согласно указанию Закона составляют общепризнанные принципы и нормы международного права, международные договоры Российской Федерации, Конституция РФ, федеральные конституционные законы, указы и распоряжения Президента РФ, постановления и распоряжения Правительства РФ и т. д. (ст. 4). В нем определены пределы вмешательства федеральных органов государственной власти в сферу местного самоуправления.

Процессы преемственности наблюдаются и в других отраслях, ибо без учета положительного опыта прежнего законодательства, правовых систем в целом и их элементов невозможно эффективное развитие современного российского права.

¹ См.: Еремин А.Р. Реализация права человека и гражданина на местное самоуправление в Российской Федерации: конституционные вопросы. — Саратов, 2003. — С. 25.

² См.: Собрание законодательства РФ. — 2003. — № 40. — Ст. 3822.

³ См.: Кочеткова Н.В. Законодательное регулирование предметов ведения и полномочий органов государственной власти субъектов Российской Федерации и органов местного самоуправления: Автореф. дис... канд. юрид. наук. — Саратов, 2004. — С. 16.

В.А. Сивицкий

Сивицкий Владимир Александрович — кандидат юридических наук, доцент, заместитель руководителя Секретариата Конституционного Суда Российской Федерации

Пределы преемственности в праве (на примере инструментария систематизации законодательства)

Наверное, бесспорно, что впервые систематизация была реализована в России путем издания Полного собрания законов Российской Империи в 1830 году и Свода законов Российской Империи в 1832 году. Известно и то, что Сперанскому не удалось полностью реализовать свои планы по систематизации — он так и не убедил Николая I в необходимости трансформации законодательства в систему уложений (фактически, кодексов). Тем не менее, во многом Свод законов был близок к кодифицированным актам. Во-первых, систематизации в Своде были подвергнуты нормы, правила, предписания¹. Фактически, тем самым признавалось, что речь идет не о систематизации законодательства, а о систематизации права. Во-вторых, Свод, конечно, перерос форму инкорпорации, ведь определенная содержательная переработка нормативных предписаний имела место². И все-таки некоторая «недоделанность» Свода закона, а также сложности с оценкой его юридической силы не позволяют признать его результатом кодификации.

Одной из важных проблем применения Свода законов было соотношение его юридической силы с юридической силой первоисточников³. С одной стороны, наличие этой проблемы — свидетельство того, что свод законов перерос результат инкорпорации. С другой стороны, это является яркой иллюстрацией того, как нерешенность вопроса со старыми актами в результате систематизации создает проблемы при правоприменении. Если бы весь включенный в Свод законов нормативный массив признать актуальным и имеющим приоритет, данной проблемы бы не возникло. Однако Сперанский был связан тем, что на данном этапе делает не уложение (кодекс), а свод, то есть основывается на ранее принятых актах.

Что касается советского исторического опыта комплексной и межотраслевой систематизации, то реально о нем можно говорить только применительно к составлению Свода законов СССР и РСФСР в конце семидесятых — восьмидесятых годах (Систематическое собрание действующих законов СССР не сыграло и не могло сыграть существенной роли в развитии законодательства, так как советское законодательство, во-первых, только формировалось, во-вторых, составление систематического собрания и не преследовало цели его развития). Для него характерен ряд безусловных позитивных черт. Во-первых, работу по составлению Свода вела Юридическая комиссия при Совете Министров СССР, то есть специально созданное и достаточно статусное организационное образование. Во-вторых, необходимо отметить весьма детальную и проработанную схему Свода законов. В-третьих, работа над Сводом законов сопровождалась нормотворческой работой⁴, то есть понимание пределов возможностей официальной инкорпорации для развития правовой системы имело место и тогда.

В то же время, существенным недостатком Свода законов был весьма ограниченный состав включаемых в него видов нормативных актов⁵. Необходимо также отметить, что Свод законов Российской Империи покрывал (если анализировать не только по охвату регулированием общественных отношений, но и по глубине такого регулирования) больший объем правового регулирования, чем Свод законов СССР.

В результате, особенно с учетом сложившегося в СССР соотношения между законодательным и подзаконным регулированием, Свод оказался достаточно полезным для работы органов государственной власти, но мало помогающим прикладной деятельности по практической реализации прав субъектами правоотношений. Поэтому, хотя стремительные изменения общественного строя, состоявшиеся вскоре после выхода Свода в свет, фактически лишили нас возможности получения эмпирических данных о реальной пользе Свода, можно предположить, что он бы сыграл ту же роль, что и Свод законов Российской Империи Сперанского — то есть на определенном этапе он был безусловным достижением, индикатором высокого уровня правового развития.

¹ Систематизация законодательства в Российской Федерации / Под ред. А.С. Пиголкина. — М., 2003. — С. 279.

² Там же. — С. 300.

³ Там же. — С. 282—288.

⁴ Там же. — С. 324, 333.

⁵ Там же. — С. 322—323.

Если исходить из широкого понимания преемственности в праве, она должна касаться не только правовых институтов, но и правовых инструментов, в том числе инструментов развития правовой системы. И применительно к систематизации это проявилось достаточно отчетливо.

6 февраля 1995 года был подписан Указ Президента Российской Федерации «О подготовке к изданию Свода законов Российской Федерации». Он положил начало работе по созданию этого Свода: достаточно быстро появились две концепции структуры Свода (Института законодательства и сравнительного правоведения и Института государства и права). 14 февраля 1998 года был подписан Указ Президента Российской Федерации «О мерах по повышению эффективности работы, связанной с формированием Свода законов Российской Федерации». В целях подготовки Свода была проведена определенная работа по инвентаризации законодательства, созданы рабочие группы в федеральных органах исполнительной власти. Был подготовлен и внесен в Государственную Думу проект Федерального закона «О Своде законов Российской Федерации». В общем, все делалось в классических российских традициях составления Свода законов.

Но насколько такая преемственность, действительно, является допустимой и желательной? Прежде всего, проблема в том, что в указах предусматривалось создание Свода действующих (то есть со всеми их противоречиями) нормативных правовых актов, хотя устанавливалась возможность разработки отдельных укрупненных актов и восполнения пробелов законодательства. Поэтому с самого начала вызывало сомнение, что такой Свод законов обеспечит всеобъемлющую и комплексную систематизацию. Если массив нормативных актов бессистемен по своей природе, Свод законов ничего не даст: его содержание будет иметь существенные внутренние противоречия, а вновь принимаемые акты постепенно еще больше расшатывают его.

Если все нормативные правовые акты действительно представляют собой целостную упорядоченную систему, нет необходимости собирать их в некий многотомник типа Свода или Систематического собрания. Достаточно регулярно выпускать попредметный «Реестр действующих нормативных правовых актов» с указанием места их опубликования: он может выходить чаще, чем Свод, и большим количеством экземпляров. В Реестре, чтобы было понятно содержание акта, можно приводить его оглавление. То есть с учетом сказанного выше, логичной представляется следующая цепочка: формируется модельная схема нормативных правовых актов — она реализуется путем работы по систематизации в различных ее формах — формируется Реестр действующих нормативных правовых актов, который соответствует модельной схеме.

Ценность Свода законов для реального упорядочения нормативного регулирования тем более снижается, если исходить из подхода, согласно которому в Свод законов помещаются лишь федеральные законодательные акты¹. Никаких гарантий от «размывания» законодательного регулирования подзаконным в этом случае нет.

И здесь необходимо отметить следующее — на определенном этапе Свод законов Российской Империи стал, в определенной степени, тормозом развития законодательства (таким бы стали и своды законов СССР. Если бы де-факто просуществовали дольше). Характерно, что по вопросам, включенным в Свод, в России не было распространено издание кодифицированных актов. Можно предположить, что в отсутствие Свода законов правотворчество, особенно в царствование Александра II развивалось бы более бурно, а инструменты правового регулирования оказались бы более прогрессивными, чем закрепленные в Своде.

Основной же минус Свода законов состоит в том, что работа зацикливается на существующем нормативном массиве, который, на самом деле, нуждается в существенной «переконфигурации». Фактически, Свод всегда останется формой систематизации нормативных правовых актов, а не систематизации норм, к которой стоит стремиться.

В настоящее время Указ 1995 года полностью отменен, а в Указе 1998 года не осталось положений про Свод законов. Однако вряд ли исключение Свода законов из числа перспективных правовых проектов, в контексте сказанного выше, заслуживает негативной оценки.

Это, однако, — подчеркнем — не отрицает ценности проделанной Сперанским и его сотрудниками, а затем советскими специалистами работы по составлению сводов законов. Ведь в середине XIX века и даже во второй половине XX века ситуация с возможностью получения правовой информации существенно отличалась от нынешней и, конечно, значение Свода законов для юристов-практиков была куда более важным, чем сейчас. Однако даже если абстрагироваться от проблем получения правовой информации, ход работы по составлению Сводов законов показал, что некое представление о конечном, объективированном результате систематизации, о собрании или своде, которые можно «поддержать в руках», является важным стимулом работы. Поэтому как организационно-стимулирующий фактор работы по систематизации наличие «на выходе» Свода законов или иной аналогичной комплексной правовой конструкции также можно и нужно рассматривать.

¹ Систематизация законодательства в Российской Федерации / Под ред. А.С. Пиголкина. — М., 2003. — С. 60.

Таким образом, если рассматривать систематизацию, особенно комплексную и общеотраслевую систематизацию, как механизм развития, то очень важно не начинать систематизационные проекты, обеспечивающие качественное поверхностное упорядочение законодательства. Иначе у органов власти, да и самих непосредственных организаторов систематизации возникнет ощущение удовлетворенности проделанной работой (усиленное усталостью от нее), и систематизация будет остановлена на полпути, не решив не только задачи развития, но и задачи упорядочения законодательства. Поэтому траектория деятельности по систематизации должна быть выбрана таким образом, чтобы в организационно-техническом плане ни на одном этапе не возникало возможности остановить процесс и удовлетвориться достигнутым. Иными словами, организаторы процесса систематизации должны сами загнать себя в такое положение, что вынуждены будут идти до конца в деле упорядочения и обновления нормативного массива. А следовательно, ограничиваться составлением свода действующего законодательства ни в коем случае нельзя. Поэтому преимущество такого инструментария систематизации, как составление свода, может носить только частичный характер.

Сказанное вполне применимо и к инструментарию кодификации, которая достаточно популярна как средство упорядочения правового массива и в целом, в этом аспекте, более эффективна. Недаром Сперанский хотел, как отмечалось выше, сделать результатом работы систему уложений.

У кодификации или консолидации группы правовых актов по одному предмету в единый акт должны быть разумные пределы, связанные прежде всего с удобством пользования получившимся нормативным актом, возможностью его целостного восприятия. В каждом конкретном случае эти пределы надо определять, исходя из предмета правового регулирования этими актами. В ряде случаев акт и с тысячей статей не будет громоздким, а в других (как правило, если целостность предмета регулирования этого акта носит надуманный характер) и сто статей — много.

Рассмотрим, для примера, вопрос регулирования институтов непосредственной демократии, в основном выборов и референдума, избирательными кодексами. Сейчас в Российской Федерации опыт регулирования выборов кодексами уже имеется во многих субъектах Российской Федерации. Есть два типа регулирования выборов кодексами. Первый — когда правовое регулирование выборов отдельных органов власти «разбросано» по тексту, то есть структурные элементы кодекса, которые регламентируют, например, депутатов представительного органа, органов местного самоуправления не выделяются. Другой способ построения материала состоит в том, что выделяются общая и особенная часть: общая часть — это что-то похожее по содержанию и способу изложения норм на Федеральный закон «Об основных гарантиях избирательных прав и права на участие в референдуме граждан Российской Федерации». В особенной части кратко, буквально на 1-2 страницы, с учетом того, что было изложено ранее, осуществляется правовое регулирование выборов в отдельные органы публичной власти. Очевидно, это достаточно удобно, и такой способ размещения правового материала, если уже выбирать кодекс, стоит предпочесть.

В чем преимущество избирательного кодекса? В первую очередь, в том, что сокращаются повторы нормативного материала. Кроме того, наличие общего и специального закона о выборах (если говорить о перспективах принятия Избирательного кодекса на федеральном уровне) увеличивает вероятность внутренних противоречий в законодательстве. Кодекс, конечно, в значительной степени решает эти проблемы. Но есть и недостаток, который сводит эти достоинства на «нет». Избирательное законодательство (как и законодательство о референдуме) должно быть абсолютно понятным любому гражданину. Представим избирательный кодекс. Если положения, общие для всех выборов, оторваны в нем от положений о выборах в конкретные органы публичной власти, то гражданин, неискушенный в вопросах юридической техники, может просто не разобраться, что создает ему неудобства. Это касается не только граждан-избирателей, но и членов избирательных комиссий, особенно участковых. Такое неблагоприятное последствие кодификации федерального избирательного законодательства отмечает, например, А.Е. Постников¹.

Тем не менее, естественным стремлением специалистов при комплексной систематизации будет создание как можно большего числа кодифицированных актов (необязательно в форме кодекса — возможно это будут и отдельные законы: важно «бережно» относиться к самому понятию и термину «кодекс»², то есть, чтобы нормативный правовой акт получил статус кодекса, необходимо, чтобы он охватывал несколько правовых институтов, составляющих значительный пласт нормативного регулирования, однако выделение такого пласта часто очень оценочно) с тем, чтобы охватить кодексом целиком соответствующую сферу правового регулирования.

Альтернативой такому подходу может быть применение инкорпорации, охватывающей акты, относящиеся к одной отрасли (обычно комплексной) или одному предмету. В качестве иллюстрации рассмотрим две сферы, в которых возможно применение инкорпорации — составления таких «мини-

¹ См.: Постников А.Е. Система российского избирательного законодательства // Журнал российского права. — 1997. — №1. — С. 38.

² Алексеев С.С. Общая теория права — М., 1982. — Т. 2. — С. 258.

сводов». Отметим, что системность регулирования в рамках «мини-сводов» должна обеспечиваться: единством терминологии и применяемых для регулирования сходных отношений юридических конструкций, системой взаимных ссылок, наличием (желательно) «базового» нормативного правового акта, устанавливающего общие принципы правового регулирования в этой сфере, также связанного взаимными ссылками со всеми нормативными правовыми актами в рамках данного свода. Достичь такого результата можно единовременностью вступления в силу (а по возможности — и принятия) соответствующих актов в рамках «мини-свода».

Таким предметным сводом мог бы быть, например, Транспортный свод. В него должны быть включены кодифицированные акты в сфере железнодорожного транспорта, внутреннего водного транспорта, морского транспорта, воздушного транспорта, автомобильного транспорта, дорожного хозяйства. Если свести все регулируемые этими актами вопросы в один нормативно-правовой акт, он будет очень сложным для пользования, объединение же отдельных актов в Свод обеспечивает удобство пользования каждым отдельным актом, гарантируя при этом целостность правового регулирования по предмету транспорта.

Точно такая же ситуация складывается с нормативными правовыми актами по вопросам охраны и использования окружающей природной среды. Здесь удобнее создать Свод правового регулирования охраны и использования окружающей природной среды, включающий Закон об общих принципах охраны и использования окружающей природной среды (то, что относится ко всем природным ресурсам), выполняющий роль базового документа, Земельный кодекс, Кодекс о недрах, Лесной кодекс, Водный кодекс, Закон о животном мире, Закон об атмосферном воздухе. При этом все кодексы (законы) путем отсылок должны быть увязаны с Законом об общих принципах охраны и использования окружающей природной среды, и весь Свод должен вступить в силу одновременно.

Такого рода архитектура результата систематизации не вписывается в традиционную конструкцию. Ее нельзя будет назвать в полной мере проявлением преемственности. Но она и не является, будучи отраслевой (предметной) инкорпорацией, ее полным отрицанием.

А.Г. Сироткин

Сироткин Алексей Геннадьевич — доцент кафедры правового обеспечения профессиональной деятельности Костромского государственного университета имени Н.А. Некрасова, руководитель юридической клиники

Узуфрукт (пользовладение) в российском праве: вопросы рецепции и преемственности

В проекте изменений в ГК РФ, подготовленном Советом при Президенте Российской Федерации по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства, предлагается расширить круг ограниченных вещных прав, в том числе за счет включения в отечественную систему права узуфрукта (права личного пользования), разработанного еще в римском праве. Перспектива использования узуфрукта в отечественной системе гражданского права требует пристального изучения его истории. В связи с этим представляет интерес исследование генезиса узуфрукта (пользовладения) в российском праве с точки зрения определения наличия в данном процессе явлений рецепции и преемственности.

Прежде чем приступить к рассмотрению поставленного вопроса, необходимо определиться, в каком значении в данной статье будут использоваться понятия «преемственность» и «рецепция».

В юридической науке существуют различные мнения относительно понятия и видов преемственности в праве. Н. Неновски считает, что преемственность в праве «означает связь между разными этапами (ступенями) в развитии права как социального явления, что суть этой связи состоит в сохранении определенных элементов или сторон права (в его сущности, содержании, форме, структуре, функциях и др.) при соответствующих его изменениях»¹.

По мнению Т.В. Наконечной, «преемственность есть связь между различными историческими ступенями развития права, обусловленная диалектическим единством прерывности и непрерывности экономических и иных общественных отношений и «собственным» развитием права. Сущность ее заключается в удержании, сохранении и использовании отдельных элементов предшествующего уровня правового развития в последующем»². При этом ученый отмечает, что данная связь в отличие от повторяемости имеет непрерывный характер.

В отличие от Н. Неновски Т.В. Наконечная отрицает «горизонтальную» преемственность — преемственность между национальными правовыми системами в пределах определенного исторического типа права. Имеющиеся связи между такими системами имеют, с ее точки зрения, характер рецепции, восприятия, «в основе которых лежит наличие общих закономерностей и сходных условий развития»³.

Существуют и другие подходы к видам преемственности в праве. В частности, допускают, что преемственность может иметь место и при временном отказе от использования тех или иных институтов, такую преемственность называют непоследовательной (возвратной)⁴. В данном случае наблюдается разрыв правовой материи, но в дальнейшем законодатель возвращается к использованию в новой форме («старое в новом») ранее применявшихся положений.

Ф.Ф. Литвинович рассматривает преемственность в праве как более сложную связь, чем просто одномерную и линейную, предполагающую бесконечное возвращение к прошлому правовому наследию в свете новых задач⁵.

Учитывая многообразие взглядов на преемственность в праве, полагаем, что применительно к российскому гражданскому праву можно рассматривать преемственность как непоследовательный, возвратный процесс. Правовая система советского государства, в котором отрицалась частная собственность, по вполне понятным причинам не восприняла многие виды вещных прав, существовавшие в дореволюционном праве. Однако возврат к экономическим отношениям, основанным на принципах неприкосновенности частной собственности, свободы предпринимательской деятельности, автономии воли и так далее, не исключает возможности использовать дореволюционный опыт с учетом современных условий.

¹ Неновски Н. Преемственность в праве. — М., 1977. — С. 10.

² Наконечная Т.В. Преемственность в развитии советского права. — Киев, 1987. — С. 10.

³ Там же. — С. 12.

⁴ Андриановская И.И. Преемственность в трудовом праве: Монография. — Южно-Сахалинск, 2010. — С. 23.

⁵ См.: Литвинович Ф.Ф. Преемственность в праве (Вопросы теории и практики): Дис... канд. юрид. наук. — Уфа, 2000.

Под рецепцией в данной статье понимается процесс восприятия отечественным правом на какой-либо стадии его развития правовых норм об узуфрукте, содержащихся на момент рецепции или сохранившихся ранее в иностранном законодательстве. В то время как преемственность рассматривается как связь, состоящая в сохранении общего между положениями о пользовании в процессе развития российского права. Тем самым автор различает понятия преемственности в праве и рецепцию, не рассматривая последнюю как проявление первой¹.

Вопросы о степени иностранного влияния на русское право и возможности рецепции в России, в том числе рецепции римского права, привлекали внимание и дореволюционных, и советских, и современных представителей отечественной науки². Учитывая, что положения об узуфрукте впервые были разработаны римскими юристами и восприняты законодательством многих государств, невозможно обойти вниманием вопрос о воздействии римского права на возникновение и развитие института пользования в России.

Указать точное время возникновения узуфрукта в римском праве не представляется возможным, но исследователи отмечают использование данной правовой конструкции уже во второй половине II века до н. э. Д.В. Дождев считает, что узуфрукт появился не ранее середины III века до н. э. одновременно с разработкой концепции *ius in re aliena*³.

Появление узуфрукта связывают с развитием учения о легатах⁴. Полагают, что узуфрукт возник в сфере семейных отношений для удовлетворения интересов не перешедшей при заключении брака *sine manu* под власть мужа жены, которая не могла обладать имуществом супруга после его смерти на праве собственности⁵. Для ее обеспечения устанавливалось право пожизненного пользования наследственным имуществом или его частью с правом извлечения плодов, то есть узуфрукт. Ч. Санфилиппо, отмечая алиментный характер функций узуфрукта, утверждает, что «самой первой его формой был узуфрукт, оставленный по легату *pater familias* своей вдове, чтобы обеспечить за ней доходы от наследственного имущества, которое после ее смерти вернется в «полную собственность» детей»⁶. Л.Б. Дорн видит первоначальный повод для введения узуфрукта «в исключении римским правом супругов от взаимного друг за другом наследования по закону, и, объясняемым этим обстоятельством, желанием умирающего супруга, оставить другого пожизненно в фактическом отношении к вещам, которыми он был до тех пор окружен, но с тем, чтобы эти вещи не были потеряны для истинного наследника»⁷. Учитывая, что римское государство постоянно вело войны, в которых гибли римские граждане, можно предположить, что установление узуфрукта на основании завещания было весьма распространено⁸.

Таким образом, в римском праве узуфрукт возникает в сфере наследственных отношений в целях обеспечения интересов лица, которое не может выступать в качестве собственника наследственного имущества, но при этом находится в близких отношениях с наследодателем. Наследодатель стремился обеспечить материальное благополучие близкого ему человека, но существующие правовые рамки не позволяли ему это сделать посредством передачи имущества по наследству.

Связано это, по всей видимости, с присущим родовому быту общинным началом. В родовом обществе было принято считать имущество принадлежащим всему роду, а не отдельному индивиду, вещные права третьих лиц должны были быть ограничены во времени и не могли включать в себя правомочия по распоряжению имуществом. «У всех европейских народов, — отмечает И.Г. Оршанский, — первоначально преобладала идея рода, которому легко приносились в жертву интересы индивидуальной свободы отдельных членов семьи, особенно более слабых, не умевших отстаивать свои права, куда главным образом относятся лица женского пола. ...Поэтому закон вообще признавал только право женщин на получение приданого при выходе замуж, но не наследование в родовом

¹ О разграничении рецепции права и преемственности в праве см.: Рыбаков В.А. Рецепция права: общетеоретические вопросы. — Омск, 2009. — С. 61—72.

² См., например: Барац Г. О чужеземном происхождении большинства русских гражданских законов (в виду составления гражданского уложения) // Журнал гражданского и уголовного права. — 1884. — Кн. VIII; Летяев В.А. Рецепция римского права в России XIX — начала XX в. (историко-правовой аспект). — Волгоград, 2001; Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права. — М., 1907; Щапов Я.Н. Византийское и южнославянское правовое наследие на Руси в XI—XIII вв. — М., 1978.

³ См.: Дождев Д.В. Римское частное право. — М., 1996. — С. 457.

⁴ См.: Муромцев С.А. Гражданское право Древнего Рима. — М., 2003. — С. 593.

⁵ См.: Дождев Д.В. Римское частное право. — М., 1996. — С. 457; Сиваракша И.В. Сервитуты и узуфрукт в Гражданском кодексе Франции 1804 года: Дис... канд. юрид. наук. — М., 2002. — С. 91.

⁶ Санфилиппо Ч. Курс римского частного права. — М., 2002. — С. 198.

⁷ Дорн Л. Об узуфрукте по римскому праву. — СПб., 1871. — Т. 1. — С. 113.

⁸ Например, во время Второй Пунической войны (218 — 202 гг. до н.э.) в битве при Каннах (216 г. до н.э.) карфагенская армия Ганнибала разгромила превосходящую ее по численности римскую армию — потери римлян составили более 48 000 человек убитыми, из них половина — римские граждане, в числе которых было много сенаторов (см. Ливий Т. Война с Ганнибалом. — М., 1993. — С. 90).

имуществе»¹. Подобное отношение к имуществу было характерно и для римской семьи, единство которой обеспечивалось личной и имущественной властью главы семейства.

Необходимо отметить, что такое положение было присуще не только римскому, но и древнерусскому обществу. «Первоначально, — пишет М.Ф. Владимирский-Буданов, — при смешении публичных и частных начал, лицами, владеющими на частном праве, были союзы общественные: семейный, родовой, общинный и государственный; лицо физическое еще не выделяется»². В этот период, как считает ученый, старое римское агнатическое наследование имело некоторую аналогию с порядками, господствовавшими тогда у руссов³.

Учитывая некоторое сходство имущественных отношений в родовых обществах, можно предположить, что подобный институт мог существовать и в древнерусском праве. Если древнерусскому обществу также было присуще лишение женщин права наследовать в родовом имуществе, то древнерусский аналог узурфрукта следует искать в сфере наследственных отношений между членами семьи.

Историки права по-разному оценивают возможность вдов выступать в качестве наследников по древнерусскому праву. Русская Правда, не упоминая о праве мужей, в отношении жен говорит следующее: «Аже жена сядеть по мужи, то на ню часть дати; а что на ню муж възложить, тому же есть госпожа, а задница ей мужня не надобе» (ст. 93)⁴. И.Д. Беляев из данного текста делает вывод о том, что жена после смерти мужа имела право на такую же долю в наследстве, какую получали и все сыновья, если только муж при жизни своей не выделил ей части своего имущества (в последнем случае она не имела права на наследство)⁵. По мнению С.В. Пахмана вдова имела право на часть наследства, если она оставалась жить с детьми, но когда муж назначил или дал ей особенный выдел из своего имущества, то она вместе с детьми не наследовала⁶. А. Куницын отмечает, что хотя Русская Правда и не признает жену наследницей мужа, она, тем не менее, получала часть переходящего к детям имущества в свободную и независимую от детей собственность⁷.

Для нас важно установить, на каком праве переходило имущество жене после смерти мужа. Однозначного мнения по данному вопросу в науке истории права также не существует⁸.

Е.Н. Ярмонова указывает, что по Русской Правде женщина становилась полноправной собственницей получаемого от мужа имущества и могла распоряжаться им по своему усмотрению⁹. Об этом же пишет дореволюционный автор И.Д. Беляев: «по Номоканону жена получала долю из мужнина имения только на прожитие, по Русской же Правде она получала такую долю в полную собственность...»¹⁰.

По мнению В. Никольского, выделение жене части из имущества мужа производилось, когда при жизни мужа ничего не было ею получено, и если она оставалась во вдовстве, и эта выделяемая часть имела значение прожитка¹¹. М.Ф. Владимирский-Буданов также определял условия выделения части жене как прожиток. А. Рейц предполагал, что родовое имение предоставлялось вдове в пожизненное владение¹². В.О. Ключевский выделял в составе имущества вдовы вдовью часть, выделенную ей из наследства детей на прожиток до смерти или вторичного замужества, и то, что ей дал муж в полную собственность¹³.

Полагаем, что мнение о том, что имущество мужа могло переходить вдове на праве временного владения и пользования с целью ее обеспечения («на прожиток») после смерти мужа имеет право на существование и подтверждается содержанием духовных грамот князей и великих князей.

На основании изучения этих завещаний Б.Н. Чичерин делает вывод о том, что имущество переходило их женам в пожизненное владение. Например, в княжение сына Дмитрия Донского, Василия Дмитриевича, умер его дядя Владимир Андреевич, который завещал «если умрет кто из сыновей, и останется у него жена, то последняя сидит с детьми в уделе мужа до своей смерти. После ее смерти удел переходит к ее сыну, а не будет сына и останется только дочь, тогда дяди обязаны выдать ее замуж, а сами разделяют между собою удел своего брата поровну. Если же князь умрет, не оставив по себе детей, то жена его все таки остается в уделе мужа до кончины “по сей по моей грамоте, а поминает нашу душу”; остальные же сыновья до ее смерти никаким образом не должны вступаться в удел

¹ Оршанский И.Г. Наследственные права русской женщины // Наследственное право. — 2009. — № 2.

² Владимирский-Буданов М.Ф. Обзор истории русского права. — М., 2005. — С. 437.

³ См. там же. — С. 547.

⁴ Пространная редакция. Суд Ярославль Володимерич. Правда Руськая // Российское законодательство X—XX веков: В 9 т. — М., 1984. — Т. I: Законодательство Древней Руси. — С. 70.

⁵ Беляев И.Д. История русского законодательства. — СПб., 1999. — С. 238.

⁶ Пахман С.В. История кодификации гражданского права в двух томах. — СПб., 1876. — Т. I. — С. 216—217.

⁷ См.: Правда Русская / Под ред. Б.Д. Грекова. — М.; Л., 1947. — Т. II: Комментарии. — С. 641.

⁸ См.: Правда Русская: Учебное пособие / Отв. ред. Б.Д. Греков. — М.; Л., 1940. — С. 82—83.

⁹ См.: Ярмонова Е.Н. Отдельные аспекты наследования по российскому законодательству: прошлое и современность // Бюллетень нотариальной практики. — 2008. — № 6. (Размещено в СПС «КонсультантПлюс»).

¹⁰ Беляев И.Д. История русского законодательства. — СПб., 1999. — С. 238.

¹¹ См.: Никольский В. О началах наследования в древнейшем русском праве. — М., 1859. — С. 355.

¹² См.: Рейц А. Опыт истории российских государственных и гражданских законов. — М., 1836. — С. 203.

¹³ См.: Ключевский В.О. Сочинения: В 9 т. — М., 1987. — Т. I: Курс русской истории. — Ч. I. — С. 230.

своего брата»¹. В завещании Ивана Ивановича, сына Ивана Калиты, говорится, что по духовной его отца княгиня Ульяна владеет волостями и селами пожизненно, после ее смерти все ее владения должны быть разделены между сыновьями великого князя, его женой и племянником без обид². Кроме того, в завещании Ивана Ивановича предусмотрена передача жене в пожизненное владение по три волости и по два села из удела каждого из сыновей. После ее смерти каждый сын должен был обратно получить то, что у него было взято. Так же распорядился в своем завещании и Дмитрий Донской³.

«Мы видим, — пишет Б.Н. Чичерин, — здесь различные постановления: то вдове отдается в пожизненное владение, на прожиток, отдельный участок, то, как делалось обыкновенно, ей назначалась в пожизненное владение часть из удела каждого сына и кроме того давались некоторые владения в полную собственность, в опричинну; то наконец она оставалась до смерти в нераздельном владении с детьми. Бездетная же вдова, или оставалась в пожизненном владении удела своего мужа, или получила его в полную собственность, как например вдова Семена Ивановича, или наконец получала известный только участок. Все эти разнообразные постановления встречаются, как в законах Русской Правды, так и в духовных завещаниях частных лиц. Русская Правда прямо выставляет главным правилом: «Аже жена сядет по мужи, то у своих детей взять часть, а что на ню муж возложил, то тому госпожа есть, а задница (наследство) ей мужняя ненадобе»⁴.

При этом достаточно распространенным является мнение, что правила Русской Правды о наследовании вдовы возникли под влиянием византийского права. Данной точки зрения придерживались В. Никольский, который считал, что статья 93 Русской Правды имеет сходство с постановлениями Прохирона⁵, В.О. Ключевский, полагавший, что данная статья возникла под влиянием греко-римского права⁶, из современных ученых — В.А. Рыбаков, которой отмечает заимствование Русской Правдой статей о наследстве из византийских источников⁷.

О влиянии греко-римского права на регулирование отношений, связанных с временным владением и пользованием чужим имуществом (узуфруктом), может свидетельствовать и статья 94 Русской Правды. Данная статья имеет следующее содержание: «Будуть ли дети, то что первое жены, то то возмуть дети матери своея; любо си на жену будеть възложил, обаче матери своеи возмуть». Данную статью К.А. Неволин толкует так: «По Русской Правде, отец, у которого были бы дети от первой жены, не имеет права назначить своей второй жене что-либо из имущества их матери; дети его от первой жены должны получить имущество своей матери, хотя бы он отказал что-нибудь из этого имущества своей второй жене. Здесь принимается, что муж удерживает в своем владении имущество, оставшееся по смерти жены его, но в то же время постановляется, что это имущество принадлежит в собственность детям его от покойной жены и он не в праве отказать из этого имения что либо второй своей жене»⁸. Данная статья, по его мнению, совершенно сходна с постановлением Эклоги, по которому отцу принадлежало право пользоваться приданным имуществом своей жены, оставившей от брака с ним детей, хотя права собственности на такое имущество принадлежали детям, и, без сомнения, заимствована из этого источника. Влияние греко-римского права на содержание статьи 94 Русской Правды отмечают И.Д. Беляев, В. Никольский, В.И. Сергеевич⁹.

Принимая приведенное толкование статьи 94 Русской Правды, следует признать наличие в древнерусском источнике упоминания о частном случае владения чужим имуществом, которое в римском праве подпадало под понятие *ususfructus*: отец владеет имуществом, собственниками которого являются дети его первой жены. В данном случае мы наблюдаем несомненное сходство с *bona adventitia*, установленным императором Константином. «Имущество, доставшееся детям после матери, — описывает этот вид имущества С.А. Муромцев, — составляло собственность детей; отец же имел право пользования этим имуществом (*ususfructus*). При эманципации своей дети получали такое имущество в собственные руки, оставляя одну треть его в пользу отца “в благодарность” за его хлопоты. Юстиниан включил в *bona adventitia* и то имущество, которое дети получали после деда, бабки или других восходящих родственников. Под *bona adventitia* понимали вообще все то имущество, которое, не входя в состав прочих видов *пекулия*, приобреталось детьми со стороны, то есть не за счет отца»¹⁰.

Правило, предусмотренное статьей 94 Русской Правды, сохранилось как обычай в Смоленской губернии в среде крестьян до XX века: «Из Краснинского уезда (Коблуковской волости) пишут: ...если

¹ Чичерин Б. Духовные и договорные грамоты великих и удельных князей // Опыты по истории русского права. — М., 1858. — С. 249—250.

² Там же. — С. 261.

³ Там же. — С. 262.

⁴ Там же. — С. 268.

⁵ Никольский В. О началах наследования в древнейшем русском праве. — М., 1859. — С. 355.

⁶ Ключевский В.О. Сочинения: В 9 т. — М., 1987. — Т. I: Курс русской истории. — Ч. I. — С. 230.

⁷ Рыбаков В.А. Рецепция права: общетеоретические вопросы. — Омск, 2009. — С. 184.

⁸ Неволин К.А. История российских гражданских законов. — СПб., 1851. — Т. I. — С. 352—353.

⁹ См.: Правда Русская / Под ред. Б.Д. Грекова. — Т. II: Комментарии. — С. 647; Сергеевич В. Лекции и исследования по древней истории русского права. — СПб., 1899. — С. 363.

¹⁰ Муромцев С.А. Гражданское право Древнего Рима. — М., 2003. — С. 410.

после умершей остались малолетние дети, то ее имущество не идет к ее родным, а остается во владении мужа до возраста детей»¹.

Влияние византийского права объясняют тем, что дела о наследстве были предоставлены духовенству, которое руководствовалось греко-римским правом. «При подсудности наследственных дел духовным судам, — пишет В.И. Сергеевич, — и при том важном значении, какое принадлежало представителям церкви в последние моменты жизни каждого христианина, иначе и быть не могло. У нас, конечно, была и своя народная практика, но очень разнообразная, как и практика германских племен. Духовенство не могло руководствоваться этой неустойчивой практикой и должно было вносить греко-римские начала»². В.О. Ключевский также настаивал на том, что Русская Правда родилась в сфере церковной юрисдикции, и при ее составлении руководствовались памятниками церковно-византийского права³. Д. Азаревич указывал на то, что культурно-историческое влияние Византии должно было отразиться на праве окружающих ее народов, в том числе и славянских: «В частности на юридической практике древней Руси это влияние должно было отразиться уже потому, что греческое каноническое право тесно примыкало к гражданскому праву, от которого и не могло быть отделяемо и рассматриваемо порознь»⁴.

Если формулировки положений Русской Правды позволяют лишь предполагать наличие в них признаков узурфрукта, то нормы Псковской судной грамоты (1397—1467) не оставляют никаких сомнений по данному поводу. В статье 72 грамоты сказано: «А которому человеку будет кормля написанна в рукописании, и да грамотами владеть земельными учнет или исадскими, а продаст тую землю или (и)сад, или иное что, а доличат того человека, ино ему земля та, или исад, или иное выкупить, а свою кърмлю покрал»⁵. В Хрестоматии М.Ф. Владимирского-Буданова приведен следующий перевод данной статьи: «Если кто получит по завещанию имущество в пользование и если у него же в руках будут грамоты (крепостные акты) на это имущество: землю или исад, и пользователь продаст эту землю, или исад, или чтонибудь другое, то, когда уличат его (в такой незаконной продаже), он обязан выкупить проданное имущество и сверх того лишается пользования им. Покрал: то есть лишение пользования есть штраф за его противозаконный поступок, как за кражу чужого»⁶. Поскольку пользователь не имел права распоряжаться данным имуществом, обладая им на ограниченном вещном праве, то продажа считалась незаконной.

Под кормлей понимают право прижизненного пользования вещью или право пожизненного владения. Подтверждение этому находим в статье 88 грамоты: «А у которого человека помреть жена без рукописания, а у ней останется отчина, ино мужу ея владети тою отчиною до своего живота толко не оженится; а оженится, ино кормли ему нет». Такое же положение было предусмотрено в статье 89 для вдовы: «А у которой жены муж помрет без рукописания и останется отчина или живот, ино жене его кормится до своего живота, толко не пойдет замужь, а пойдет замужь, ино ей нет». Рукописанием именовалось завещание. При отсутствии завещания переживший супруг получал в пожизненное пользование все имущество умершего при условии соблюдения вдовства. Положения статьи 72 предлагают рассматривать как установление права пользования по завещанию, а статей 88 и 89 — как установление права пережившего супруга на кормлю (содержание, обеспечение) по закону⁷. Таким образом, право на кормлю по своему назначению и содержанию соответствует узурфукту.

В отличие от Русской Правды, Псковская судная грамота предусматривала возможность передачи имущества в пожизненное пользование не только от мужа жене, но и от жены мужу. В качестве примера можно привести духовную Акилины: «Ее муж, князь Федор, получает семь дворов и половину мельницы в кормлю, а село на Кеби, клеть и двор в городе — в одерень; после смерти мужа его кормля переходит к монастырю Успения»⁸.

По мнению В.И. Сергеевича различие права собственности и пожизненного владения «могло возникнуть само собой, независимо от какого-либо иностранного влияния. Но нельзя не указать здесь на сходство статей Псковской судной грамоты о кормле супругов с... постановлением Эклоги, по которому, в известном случае, переживший супруг мог пожизненно владеть всем имуществом умершего»⁹.

¹ Пахман С. Очерк народных юридических обычаев Смоленской губернии // Сборник народных юридических обычаев. — СПб., 1900. — Т. 2. — С. 77.

² Сергеевич В. Лекции и исследования по древней истории русского права. — СПб., 1899. — С. 436.

³ Ключевский В.О. Сочинения: В 9 т. — М., 1987. — Т. I: Курс русской истории. — Ч. I. — С. 218—222.

⁴ Азаревич Д. История византийского права. — Ярославль, 1876. — Т. I. — Ч. 1. — С. VII—VIII.

⁵ Псковская Судная грамота. Текст // Российское законодательство X—XX веков: В 9 т. — М., 1984. — Т. I: Законодательство Древней Руси. — С. 338.

⁶ Псковская Судная Грамота (1397—1467) // Хрестоматия по истории русского права. Выпуск первый / Сост. М. Владимирский-Буданов. — Киев, 1876. — С. 154.

⁷ Псковская Судная грамота. Комментарий // Российское законодательство X—XX веков: В 9 т. — М., 1984. — Т. I: Законодательство Древней Руси. — С. 372.

⁸ Алексеев Ю.Г. Псковская судная грамота и ее время. — Л., 1980. — С. 103.

⁹ Сергеевич В. Лекции и исследования по древней истории русского права. — СПб., 1899. — С. 402.

В дальнейшем исключение женщины из числа наследников по закону было обусловлено не только родовым характером имущества, но и государственными интересами. Московские князья были заинтересованы в усилении государства, недопущении дробления земель.

В юридической науке существует мнение, что после Псковской судной грамоты в московском праве следы узуфрукта теряются, и вновь этот институт встречается только в законодательстве XIX века¹. Есть основания полагать, что это мнение ошибочно: действительно, в Судебнике Ивана III 1497 года, отсутствует упоминание о правовых институтах, подобных узуфрукту, однако и в указах XVI века, и в Уложении 1649 года имеются статьи, содержание которых можно рассматривать как положения об узуфрукте. В данном случае речь идет о прожитке.

Правило о прожитке в виде предоставления жене бездетного князя части вотчины в пожизненное владение мы встречаем в дополнительном указе 1562 года к Судебнику Ивана IV о запрете служилым князьям распоряжаться (продавать, менять, отдавать за дочерьми в качестве приданого) старинными вотчинами: «А которого князя не стало бездетна, а останется у него жена, а напишет ей муж ее духовную, что из своей вотчины, и ей на той вотчине жити до своего живота; а как ее не станет, и та вотчина на Царя и Великого Князя, а душу ее велит Государь из своего казны устроить»².

Указом Михаила Федоровича 1628 года было постановлено, что дочери при жизни сына не наследуют в родовых и выслуженных вотчинах, а им дается после отцов их из поместья на прожиток по указу³.

А.Г. Маньков указывает, что фактическое обеспечение прожитком вдов и детей из поместий умерших мужей известно по Новгородским писцовым книгам середины XVI века⁴. К.В. Петров в качестве примера упоминания о выделе части поместья как прожитка приводит указные грамоты от 30 сентября 7064 (1555) года о разделе поместья Чмута Ачкасова, от 31 августа 7063 (1555) года о разделе поместья Михаила Волнина, о выделе прожитка сестрам Марии и Матрене из поместья их отца Китайки Пятого, от 12 января 7064 (1556) года о наделении вдовы Нечая Бутурлина Орины с полугодовой дочерью Марьицей прожитками и другие, в том числе жалованную грамоту от 1 апреля 1553 года Григорию Рудаку Афонасьеву сыну Алфимова на прожиток в Клине за службу и за старость⁵.

В законодательстве XVII века под прожитком понималась часть поместья, выделяемая после смерти его владельца на содержание вдовы, дочерей, престарелых родителей, несовершеннолетних детей в случае отсутствия прямых наследников при признании поместья выморочным имуществом. Разновидностью прожитка было поместье, которое в полном размере оставалось за престарелыми и увечными дворянами, оставленными со службы (прожиточное поместье). Как правовой институт прожиток оформляется в Уложении 1649 года, в котором ему посвящено 23 статьи: в главе II «О Государьской чести, и как Его Государское здоровье оберегать» — 7, в главе XVI «О поместных землях» — 8, 10, 11, 13, 16, 18, 19, 20, 21, 22, 30, 31, 32, 33, 56, 57, 58, 61, в главе XVII «О вотчинах» — 2, 3, 10, 12⁶.

Закрепление прожитка в Уложении 1649 года объясняется событиями, имевшими место в истории России в начале XVII века. Прожиток был призван обеспечить матерей, жен, дочерей, несовершеннолетних детей тех дворян, которые погибли в результате интервенции и войн, поскольку поместья предоставлялись под условием службы и указанные лица не могли их наследовать. Учитывая то обстоятельство, что дворянство было опорой власти, государство было заинтересовано в сохранении данного сословия, в том числе путем обеспечения существования неслужилых членов семьи дворянина.

Особенности прожитка как разновидности вещного права заключаются, на наш взгляд, в следующем. Собственником имущества являлось государство, прожиток возникал на основании закона и указания верховной власти, а не вследствие завещания; в некоторых случаях пользователь имел право распоряжаться имуществом. Например, вдовы и девки (дочери, сестры, племянницы) имели право передавать прожиток родственникам, которые должны были их содержать, а девок выдать замуж.

Однако эти особенности не изменяют сущности данного института, — право на прожиток представляет собой право временного владения и пользования частью поместья с целью извлечения доходов для обеспечения члена семьи дворянина или самого дворянина, не способного нести службу. Данное право является, по нашему мнению, разновидностью узуфрукта.

Закрепление пользования землей на условиях службы исключало возможность передавать женщинам поместья по наследству. Поместья переходили сыновьям или ближайшим родственникам при условии несения ими службы. Однако связывать появление прожитка только с поместным правом, на

¹ Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права. — М., 1907. — Т. 1. — С. 381.

² Дополнительные указы к Судебнику // Собрание важнейших памятников по истории древнего русского права. — СПб., 1859. — С. 307.

³ Рождественский Н. Историческое изложение русского законодательства о наследстве. — СПб., 1839. — С. 43.

⁴ Маньков А.Г. Уложение 1649 года — кодекс феодального права России. — Л., 1980. — С. 70.

⁵ Петров К.В. Некоторые виды земельной собственности и система русского права до начала XVIII в. Прожиток // Российское государство в XIV—XVII вв.: Сборник статей, посвященный 75-летию со дня рождения Ю.Г. Алексеева. — СПб., 2002. — С. 117, 119, 122.

⁶ Соборное уложение 1649 года. Текст // Российское законодательство X—XX веков: В 9 т. — М., 1985. — Т. 3: Акты Земских соборов. — С. 83—257.

наш взгляд, было бы не совсем верным, поскольку согласно указу 1562 года, Уложению 1649 года прожиток мог выделяться не только из поместных земель, но и за счет вотчины.

По общему правилу вдовы не могли наследовать родовые и выслуженные вотчины, а также вотчины, купленные у своих сородичей из числа родовых и выслуженных. Последние возвращались в род умершего. Если у умерших не было поместий или купленных вотчин, то оставшимся после них одиноким матерям, которые жили с ними, и бездетным вдовам выделялось на прожиток из выслуженных вотчин (XVI, ст. 16, XVII, ст. 1, 2). При этом прожиток нельзя было продать, заложить, отдать в монастырь или передать в качестве приданого. При выходе замуж, пострижении или смерти владелицы прожитка вотчины возвращались в род мужа (XVII, ст. 2, 3, 10, 12). Кроме того, при наследовании вдовой купленной вотчины, она получала лишь временное право владения и пользования вотчиной без права распоряжения (продажи, залога). Замужество, пострижение, смерть влекли за собой возврат вотчины в род мужа (XVII, ст. 8). Наследование вдовами купленных вотчин также являлось разновидностью прожитка, то есть узуфруктом. Таким образом, было законодательно закреплено существовавшее ранее ограничение имущественных прав женщин.

Если учесть, что пожизненное владение было известно Русской Правде (включено не позднее XIII века), как «кормля» — Псковской судной грамоте, то утверждение того, что причиной появления прожитка стало формирование поместной системы, и что он изначально выступал в качестве государственного средства обеспечения, как считает К.В. Петров, не учитывает последовательного характера развития права¹. Полагаем, что в Московском государстве стали применять уже известный способ обеспечения интересов лиц, не входивших в число наследников, в новых условиях. Как и ранее, прожиток был предназначен для содержания вдов и малолетних детей, но, учитывая статус и предназначение поместья, круг субъектов данного вещного права был расширен (правом на прожиток наделялись сами помещики по старости или по увечью). Таким образом, наблюдается проявление преемственности в праве на новом этапе развития феодального права.

При изучении поместных отношений наблюдается определенное сходство самого права на поместье с узуфруктом². Помещик не владел поместьем на праве собственности, он получал его во временное (пожизненное) пользование на условиях военной или иной (посольской, административной и т. п.) службы для извлечения доходов. По сути это было жалованье, которое выплачивалось натурой. Содержание поместного права заключалось в эксплуатации природных богатств отведенного участка. Однако уже к XVI веку владельцы поместий наделяются правомочиями по их распоряжению: допускаются мена поместьями, мена поместий на вотчины, продажа поместья в вотчину. Поместья могли переходить по наследству к сыновьям, годным к службе, при отсутствии прямых наследников поместье передавалось ближайшим беспоместным и малопоместным родичам. Все эти признаки указывают на то, что содержание права на поместье постепенно перестало ограничиваться правомочиями владения и пользования.

Таким образом, до XVII века поместное право по своему содержанию весьма близко к узуфрукту, но в дальнейшем наблюдается сближение правового режима вотчин и поместий, помещики получают право распоряжения поместьями, право передавать поместья по наследству. С 1714 года вотчины и поместья именовались недвижимым имуществом. Постепенно в ходе исторического развития право на поместье из узуфрукта (пожизненного владения) преобразуется в право собственности, что окончательно было закреплено Екатериной II.

Право на прожиток также впоследствии трансформировалось в наследственное право вдовы на получение в собственность указанной доли, которая составляла 1/7 в недвижимом имуществе и 1/4 в движимом. Эти правила были распространены и на вдовца³. Однако, поскольку указанный размер наследственных долей не гарантировал обеспеченное материальное положение пережившего супруга, возможность предоставления ему права пожизненного владения родовым имуществом была сохранена и закреплена в части 1 тома X Свода законов Российской империи.

Узуфрукт (пользовление) выступал в гражданском законодательстве XIX — начала XX веков под видом вещных прав пользования полного и неполного (ст. 535, 536 ч. 1 т. X Свода законов), а также пожизненного владения родовым имуществом, установленного одним супругом в пользу другого по духовному завещанию (ст. 116, 533 №-533№1, 1070, 1070№ ч. 1 т. X Свода законов), пожизненного владения и пользования родителями имуществом и капиталами, оставшимися после бездетно умерших детей

¹ Петров К.В. Некоторые виды земельной собственности и система русского права до начала XVIII в. Прожиток // Российское государство в XIV—XVII вв.: Сборник статей, посвященный 75-летию со дня рождения Ю.Г. Алексеева. — СПб., 2002. — С. 134.

² В качестве подтверждения допустимости такого сравнения приведем следующий пример: во II веке н. э. в Древнем Риме за владельцами провинциальных земель, являющихся собственностью римского народа по праву завоевания (*res publicae*) было признано право, которое терминологически обозначалось как *ususfructus* (См.: Римское частное право: Учебник / Под ред. И.Б. Новицкого и И.С. Перетерского. — М., 2006.).

³ Синайский В.И. Русское гражданское право. — М., 2002. — С. 575.

(ст. 1141, 1145—1147 ч. 1 т. X Свода законов), пожизненного владения вдовой частью имущества, оставшегося после мужа в Черниговской и Полтавской губерниях (ст. 1157 ч. 1 т. X Свода законов)¹. Наиболее подробно в законодательстве были регламентированы права и обязанности пожизненного владельца при предоставлении по духовному завещанию в пожизненное владение одним из супругов другому родового имущества. Таким образом, древнейший институт пожизненного владения применялся и в XIX веке, смягчая в некоторой степени ограничения наследования супругами родового имущества.

Дореволюционными учеными при анализе правил о пользовании подчеркивалась особая важность данного права в бытовом и практическом отношении². Объяснить это можно тем, что пользование использовалось как механизм обеспечения при наследовании интересов лиц, не являющихся наследниками. Наследственные правоотношения распространены в любом обществе, в котором существует частная собственность, соответственно, можно предположить, что ситуации, при которых наследодатель стремится обеспечить лиц, не входящих в число наследников, возникали в дореволюционной России довольно часто. В публикациях начала XX века отмечалось, что пользование устанавливается почти исключительно по завещаниям в пользу переживших супругов с целью обеспечить их безбедное существование и чрезвычайно редко по договорам³. В данном случае пользование носит ярко выраженный социальный характер.

Напротив, в других сферах, в том числе в предпринимательских отношениях, узупрукт не имел в дореволюционной России широкого применения, хотя законом это не запрещалось. В современном же Проекте изменений в ГК РФ предлагается установить запрет на использование вещи, обремененной правом личного пользования, в предпринимательской деятельности. Тем самым и в этом случае наблюдаются элементы преемственности, которые проявляются в сохранении назначения данного правового института.

Функция узупрукта как средства обеспечения граждан обуславливает его востребованность в современном обществе. В условиях грядущего кризиса системы пенсионного обеспечения, вызванного в том числе демографическими факторами, возрастает роль частной собственности как источника получения доходов лицами, не являющимися собственниками, в том числе на основании завещательного отказа и договора ренты. Кроме того, социальное предназначение узупрукта предполагается реализовать в области жилищных правоотношений, в частности для обеспечения интересов лиц, имеющих право на получение содержания от собственника: бывшего супруга, несовершеннолетних детей, престарелых родителей, нетрудоспособных иждивенцев.

Обобщая результаты изучения нормативных актов XIII—XIX веков, посвященной им литературы, можно сделать следующие выводы.

Происхождение узупрукта как в римском, так и в русском праве следует искать в сфере имущественных отношений внутри семьи. И в первую очередь возникновение данного института связано с зависимостью женщины от семьи. Наделение вдовы правом пожизненного владения имуществом позволяло достичь баланса интересов семьи и пережившей мужа супруги.

Права, сходные по содержанию и назначению с узупруктом, обнаруживаются в Русской Правде (Пространная Правда) в положениях о наследовании вдовы (статья 93), о праве детей от первой жены на имущество их матери (статья 94). В Псковской судной грамоте аналогом узупрукта является «кормля», в Уложении 1649 года — право на прожиток, которое могло быть установлено как на выслуженную вотчину, так и на поместье.

Есть основания полагать, что положения Русской Правды и Псковской судной грамоты о правах, сходных с узупруктом, были заимствованы из греко-римского права или возникли в результате его влияния, то есть имела место рецепция норм из византийских источников.

Несмотря на разные экономические условия, в которых применялись названные акты, наблюдается преемственность положений о пожизненном владении и пользовании чужим имуществом. Она выражается в одинаковом назначении правил, которыми предусматривается установление данного права. Возникнув в сфере наследственного права, вещные права, соответствующие узупрукту, были предназначены для обеспечения членов семьи, ограниченных в наследственных правах, то есть носили социальный характер. Данный характер этих прав сохранялся на разных этапах развития российского законодательства, что свидетельствует о преемственности в правовом регулировании отношений связанных с пожизненным владением и пользованием чужим имуществом.

¹ Свод Законов Российской Империи. Полный текст всех 16 томов, согласованный с последними продолжениями, постановлениями, изданными в порядке статьи 87 Зак. Осн., и позднейшими узаконениями: неофиц. изд. / Под ред. И.Д. Мордухай-Болтовского. — СПб., 1912. — Кн. 3.

² См.: *Шершеневич Г.Ф.* Учебник русского гражданского права. — М., 1907. — Т. 1. — С. 382; *Васьковский Е.В.* Учебник гражданского права. — М., 2003. — С. 363.

³ Гражданское уложение. Кн. 3. Вотчинное право: проект Высочайше учрежденной Редакционной комиссии по составлению Гражданского уложения (с объяснениями, извлеченными из трудов Редакционной комиссии) / Под ред. И.М. Тютрюмова; Сост. А.Л. Саатчиан. — М., 2008. — С. 409; *Полетаев Н.А.* Пользование и наем имущества в их взаимных отношениях. — СПб., 1903. — С. 13.

Л.Ф. Скубченко

Скубченко Лидия Федоровна — кандидат юридических наук, доцент, директор филиала Кубанского государственного университета (г. Геленджик)

Безопасность личности в контексте преемственности в праве

Право как регулятор общественных отношений в силу своей природы в определенной степени не может выполнять присущие ему функции без того, что принято называть преемственностью в праве. Этой проблеме посвящали свои работы многие ученые, однако до сих пор особняком стоят труды болгарского ученого Н. Неновски. В известном смысле без преемственности право вообще вряд ли может существовать, поскольку общество всегда будет нуждаться в определенной социальной дисциплине, которую в течение уже многих веков устанавливает и поддерживает право. Даже в период серьезных социальных перемен, будь то реформы, революции, перевороты и тому подобное, право в известном смысле продолжает сохранять в самом себе нечто неизменное. Это касается не только принципов, аксиом, каких-то правоположений и тому подобное. Есть все основания высказать предположение о том, что категория «безопасность личности» относится как раз к тем институтам, которые право и государство старались каким-то образом обеспечить, придав ей определенное правовое содержание.

Проблема безопасности личности относится к тем фундаментальным вопросам бытия общества, которая в значительной степени предопределила возникновение государства и права. Причем, все теории, так или иначе объясняющие формирование государства, права, прямо или косвенно затрагивают проблему безопасности. Даже если обратиться к самой, казалось бы, далекой от вышеназванной проблемы, к классовой или историко-материалистической теории возникновения права и государства. Эта теория, как бы к ней не относится, в основе своей гораздо более научна, чем все другие. Да, она основывается на классовой борьбе, которая проистекает из отношений производства и обмена. И тем не менее, правящий класс или классы учреждают государство и право в том числе и потому, что они хотят оградить себя и свою собственность от притязаний других, большинства.

По всей видимости Аристотель, да и не только он, совершенно правильно говорил о том, что люди учреждают государство и законы для благой жизни, для того, чтобы наслаждаться безопасностью, спокойствием, чего они не могли иметь в догосударственном состоянии. Практически с этого момента категория «безопасность» прочно входит в политико-правовые трактаты, становится юридической категорией, одним из направлений политики государства.

В юридической среде, да и не только в ней, принято несколько пафосно относиться к естественному праву и всему тому, что с ним связано. Между тем, здесь не все так просто. В естественном состоянии, по праву наиболее сильного, определялись отношения между членами общества. Вот почему выдающийся английский философ и правовед Т. Гоббс наряду с естественным правом выводит понятие «естественный закон». Эта категория уже не является произвольной игрой сил в естественном, догосударственном состоянии, а является продуктом разума, правило которого диктуют стремиться не к войне всех против всех, а к рациональному, безопасному сосуществованию мыслящих существ.

Не без оснований Гоббс полагал, что при отсутствии гражданского состояния всегда имеется война всех против всех. Отсюда видно, что пока люди живут без общей власти, держащей всех их в страхе, они находятся в том состоянии, которое называется войной, и именно в состоянии войны всех против всех. В подобной войне ничто не может быть справедливым. Понятия правильного и неправильного, справедливого и несправедливого не имеют здесь места. Там, где нет общей власти, нет закона, а там, где нет закона, нет справедливости. Страсти, делающие людей склонными к миру, суть страх смерти, желание вещей, необходимых для хорошей жизни, и надежда приобрести их своим трудолюбием. А разум подсказывает подходящие условия мира, на основе которых люди могут прийти к соглашению. Эти условия суть то, что иначе называется естественными законами¹.

Примерно так рассуждал не только английский философ. Подобные рассуждения можно встретить и у Г. Гроция, Алексиса де Токвиля, Б. Констана и у многих, многих других выдающихся мыслителей. Их теоретические установки затем легли в нормативно-правовые акты эпохального характера. Таким образом, проблема безопасности личности становится категорией законодательства и соответствующей правоприменительной практики.

Необходимо отметить, что безопасность как законодательная конструкция постоянно наполнялась все новым и новым содержанием. Самые первые представления о безопасности личности трак-

¹ Гоббс Т. Сочинения: В 2 т. — М., 1991. — Т. 2. — С. 98.

товались в основном как обеспечение физической безопасности, то есть опасности быть убитым или покаленным. Со временем безопасность наполняется расширенным социальным содержанием.

Современное человечество, вступив в двадцать первый век, столкнулось с такими угрозами, которые даже не снились людям других исторических эпох. Перед ними порой бессильны самые развитые в технологическом отношении общества и государства.

Исходя из данной реальности, стоит и дальше совершенствовать нормативно-правовую основу безопасности личности, общества и государства. И делать это надо продуманно, взвешенно, исходя из того опыта, что есть, и двигаться дальше постепенно, осмысленно, соблюдая известную преемственность. Без этого рассчитывать на успех просто бессмысленно. Право — сильное средство, но отнюдь не всесильное. Решать проблему безопасности нужно только комплексно, со знанием дела. Вот этого как раз и не всегда можно увидеть. Но определенный оптимизм на этот счет есть. Все-таки нельзя полагать, как это иногда имеет место, что продуманный государственно-правовой контроль может являться только помехой. Опыт других стран не дает оснований так думать.

Д.В. Сочнев, Е.Г. Трухина

Сочнев Дмитрий Васильевич — доктор социологических наук, профессор, заместитель заведующего кафедрой финансового права Нижегородского института менеджмента и бизнеса

Трухина Елена Георгиевна — ассистент кафедры финансового права Нижегородского института менеджмента и бизнеса

**Преемственность российского законодательства,
регламентирующего противодействие молодежному экстремизму
(из опыта деятельности СМИ ОВД)**

Практика нормативно-правовой и правоохранительной деятельности тех зарубежных стран, которые давно столкнулись с опасностями экстремизма и терроризма, доказывает, что наиболее важным методом противодействия являются информационные компании. Сегодня главной целью экстремистов является распространение своей идеологии, дестабилизация ситуации и запугивание людей.

Одним из направлений противодействия экстремизму должна стать работа со СМИ, вместе с тем, в настоящее время органы внутренних дел в информационных «войнах» практически не участвуют. Работа пресс-служб в правоохранительных органах традиционно рассматривается как нечто второстепенное. В результате пропаганда экстремистов не получает адекватного отпора. В связи с этим Президент РФ в Послании Федеральному Собранию призвал усилить ответственность за проявления экстремизма.¹

Следует признать, что в информационных «войнах» пока экстремисты скорее побеждают, чем терпят поражение. Так, в Сети легко можно найти критику департамента по противодействию экстремизму МВД России (далее — ДПЭ) как организации, якобы занимающейся «политическим сыском». А если пользователь захочет ознакомиться с мнением сотрудников ДПЭ о проблемах экстремизма, то на официальном сайте МВД России он найдет лишь самую общую информацию о департаменте, без какой-либо аналитики².

Российские СМИ в последнее время все чаще используют язык вражды, провоцирующий «анти-мигрантский» экстремизм. Регулярно стали появляться сообщения уголовной хроники, в которых делается акцент на нерусской национальности преступников: «Рабочие-узбеки убили двух русских парней», «Молодой узбек убил 17-летнюю петербурженку», «В Подмосковье узбеки убили двух прохожих», «Азербайджанец убил собственную дочь за слишком короткую юбку» и др. Частые сообщения в СМИ о преступлениях, совершаемых иноэтническими приезжими, ведут к тому, что мигранты все чаще сталкиваются с проявлением, мягко говоря, недоброжелательности со стороны русского населения России, а деятельность экстремистов-ксенофобов не вызывает отторжения. Можно говорить о своего рода мигрантофобии как характеристике современного российского общественного сознания.

Для понимания желаемой реорганизации работы со СМИ сначала надо разобраться в том, как их сообщения становятся катализаторами экстремистских преступлений. Вероятнее всего, расистское искажение реальной информации о мигрантской преступности осуществляется в два этапа. Сначала это происходит в сознании работников СМИ, которые в погоне за сенсациями подают читателям «препарированную» информацию. В результате убийство, совершенное мигрантом из Узбекистана, становится темой для обсуждения в СМИ с гораздо более высокой вероятностью, чем точно такое же убийство, совершенное украинцем или русским. В сознании экстремистов-ксенофобов происходит вторичное искажение — любое сообщение о преступлении не-русских становится катализатором насилия в отношении *любых* не-русских (причем тем сильнее, чем больше они выделяются «неславянской внешностью»). Поэтому жертвами «русских патриотов» могут стать темнокожие и арабы, о преступлениях которых в российских СМИ сообщений в принципе не может быть.

Логическая модель двойного искажения информации о виктимологии мигрантов позволяет наиболее точно оценить влияние СМИ на антимигрантский экстремизм. Повлиять на умонастроения скинхедов и прочих «русских патриотов», ненавидящих всех «чужих», обычные средства массовой информации вряд ли могут. Зато у них есть возможность более взвешенно освещать преступность мигрантов. Замалчивать ее — это, безусловно, ложный путь: скрываемая информация все равно будет доходить до российских граждан, только в более извращенной форме. Задача работников СМИ, за

¹ Послание Президента РФ Федеральному Собранию от 08.12.2010, «Послание Президента России Дмитрия Медведева Федеральному Собранию РФ» // Российская газета. — 2010. — № 90.

² <http://www.mvd.ru/struct/3306/>

выполнением которой должны следить сотрудники МВД или институты гражданского общества, заключается в правильной постановке акцентов.

В частности, надо освещать преступность *всех* мигрантов (включая и имеющих славянскую внешность), а не преимущественно мигрантов-азиатов. Не следует забывать и о том, что мигрантская преступность — это всего лишь 3-4% от общего количества преступлений в России¹. Утрированное внимание к преступлениям мигрантов ведет к дезинформации российских граждан у которых создается искаженное представление о масштабах этой проблемы и возникает сочувствие к тем, кто «очищает» общество от преступников. И, конечно, российское общество нуждается в правдивом изображении экстремистских акций, участников которых их соратники стремятся изобразить героями сопротивления.

Особая проблема — это противодействие экстремистским каналам информационных коммуникаций. Век назад главным «агитатором и пропагандистом» была газета, сейчас им стал Интернет. Новейшим продуктом сетевого общения стал криминальные флэш-мобы экстремистского характера². На повестку дня выходит разработка, как минимум, методов быстрого реагирования на экстремистскую пропаганду в Сети.

За рубежом существует опыт осуждения интернет-экстремистов. Так, в Великобритании знаковым событием стало осуждение на многолетнее тюремное заключение трех молодых мусульман, распространявших экстремистские взгляды посредством электронной почты и на радикальных сайтах³. В нашей стране только появляются примеры противодействия сетевой пропаганде экстремизма (можно вспомнить, например, историю сайта «Ингушетия.Ру»⁴).

Частичное переключение с традиционной оперативной работы на информационные «войны» требует от сотрудников правоохранительных органов принципиально новых навыков — умения работать с источниками информации и делать профессиональные экспертные оценки. Однако без этого нельзя создать эффективную систему противодействия экстремизму.

В соответствии с целями и задачами ДПЭ МВД России с первых же месяцев его создания началась работа, направленная на предупреждение, выявление и раскрытие преступлений экстремистской направленности, а также выявление общественных организаций, движений и лиц, намеревающихся проводить несанкционированные акции и массовые мероприятия. ДПЭ были организованы мероприятия по недопущению экстремистских проявлений в ходе проведения общественно-политических и различных массовых мероприятий, акций и пикетов. Вместе с тем, за первые 6 месяцев 2010 года было зарегистрировано 370 преступлений. Количество преступлений экстремистской направленности выросло на 39,1% по сравнению с I полугодием 2009 года, когда их было зарегистрировано 266⁵.

Как показали события в Кондопоге в 2006 году, во Владивостоке в 2008 году и недавние события на Манежной площади в Москве 11 декабря 2010 года, в действия, которые приобретают экстремистский характер, могут быть быстро вовлечены массы людей, никак не связанные с какими-либо протестными организациями.

События декабря 2010 года стимулировали оживленные общественные дискуссии о проблемах с выходцами из кавказских республик и росте антикавказских настроений среди этнических русских.

Поэтому особенно важным направлением работы МВД становится отслеживание механизмов финансирования экстремистских движений, сбор информации о средствах и схемах финансирования национально-социалистических группировок, а также о физических и юридических лицах, ответственных за реализацию выработанных схем привлечения денежных средств.

В настоящее время на территории страны осуществляют деятельность 34 организации экстремистского толка, деятельность 16 из которых носит межрегиональный характер.

Особое внимание необходимо уделять освещению информации о деятельности МВД в СМИ. Основной акцент в деятельности пресс-служб МВД должен быть сделан на организации качественного мониторинга материалов СМИ и Интернета для получения информации о преступлениях экстремистской направленности, совершенных и планируемых протестных акциях. В этих целях необходимо изучить деятельность крупнейших российских общественных и правозащитных организаций. Так, ДПЭ поддерживает контакты с правозащитной организацией «Московское бюро по правам человека», специализирующейся на проблемах экстремизма и ксенофобии. С ней достигнута договоренность о ре-

¹ Ревина В.В. Ретроспективный анализ уголовного законодательства, предусматривающего ответственность за преступления экстремистской направленности // Российский следователь. — 2009. — № 14.

² Флэш-моб-технология экстремистов // <http://www.gzt.ru/incident/2008/04/22/141124.html>

³ Кузнецов А. Джихад для «чайников» // <http://lenta.ru/articles/2007/07/06/doctors/>

⁴ См., например: Верховский А. Неправомерное применение антиэкстремистского законодательства в России в 2008 году / А. Верховский, Г. Кожевникова // <http://xeno.sova-center.ru/29481C8/CB5956B>

⁵ Коков Ю.А. Основные результаты оперативно-служебной деятельности ДПЭ МВД России за I полугодие 2010 года // Совершенствование деятельности правоохранительных органов по предупреждению экстремизма: Сборник материалов межведомственной научно-практической конференции, 5 мая 2010 г. — М., 2010. — С. 63.

гулярной подготовке для органов внутренних дел аналитических материалов и результатов мониторинга СМИ.

В краткосрочном плане особое внимание необходимо обращать на националистический («анти-мигрантский») экстремизм. Это связано с тем, что в условиях экономического кризиса к «инородцам» начинают относиться особенно неприязненно, считая их конкурентами на рынке труда. В 2011 году в России зарегистрировано преступлений на почве национальной ненависти больше, чем за аналогичный период прошлого года.

Основной акцент работы сотрудниками ОВД при профилактике преступлений экстремистской направленности должен делаться на прогнозировании развития ситуации, а также на целенаправленном противодействии лидерам и идеологам экстремистской среды. При решении этих задач необходимо устанавливать прямые контакты с лидерами правозащитных, неформальных организаций, с представителями национальных диаспор и землячеств.

Работа ОВД связана со многими объективными и субъективными трудностями. К числу препятствий в борьбе с экстремизмом следует отнести, прежде всего, несовершенство правовой базы, систем регистрации и отчетности, а также правоприменительной практики. Скажем, молодых скинхедов, которые убивают «чужаков», обычно осуждают за бытовое убийство на 5—7 лет заключения, а если они «всего лишь» избивали, то и вообще на год-два. Подобная снисходительность никому не идет на пользу. Перефразируя классика, любая демократия лишь тогда чего-нибудь стоит, если она умеет действительно защищать своих граждан — в том числе от экстремистов разных мастей.

Важным моментом характеристики степени готовности сотрудников российских ОВД к борьбе с экстремизмом являются их представления о методах противодействия экстремизму, об эффективности существующей антиэкстремистской политики, о препятствиях в борьбе с экстремизмом и о том, что надо предпринимать для улучшения противодействия экстремизму.

Следует отметить, что самыми часто используемыми мерами противодействия молодежному экстремизму оказались мероприятия, связанные с активным использованием СМИ, — с одной стороны, мониторинг информации в СМИ об экстремистской деятельности, с другой стороны, работа с сотрудниками масс-медиа для освещения и профилактики экстремизма. Заслуживает положительной оценки и активная работа с общественными организациями как с потенциальными союзниками в противодействии экстремизму — чаще с этническими диаспорами и религиозными организациями, реже с политическими партиями и движениями. Очевидным недостатком, однако, является низкая регулярность работы с молодежными организациями неэкстремистского характера, хотя именно они могли бы оказать на молодежный экстремизм наиболее сильное влияние¹.

Следует констатировать, что работа со СМИ как с источником информации о молодежном экстремизме пока недостаточно внедряется в деятельность ОВД. Правоохранительные органы в борьбе с экстремизмом часто ищут союзников в этнических диаспорах, в религиозных и политических организациях. Однако работа с «нормальными» молодежными организациями, чье влияние на молодежную среду наиболее велико, пока остается «ахиллесовой пятой».

Среди факторов, препятствующих эффективной организации противодействия экстремизму, есть как внешние (по отношению к ОВД), так и внутренние. Основное внимание обычно обращают на внешние факторы — социально-политическая ситуация в стране, стимулирующая экстремистские настроения, недооценка обществом и органами власти объективной опасности экстремистской преступности, негативная реакция во многих СМИ и т. д. Однако необходимо обратить внимание и на внутренние факторы, связанные с организацией работы российских ОВД. В частности, как уже отмечалось, многие сотрудники относятся «примиренчески» к отдельным проявлениям экстремизма, иногда даже с сочувствием к русским националистам.

По результатам исследования можно сделать следующие краткие предварительные выводы об отношении сотрудников ОВД к проблемам противодействия экстремизму.

1. Существует определенное расхождение между законодательной нормой и правосознанием сотрудников ОВД по поводу понимания экстремизма, для преодоления которого необходима специальная работа по объяснению «буквы» и «духа» антиэкстремистского законодательства.

2. В понимании степени распространенности и общественной опасности различных видов экстремизма оценки сотрудников ОВД подтверждают ту точку зрения, что наиболее опасной разновидностью современного экстремизма следует считать антимигрантский экстремизм русских националистов. Это необходимо учитывать при выработке приоритетов антиэкстремистской политики.

3. Осуществляя противодействие экстремизму, сотрудники ОВД сами в некоторой степени подвержены влиянию экстремизма, объективным основанием чего является осознание ими себя как ущемленной социальной группы. Для ослабления этого сознания и, соответственно, для повышения

¹ См.: Неформальные молодежные сообщества Санкт-Петербурга: Теория, практика, методы профилактики экстремизма: Научно-методическое пособие / В.П. Гущин, И.С. Бугаков, А.Э. Лутсберг, И.С. Черепенчук, С.В. Малиновская; Под общ. ред. А.А. Козлова и В.А. Канаяна. — СПб., 2009.

эффективности борьбы с экстремизмом необходимо обратить особое внимание на улучшение материальных и социальных условий жизни сотрудников ОВД.

4. Сотрудники ОВД склонны давать эффективности борьбы с экстремизмом невысокие оценки. Существенными законодательными инновациями, которые могли бы повысить эту эффективность, должны стать конкретизация понятия «насилие» и, возможно, усилением криминализации деяний малолетних правонарушителей.

Исследование отечественного и зарубежного опыта деятельности правоохранительных органов позволяет сформулировать некоторые направления по противодействию экстремизма в молодежной среде:

1) На первоначальном этапе пресечение деятельности молодежных экстремистских группировок следует осуществлять путем привлечения членов таких организаций к административной ответственности за совершение конкретных правонарушений. Так, например, согласно КоАП РФ членов экстремистских организаций можно привлекать: за нарушение законодательства о собраниях, митингах, демонстрациях, шествиях и пикетировании (ст. 5.38. КоАП РФ); за изготовление или распространение анонимных агитационных материалов (ст. 5.12. КоАП РФ); за умышленное уничтожение или повреждение печатных материалов, относящихся к выборам, референдуму (ст. 5.14. КоАП РФ); за нарушение установленного порядка организации либо проведения собрания, митинга, демонстрации, шествия или пикетирования (20.2. КоАП РФ) и ряд других.

2) На этапе, когда экстремистские действия принимают крайние формы, и действия членов экстремистских группировок имеют характер преступления, виновных лиц следует привлекать к уголовной ответственности за совершение конкретных преступлений. В судебном порядке необходимо решить вопрос о признании экстремистскими организаций, осуществляющих свою деятельность с нарушением законодательства России.

Противодействие экстремизму в молодежной среде не должно состоять только из карательных мер, ключевое значение для решения проблемы молодежного экстремизма приобретает грамотная и своевременная его профилактика. В этой работе сотрудникам органов внутренних дел большую помощь могут оказать педагогические коллективы, работники органов местного самоуправления, представители общественных объединений легальной направленности.

Наиболее перспективными в сфере профилактики молодежного экстремизма должны стать следующие направления.

1. Активизация деятельности государства по улучшению социально-экономической обстановки в целом. Усиление социальной защиты граждан, борьба с бедностью, создание условий для честного труда за достойное материальное вознаграждение смогли бы разрушить социальную базу экстремизма.

2. Создание эффективной системы правового информирования молодежи. Принятие реальных мер, направленных на ограничение разрушительного воздействия некоторых средств массовой информации.

3. Формирование у молодежи правильного отношения к труду, здоровью, обществу и государству. Активная пропаганда идей патриотизма, любви к Родине, толерантного отношения к различным религиям и просто гражданам, а также тупиковости, безысходности экстремизма.

4. Стимулирование создания и развития общественных молодежных объединений позитивной направленности. Участие в этих организациях положительно влияет на правосознание несовершеннолетних и отвлекает их от возможного участия в осуществлении экстремистских действий.

5. Расширение сети доступных по оплате досуговых учреждений для молодежи. В этой связи перспективным направлением представляется увеличение числа мест в различных секциях в системе РОСТО.

Данные меры помогут в определенной мере снизить тот негативный эффект, который испытывает общество и государство в связи с проявлениями экстремизма. Сегодня от того, насколько эффективно государственные и общественные структуры будут бороться с различными проявлениями экстремизма во многом зависит будущее России как правового государства.

Российское законодательство в сфере противодействия молодежному экстремизму должно опираться на общепризнанные принципы и нормы международного права, провозглашающие допустимость ограничения законом свободы получать и распространять информацию и идеи в интересах национальной безопасности или общественного порядка, в целях предотвращения преступлений, для охраны здоровья и нравственности, защиты репутации или прав других лиц.

Среди документов международного права могут быть выделены следующие: Европейская Конвенция о защите прав человека и основных свобод, статья 10; Всеобщая декларация прав человека, пункт 2 статьи 29; Международный пакт о гражданских и политических правах», пункт 3 статьи 19 и статья 20; Международный пакт об экономических, социальных и культурных правах, статья 10; Декларация СЕ о средствах массовой информации и правах человека (1970 г.); Конвенция СНГ о правах и основных свободах человека, статья 10; Европейские конвенции: о совместном кинопроизводстве

(1992 г.), о трансграничном телевидении (1989 г.), о компьютерных преступлениях (2001 г.); Рекомендации Комитета Министров государств — членов Совета Европы: № R (89)7 относительно принципов распространения видеозаписей, содержащих насилие, жестокость или имеющих порнографическое содержание, от 22 апреля 1989 года и № R (97)19 «О демонстрации насилия в электронных средствах массовой информации» от 30 октября 1997 года; Директива о вещании ЕЭС; Международный кодекс рекламной практики Международной торговой палаты и др.). Имеющийся зарубежный опыт свидетельствует о целесообразности создания при участии компаний, оказывающих услуги в сети Интернет, наблюдательных советов и «горячих линий», которые были бы наделены полномочиями оперативно удалять из Интернета материалы, содержащие призывы к насилию, детскую порнографию и другую негативную информацию, как это узаконено в большинстве развитых стран¹.

¹ См., например: *Верховский А.* Неправомерное применение антиэкстремистского законодательства в России в 2008 году / *А. Верховский, Г. Кожевникова* // <http://xeno.sova-center.ru/29481C8/CB5956B>

С.Ю. Суменков

Суменков Сергей Юрьевич — кандидат юридических наук, доцент кафедры теории государства и права и политологии Пензенского государственного университета

Исключения из правил как фактор преемственности права: теоретический аспект

Правовое регулирование объективно невозможно посредством установления единых эталонов поведения. Правила, как предписания обобщенного характера, не в состоянии учитывать разнообразие жизненных ситуаций, неоднородность субъектов, сложный характер их взаимосвязей.

Для того, чтобы реально регулировать неоднозначные и многоуровневые общественные отношения, государству не стоит применять только общие правила. Право не всегда может выступать в качестве единой и равной для всех меры. В противном случае оно рискует превратиться в аморфную, реально не работающую и даже тормозящую общественное развитие совокупность юридических норм.

Право, тем самым, объективно не в состоянии учитывать и регламентировать всю полноту и разнообразие конкретных ситуаций, особенно в контексте признания его эталонной природы.

Сама специфика человеческого общества: чрезвычайное разнообразие многочисленных, зачастую противоречивых, интересов составляющих его коллективов и отдельных индивидов; предельно широкий спектр регулируемых правом, находящихся в постоянной динамике, общественных отношений допускает возможность отступления от общепринятых юридических правил, исключений из них.

Присутствие исключений в праве позволяет последнему, как государственно-властному регулятору, быть высокочувствительным к природе регулируемых им объектов. Посредством исключений достигается соответствие между правом и подлинными условиями социальной среды. С.С. Алексеев, характеризуя режим исключений, отмечал, что «он с социальной стороны обеспечивает высокий уровень нормативности и вместе с тем учет своеобразных жизненных ситуаций. Его компонентами являются, во-первых, общее правило («все») и, во-вторых, исключения из него, чаще всего перечень исключений, который в законодательстве нередко формулируется в качестве исчерпывающего»¹.

Говоря об исключениях в праве, необходимо задуматься над вопросом — а что, собственно, есть право; подразумевает ли оно то, что в нем есть исключения (равно как и правила)?

Право — это сложное и многозначное понятие. По поводу его дефиниции, сущности, признаков имеется множество различных точек зрения, идей и теорий, каждая из которых обладает определенными достоинствами; раскрывает ту или иную стороны природы права.

Данная статья не претендует на создание нового определения права. Как думается, постановка такой цели требует, как минимум, самостоятельного научного исследования.

Однако, рассуждая об исключениях в праве, невозможно не затронуть проблему права, ибо именно от понимания права зависит не просто постановка вопроса о допустимости исключений из юридических правил, но и, собственно, разрешение дилеммы о том, содержит ли право правила (а значит и исключения) поведения субъектов общественных отношений.

На наш взгляд, перспективность изучения исключений объясняется именно тем, что их присутствие в праве не может подвергаться сомнению, вне зависимости от концептуально противоположных подходов к праву.

Так, по мнению М.И. Байтина, «право — это система общеобязательных, формально-определенных юридических норм, которые выражают государственную волю общества, ее общечеловеческий и классовый характер; издаются или санкционируются государством и охраняются от нарушений возможностью применения мер государственного принуждения; являются властным регулятором общественных отношений»².

Подобная аккумуляция даже в идеале не может быть достигнута посредством использования унифицированных стандартов поведения, которые, в силу своей шаблонности, не способны учитывать объективные и субъективные различия между коллективными и, тем более, индивидуальными участниками регулируемых правом общественных отношений.

Соответственно, для обеспечения эффективной регуляции государству необходимы не только формально-определенные правила, но и дозволенные исключения из них.

¹ Алексеев С.С. Общие дозволения и общие запреты в советском праве. — М., 1989. — С. 201—202.

² Байтин М.И. Сущность права (современное нормативное правопонимание на грани двух веков). — М., 2005. — С. 80.

Поэтому в части создаваемых и охраняемых государством юридических норм и содержится оговорка «за исключением случаев» (в различных вариациях ее терминологического выражения) позволяющая не игнорировать атипичные ситуации, а напротив, удерживать их в орбите правовой регламентации.

Прямо противоположную точку зрения на право высказывает В.Д. Сорокин, разработавший оригинальную, хотя и не бесспорную, синтетическую теорию права на основе духовно-культурологического подхода.

«Настала пора, — пишет В.В. Сорокин — отказаться в правовой науке от привычки определять Право как систему норм и конкретных правил поведения. Регулятивный потенциал права гораздо шире одних только нормативов поведения. Право — не есть корпус правил, оно представляет собой проявление Святого Дух, в котором правила имеют смысл только в контексте Божественных заповедей и соответствующего им образа жизни»¹.

Отмечая своеобразие в осмыслении права, хотелось бы указать, что ученый не отрицает наличие правовых правил, хотя и отводит им второстепенную роль.

При этом, характеризуя процессы нравственного и религиозного совершенствования права, В.В. Сорокин замечает: «Если мы будем понимать под Правом не только юридические нормативы, но главным образом религиозно-нравственные абсолюты, содержащиеся в христианском учении и имеющие прямое действие в обществе, то результат будет качественно иным... Государство в этом случае получит готовую к употреблению систему правил, куда более действенных для общественного сознания, чем нормы действующего законодательства»².

Тем самым, признается реальная потребность в целой системе правил, которая используется государством для воздействия на членов общества.

Но из таких правил могут и должны быть исключения. Подобное особенно актуально в контексте признания того, что: «Право не представляет собой системы определенных нормативных предписаний на все случаи жизни... Работа с правом не предполагает начетничества, «буквоедства» и формализма, ибо в этом нет живого творчества, полного Духа и смысла»³.

Исключения как раз и позволяют праву, как совокупности общих абстрактных предписаний, распространять свое влияние на более объемный спектр общественных отношений; учитывать и, что самое главное, реализовывать не только не только букву, но и подлинный смысл правового предписания. Так, например, согласно части 2 статьи 7 Семейного кодекса РФ, «семейные права охраняются законом, за исключением случаев, если они осуществляются в противоречии с назначением этих прав».

Трактовку права, предпринятую В.В. Сорокиным, несмотря на некоторые очевидные достоинства (в особенности учете индивидуальных духовно-нравственных потребностей человека, что во многом детерминирует появление исключений из общих правил) все же следует оценивать полемически, исходя из невозможности отождествления положений православной религии с наиболее социально значимым регулятором — правом⁴.

Более традиционными для отечественной юридической науки выступают следующие основные концепции правопонимания⁵: нормативная, социологическая, естественно-правовая⁶.

Нормативизм (легизм, юридический позитивизм, нормативный подход к пониманию права) основан на признании неразрывной связи права с государством, которое создает либо санкционирует юридические нормы. На наш взгляд, нормативный подход к пониманию права приемлем для констатации того факта, что право представляет собой не только совокупность нормативных правил, но и исключений из них.

Подобный вывод базируется на следующих основных моментах, непосредственно исходящих от нормативного восприятия права.

¹ Сорокин В.В. Понятие и сущность права в духовной культуре России. — М., 2007. — С. 299.

² Там же. — С. 296.

³ Там же. — С. 222.

⁴ Концептуальные положения теории В.В. Сорокина встречаются и в работах целого ряда иных авторов. См., например: Яценко А.С. Новая теория государственного права. — СПб., 1911; Куприянов А. Библийские корни правосознания россиян // Российская юстиция. — 1998. — № 1; Вельяминов Г.М. Бог и право / Г.М. Вельяминов, В.С. Семенов // Московский журнал международного права. — 1999. — № 3; Мельник В. Божественная правда и справедливое правосудие // Российская юстиция. — 1999. — № 9; Борисов А. Десять заповедей — свод божественных законов для человека // Российская юстиция. — 2002. — № 3.

⁵ См.: Лейст О.Э. Три концепции права // Советское государство и право. — 1991. — № 12. — С. 3.

⁶ В.К. Бабаев выделяет три основных подхода к пониманию права, фактически совпадающие с предложенными О.Э. Лейстом концепциями: узконормативный, социологический, философский (Бабаев В.К. Понятие права // Общая теория права: Курс лекций. — Н. Новгород, 1993. — С. 21—22). В.С. Нерсисянц также предлагает три типа правопонимания: легистский (позитивистский), естественно-правовой (юснатуралистический), либертарно-юридический (Вопросы философии. — 2002. — № 3. — С. 3.). Позиция О.В. Мартышина выражается в определении четырех типов понимания права: нормативизм, социологическая юриспруденция, теория естественного права, философское понимание права (Мартышин О.В. Совместимы ли основные типы понимания права? // Государство и право. — 2003. — № 6. — С. 13—21).

Во-первых, право представляет собой совокупность юридических норм в их материалистическом понимании, подразумевающих правила поведения¹.

Соответственно, если существуют нормы-правила, значит могут быть и нормы, устанавливающие исключения из данных правил; там где есть правила, там предполагается и присутствие исключений из этих правил; наличие исключений — неотъемлемое свойство каждого правила. Парность правил и исключений, о которой говорилось выше, не отменяется и в сфере правового регулирования.

Во-вторых, нормы права издаются, изменяются, отменяются, а также санкционируются государством и охраняются им от нарушений возможностью применения мер государственного принуждения².

Тем самым, если государство устанавливает нормы, учреждающие правила, то оно компетентно в императивном порядке санкционировать исключения. В данном аспекте исключения, равно как и правила, создаются на основе государственно-властного решения; облекаются в форму нормативных предписаний.

В-третьих, и это самое главное, всеобъемлющий характер правового регламентирования, широта охвата объектов указанного процесса и неоднородность участвующих в нем субъектов детерминирует появление исключений из унифицированных, единых для всех стандартов поведения. Такие исключения необходимы государству для оптимизации реализации права, повышения результативности проникновения государственно-правового воздействия в различные сферы общественных отношений.

Право не должно игнорировать многообразие жизненных обстоятельств, особенно с учетом того, что оно, как государственная воля общества, определяется «экономическими и духовными, а также национальными, религиозными, демографическими, природными и иными условиями его жизни»³.

Для максимально возможного юридического опосредования разнообразных факторов окружающей действительности, государство нормативно оформляет исключения из им же созданных правил⁴.

Таким образом, восприятие права в рамках современного нормативного подхода к его сущности и содержанию, вполне допускает наличие исключений из общих, единых для всех правил.

В свою очередь не отрицает существование исключений и научное направление, подразумевающее под правом действия и решения правоприменителей (прежде всего — судей), которое получило название социологической теории права⁵.

¹ См., например: «Право представляет собой систему общеобязательных правил поведения, которые устанавливаются государством и охраняются им от нарушений» (*Сырых В.М.* Теория государства и права. — М., 1998. — С. 93); «Право есть система общеобязательных правил поведения, которые устанавливаются государством, выражают общие или индивидуальные интересы населения страны и выступают государственным регулятором общественных отношений» (*Хропанюк В.Н.* Теория государства и права / Под ред. В.Г. Стрекозова. — М., 1999. — С. 183); «Право есть система общеобязательных, формально-определенных, установленных и охраняемых государством правил поведения, выражающих волю политических сил, стоящих у власти, направленных на урегулирование общественных отношений» (*Комаров С.А.* Общая теория государства и права. — СПб., 2001. — С. 35); «Право — это система общеобязательных, формально-определенных норм (правил поведения), генетически и функционально связанных с государством, выражающих согласованные интересы и волю общества, содержание которых вытекает из природы и характера господствующей в обществе системы экономических, политических и иных отношений» (*Черданцев А.Ф.* Теория государства и права: Учебник для вузов. — М., 2001. — С. 171).

² На наш взгляд, предельно точно связь государства и права определяется О.Э. Лейстом: «Право создается государством в том смысле, что норма становится правовой с момента официального признания (или создания) ее государством и определения санкций за ее нарушение».

³ *Байтин М.И.* Сущность права (современное нормативное правопонимание на грани двух веков). М., 1989. — С. 60.

⁴ В качестве примера влияния различного рода условий окружающей действительности на содержание права можно отметить Постановление Правительства РФ от 5 августа 2010 года № 599 «О введении временного запрета вывоза некоторых видов сельскохозяйственных товаров с территории Российской Федерации» (Собрание законодательства РФ. — 2010. — № 32. — Ст. 4339). Принятие данного акта, носящего, без сомнения, исключительный характер, было порождено крайне неблагоприятной климатической ситуацией — аномально жаркой погодой лета 2010 года.

⁵ По мнению О.В. Мартышина, «социологическое направление в юриспруденции можно толковать в узком (как социологическую школу права, представленную ее основателем Е. Эрлихом и др. в Европе, Р. Пауном, К. Ллевеллином, Дж. Франком и др. в США) и широком плане, когда в нее включается теория солидаризма Л.Дюги, психологическая теория права Л.И. Петражицкого и его последователей, ряд других правовых теорий (История политических и правовых учений: Учебник для вузов / Под ред. О.В. Мартышина. — М., 2004. — С. 478). П.А. Оль исходит из широкого понимания термина «социологическое направление в юриспруденции», включающего в себя множество юридических концепций, использующих в познании феномена «право» социологическую методологию и определяющих право как продукт социальных отношений. К таким учениям относятся «юриспруденция интересов», социологическая юриспруденция», отдельные воззрения «юридической антропологии», американский неореализм, учение о праве М.Вебера, психологические теории права последователей Л.И. Петражицкого, труды uppsальской школы. Такая трактовка имеет ряд положительных моментов; однако в контексте изучения исключений из правил предпочтительным, на наш взгляд, является «узкий» подход к социологическому направлению, так как для реализации исключений необходимо не просто интуитивное восприятие права всеми участниками социальных отношений, а именно теми из них, которые наделены возможностью принятия властных решений — то есть правоприменителями.

Представители данного течения «стали изучать право не в качестве самодовлеющей, оторванной от жизни, оторванной от жизни системы абстрактных норм, формализованных предписаний, а как “живой порядок”, как сеть конкретных правоотношений, как систему действующих норм»¹.

Подобный вывод, по нашему мнению, возможен, если исходить из следующих положений социологической теории.

Во-первых, как только что было сказано, в рамках данного направления право воспринимается как неотъемлемая часть социальной сферы, подверженное воздействию тех же закономерностей и процессов, характерных для всех иных социогенных институтов.

Подобное в свою очередь проецирует взгляд на всеобщий характер исключений; детерминацию их особенностями устройства и развития человеческого общества. Если исключения присутствуют в социальном регулировании, то, бесспорно, их не может не быть в диапазоне реализации права. Учет жизненных факторов привел к тому, что «право стало рассматриваться, прежде всего, в динамике, как функционирующая система, в связи с чем на передний выступила проблема правоотношений, взаимодействий между конкретными субъектами в конкретной жизненной ситуации»². Как думается, следует признать, что в отношениях конкретности исключения обладают большей актуальностью, чем абстрактные правила.

Во-вторых, признание сторонниками анализируемого направления многообразия общественных отношений влечет констатацию невозможности их надлежащего регламентирования посредством единых стандартов поведения.

Исключения как раз и выступают в качестве средств, позволяющих преодолевать шаблонность права, обеспечивать гибкость и дифференцированность правового воздействия, удовлетворяя обширный спектр законных интересов участников правоотношений. Последнее особенно важно в аспекте «инструментального» подхода к пониманию права, который, как отмечалось выше, разделялся многими представителями социологической юриспруденции.

В-третьих, смещение акцента при определении права с проблемы нормы (догмы права) на юридическую, прежде всего судебную практику. Речь идет о соотношении должного (нормы-предписания) и сущего (отражения потребностей реальной жизни). Несмотря на все различия, касающиеся степени названного сопоставления, основополагающей идеей юристов-социологов выступает то, что право как совокупность норм-предписаний должно максимально отражать потребности реальной жизни, что достигается только путем предоставления широкого диапазона усмотрения в ходе применения права.

Реализация исключений во многом базируется на усмотрении правоприменителя, в первую очередь судьи. Расширенные пределы правоприменительного усмотрения — одна из основ социологической теории права — имеет прямое отношение к тому тезису, что уникальность фактических обстоятельств, препятствует однозначному указанию в юридической норме на использование либо неиспользование исключительных положений.

Судебная практика выступает оптимальной формой проявления исключений³; классическим примером служит статья 64 УК РФ, дополнительный интерес к которой вызывается тем, что часть содержащихся в ней исключений в целях либерализации уголовных наказаний трансформировались в правила⁴.

Соответствие исключений основным принципам права; направленность исключений на обеспечение прав и свобод граждан позволяет утверждать об обоснованности признания исключений в рамках доктрины естественного права.

Естественно-правовая теория является учением о праве, имеющим, пожалуй, наиболее длительный путь развития, в основе которого — мысль о существовании двух систем права — естественного и позитивного права.

Резюмируя основные положения рассматриваемого учения, можно спроецировать следующие аспекты их взаимосвязи с признанием существования исключений в праве.

Во-первых, возведение естественного права в качество всеобщего, исходящего от самого устройства мира, метафизического закона, определяющего жизнь людей.

¹ Зорькин В.Д. Социологическая юриспруденция // История политических и правовых учений / Под ред. В.С. Нерсисянца. — М., 1983. — С. 610.

² Оль П.А. Правопонимание: от плюрализма к двуединству. — СПб., 2005. — С. 121.

³ См. об этом: Гук П.А. Исключения в праве и их реализация в судебной деятельности / П.А. Гук, С.Ю. Суменков // Журнал российского права. — 2006. — № 8. — С. 123—130.

⁴ Речь идет о Федеральном законе от 7 марта 2011 года № 26-ФЗ «О внесении изменений в Уголовный кодекс Российской Федерации» (Российская газета. — 2011. — 11 март.), основной смысл которых заключается в устранении в ряде статей кодекса низшего предела у некоторых видов уголовных наказаний. Тем самым значительно расширяется сфера судебного усмотрения и снимается сама постановка вопроса об обязательном установлении «исключительных обстоятельств» для назначения наказания ниже низшего предела.

Как уже было сказано выше, всеобщность права детерминирует появление в нем исключений, которые также обладают признаком всеобщности, и присутствуют буквально везде, а соответственно и в праве.

Во-вторых, констатация природного характера естественного права, позволяющего учитывать интересы и потребности личности. По мнению В.М. Шафирова, «человеко-центристский подход более адекватно выражает идею права»¹.

Исключения как раз и необходимы праву для учета многообразия свойств каждого отдельного человека.

Вместе с тем, является очевидным, тот факт, что любая общность людей предполагает игнорирование и даже ограничение части интересов отдельных субъектов. Подобное объясняется тем, что полное сочетание всего спектра индивидуальных, зачастую противоречивых, интересов не только недостижимо, но и деконструктивно². А.Д. Градовский в данной связи верно отмечал, что «шаток... тот прием, по которому характер и значения общества изучают на основании природы человека вообще, то есть отождествляют законы общественного развития с законами развития индивидуального. В силу этого учения социальные науки имеют один предмет с антропологией и психологией, причем исследование производится только в обширной сфере. Нет сомнения, что природа эта необходима для разъяснения разных практических вопросов, преимущественно же тех деяний, которые не выходят из сферы личных отношений человека. Но сделать законы индивидуальной природы человека законами общества — более чем неосновательно (курсив наш. — С.С.)»³.

Исключения позволяют добиваться приемлемого синтеза личного и общественного, индивидуального и коллективного, биологического и социального. Обладая большим конкретизирующим эффектом, нежели правила⁴, исключения обеспечивают максимально возможное выражение персонифицированных особенностей, обеспечивая тем самым определенный баланс правового регулирования.

В-третьих, олицетворяя собой справедливость, естественное право подразумевает привнесение ее в отношения между людьми.

Между тем именно принцип справедливости служит одним из основных условий появления исключений. Для максимального и всестороннего учета многочисленных и разнообразных факторов объективного и субъективного характера нужны исключения из общих правил, ибо унифицированные стандарты не способны регламентировать все многообразие бытия. В противном случае правовое воздействие будет необоснованным, неэффективным, а в конечном счете несправедливым⁵.

При этом наличие исключения как части во многом обеспечивает справедливость правила как целого. Тем самым создается единая система правовых установок, гарантирующих справедливость правового регулирования. «В нашем обсуждении справедливости, — пишет В.Г. Графский, — существенным делается то обстоятельство, что все эти разновидности справедливых ориентаций и требований имеют перспективу стать требованиями законными, то есть должными...»⁶.

Таким образом, есть все основания полагать о соответствии тезиса о наличии исключений в сфере права концептуальным положениям естественно-правовой теории.

Резюмируя все вышесказанное, надо отметить, что даже на примере проблематики допустимости существования исключений в праве, видны серьезные разночтения между нормативным подходом, социологической юриспруденцией и естественно-правовой теорией.

Однако имеющиеся различия никоим образом не позволяют солидаризоваться с мнением Ю.И. Козлихина, считающего, что: «следует признать тот очевидный факт, что общая теория государства и права себя изжила. Необходимо развивать самостоятельные юридические науки, имеющие и свой предмет, и свои методы исследования. Это философия права, социология права и догма права»⁷.

¹ Шафиров В.М. Естественно-позитивное право. — Красноярск, 2004. — С. 34.

² Поэтому нельзя согласиться с Л.В. Петровой, утверждающей: «Сущность права сверхъюрисдикционная. Она укоренена в природе человека. Разумны те законы, которые отвечают человеческой природе. Наукой, изучающей природу человека, является «философская антропология», согласно которой суть и смысл «естества и природы человека» составляет его «свободная воля», а в познании собственного естества, а значит и человеческой природы в целом — ключ к уяснению естественного права» (Петрова Л.В. О естественном и позитивном праве // Государство и право. — 1995. — № 2. — С. 39).

³ Градовский А.Д. Сочинения. — СПб., 2001. — С. 91—92.

⁴ По моему мнению, исключения всегда более конкретны чем правила, которые носят общий характер и имеют абстрактную природу. В противном случае происходит трансформация исключения в правило и наоборот.

⁵ См.: Суменков С.Ю. Принципы права и исключения в праве: аспекты соотношения // Государство и право. — 2009. — С. 27—30.

⁶ Графский В.Г. Право как результат применения правила законной справедливости // Государство и право. — 2010. — № 12. — С. 13.

⁷ Козлихин Ю.И. Нетрадиционные подходы к правопониманию // Современные методы исследования в правоведении / Под ред. Н.И. Матузова и А.В. Малько. — Саратов, 2007. — С. 62.

Логика высказывания предполагает, что основой философии права выступает естественно-правовая теория; социологии права — социологическая школа права; догмы права — нормативный подход.

Не отрицая важности дифференцированного анализа права, хотелось бы отметить, что разногласия между учениями о праве не свидетельствуют об архаизме и нецелесообразности общей теории права; наоборот, продолжающиеся дискуссии доказывают актуальность развития науки, во многом связанной с выработкой единых точек соприкосновения, в том числе и по вопросу определения права.

Коллизии между различными типами правопонимания носят полемический характер; не являются непреодолимым препятствием к достижению научного консенсуса.

В частности, приверженцы нормативного подхода верно замечают, что нельзя игнорировать основополагающие идеи естественного права, как общепризнанного критерия отнесения государства и действующего в нем права к демократическому или тоталитарному¹. «С этих позиций, — подчеркивает М.И. Байтин, — представляются не только необоснованными, но и неуместными любые попытки противопоставления в настоящих условиях естественного права позитивному, так как естественное право практически неосуществимо без позитивного, а духовная основа, нравственная сила позитивного права позитивного права коренятся в праве естественном»².

В свою очередь, сторонники естественно-правовой теории также считают, что «естественное право также нуждается в нормативном облачении, иначе оно остается совокупностью прекраснотушных идей... целью естественного права... остается достижение нормативного закрепления»³.

Весьма оригинальную мысль, применительно к нормативной фиксации принципа справедливости, высказывает Н.И. Матузов, увязывая положения всех трех рассматриваемых концепций. «Особое значение нормативность принципов приобретает при судебном разрешении конкретных жизненных ситуаций по аналогии, когда в законодательстве обнаруживаются пробелы и их необходимо восполнить. В таких случаях суд, как известно, руководствуется не юридическими нормами, которых просто нет, а именно общими началами и принципами права, его общим духом, идеями гуманизма, справедливости»⁴. Наглядным примером, подтверждающим правоту позиции ученого, служит часть 2 статьи 6 ГК РФ, устанавливающая следующее: «При невозможности использования аналогии закона права и обязанности сторон определяются исходя из общих начал и смысла гражданского законодательства (аналогия права) и требований добросовестности, разумности и справедливости».

Таким образом, можно констатировать наличие в праве реальных интеграционных процессов, доказывающих обоснованность предположений о наличии интегративного типа правопонимания.

При этом речь идет не о «механическом» объединении плюралистических размышлений о праве, а подлинном их синтезе, адекватно отвечающем реалиям современного общества.

На наш взгляд, при констатации диалектической взаимосвязи различных подходов по отношению к праву, следует установить те единые моменты, которые не отвергаются ни одним из учений при характеристике права.

Доминирование здесь принадлежит идее о регулятивной функции, выполняемой правом. «Думается, — верно указывает П.А. Оль, — что в качестве общего основания синтеза основных типов правопонимания некой отправной точкой в процессе интеграции должно стать единство представлений о праве как о социальном регуляторе, обеспечивающем целостность социальной системы. Роль права как специфического социального регулятора в целом не отрицается представителями самых разных типов правопонимания»⁵.

Таким образом, бесспорно то, что право регулирует отношения между людьми. Это достигается за счет того, что право содержит правила, учреждающие модели, стандарты, эталоны поведения людей.

То, что право — комплекс общеобязательных правил, можно считать аксиомой⁶. В подобном аспекте оптимальна дефиниция права, предложенная Р.А. Ромашовым — «Право следует рассматривать в качестве регулятивно-охранительной системы, складывающейся из общеобязательных (пра-

¹ См.: Байтин М.И. Единство естественного и позитивного права — основа обеспечения прав и свобод человека // Вопросы общей теории государства и права. — Саратов, 2006. — С. 136.

² Там же. — С. 137.

³ Лившиц Р.З. О противоречивой двуединой природе права // Подготовка и принятие законов в правовом государстве: Материалы международного семинара. Москва, Госдума, 28—29 апреля 1997 г. — М., 1997. — С. 228—227.

⁴ Матузов Н.И. Принципы права как объект научного исследования (вместо введения) // Принципы российского права: общетеоретический и отраслевой аспекты / Н.И. Матузов, А.В. Малько, К.А. Струсь и др.; Под ред. Н.И. Матузова, А.В. Малько. — Саратов, 2005. — С. 18.

⁵ Оль П.А. Правопонимание: от плюрализма к двуединству. — СПб., 2005. — С. 175.

⁶ Как видится, в данном случае разночтения касаются формы, в которой выражаются правила: нормативный акт (нормативный поход); акт применения права (социологическая школа); идеи, принципы (естественно-правовая теория).

вил) норм, принимаемых в целях обеспечения социальной стабильности, безопасности, развития и оказывающих резульативное воздействие на общественные отношения»¹.

Соглашаясь в целом с подобным определением, хотелось бы отметить, что как социальные нормы не стоит отождествлять с правилами человеческого общежития, то и юридические нормы не являются синонимом правил.

По нашему мнению, право состоит из установленных либо санкционированных государством норм, закрепляющих единые для всех правила. Но, как уже многократно отмечалось, правила обладают исключениями. В правовой сфере, исключения также как и правила зафиксированы в нормах. Тем самым, право — есть совокупность норм, содержащих как правила, так и исключения из них.

Как думается, заявленный алгоритм (право — нормы — правила-исключения) позволяет найти консенсус, объединяющий различные подходы к правопониманию и, в тоже время, дает возможность заявить о совместимости интеграционной теории и концепции исключений из правил в сфере правового регулирования.

Действительно, объединение различных учений вполне допустимо на основании констатации того факта, что *право — это юридические нормы, которые учреждают правила и вводят исключения, реализуемые соответствующими субъектами для достижения и обеспечения справедливости.*

Аналогичным образом подобная стратегия применима и к проблематике исключений.

Так, в ракурсе инструментального подхода, исключения в праве — юридические средства, направленные на достижение определенных целей.

Целевые установки имеют стержневое значение для исключений; за счет исключений достигается учет правом реалий социальных отношений и обеспечение компромисса интересов их участников. В этой связи можно говорить о соответствии исключений идеям реалистической теории².

С философской точки зрения, исключения, как было уже многократно отмечено — это неотъемлемая часть бытия, представляющая вместе с правилом дуалистическую суть одного и того же явления в нашем случае, права.

Соприкосновение исключений в праве и психологической теории права более чем очевидно, учитывая регламентирующую роль права в человеческом общежитии. «В человеческих взаимоотношениях исключений гораздо больше, чем правил. Психологические правила будут полезны только тому, кто сумеет увидеть за ними бесконечно разнообразный мир индивидуальных проявлений человеческой психологии и самостоятельно найдет достойное место правилам в мире исключений»³.

Таким образом, значение исключений как фактора преемственности заключается в следующем: каждая из многочисленных научных концепций о праве признает, что право — это правила, регламентирующие поведение людей. Из правил методологически предполагается наличие исключений. Правил и исключения в своем единстве предполагают комплексный регулятор общественных отношений.

¹ Ромашов Р.А. Реалистический позитивизм: интегративный тип современного правопонимания // Концепции современного правопонимания: Материалы «круглого стола». Санкт-Петербург, 12 декабря 2004 г. / Под ред. Р.А. Ромашова, Н.С. Нижник. — СПб., 2005. — С. 12.

² Так, основоположник реалистической теории Р. Иеринг трактует право как признание сильным интересом слабого, как самоограничение и умеренность власти в целях установления мира на справедливых условиях между борющимися.

³ Головаха Е.И. Психология человеческого взаимопонимания / Е.И. Головаха, Н.В. Панина. — Киев, 1989. — С. 53.

С.С. Сутягин

Сутягин Сергей Сергеевич — заместитель начальника полиции (по охране общественного порядка) Межмуниципального отдела МВД России «Пильнинский»

Лесное законодательство в дореволюционной России: историческая правопреемственность и эволюция

Вопросы охраны лесов на современном этапе являются одними из наиболее злободневных, что не в последнюю очередь связано с несовершенством законодательства, в том числе и уголовного. Анализ истории норм об уголовной ответственности за посягательства на леса позволяет выявить определенные тенденции их развития, с тем, чтобы использовать законотворческий опыт предыдущих поколений для защиты одного из основных богатств России. Обычно авторами работ, посвященных вопросам охраны лесов, предлагается два периода развития российского лесного законодательства: дореволюционный и послереволюционный¹. По моему мнению, целесообразно использовать другую периодизацию, которая обусловлена такими факторами, как развитие государства и отношений собственности на лесные ресурсы и вытекающую из этого степень государственной защищенности лесов от хищнической разработки.

Первый период (VIII—XIV вв.) связан с неограниченным пользованием лесом и лесными землями, в связи, что не вызывало необходимости в принятии законов о лесах, лесной политике, лесоуправлении. Казалось бы, что данное утверждение ошибочно, ведь постановления о лесах России почти одновременно нашим первым законам. Еще в Судебнике Царя Константина встречаем: «вжигай чужь лесъ, и секый дрова отъ него, въ сугубу вину повинень есть»². Однако эта норма не была еще действительным законом, в смысле разумной необходимости и действительной народной потребности, точно также как и статья в Русской Правде Ярослава Мудрого «Аще кто сжеть лес чужий или сечет деревне чужие, сугубо да осужденъ будеть и рука его знаменена будеть»³. Обе статьи — прямой перевод Византийских указаний и в те времена не могли иметь практического значения. Соглашаясь с мнением Н.И. Шелгунова о том, что в «допетровский период отдельные законы, касающиеся лесов, имеют только частное значение и не стараются строго преследовать порубщиков леса»⁴ приходим к выводу об отсутствовавшей в то время необходимости законодательного определения права собственности на лес.

Второй период формирования лесного законодательства (XV — первая половина XVII в.) по-прежнему обусловлен отсутствием государственной необходимости в повсеместной охране лесов. Однако в XV—XVII веках расширяется земледелие, происходит освобождение земель от лесных насаждений под пашню. По словам Барбаро, посетившего Россию в начале XV века, «летом в России никто не отваживается в дальний путь по причине большой грязи и множества мошек, порождаемых окрестными лесами, почти вовсе не обитаемыми»⁵. Спустя столетие, со слов побывавшего в России Павела Иовия «Герцинские леса, будучи в некоторых местах заселены и расчищены трудолюбием жителей, не представляют тех страшных и непроходимых дебрей, как прежде»⁶. Получающая распространение порубка лесов приводит к необходимости ее ограничения в частных случаях. В это время широко применялись так называемые жалованные грамоты. Их можно рассматривать как частные случаи приобретения права собственности на леса. Первая дошедшая до нас жалованная грамота, упоминающая о лесе, относится к началу XV века. «Ярославский князь Федор Федорович, сын князя Федора Васильевича, пожаловал Толгскому монастырю, около 1400 года, деревню Кукольцы «и съ селомъ и съ пожнями, куды топоръ ходилъ, куды коса ходила»»⁷. Наделение «жалованными грамотами» определяло право собственности на лес, но не спасало от незаконной порубки. Тогда верховная власть издает «охранные грамоты», которые прямо утверждали право рубки леса только за его владельцем. Так, в 1485 году Иваном III была дана Троице-Сергиеву монастырю охранная грамота, в которой запрещалась свободная рубка леса в дачах монастыря. Кроме того, помимо основного вида лесопользования,

¹ Полянская Г.Н. Охрана прав государственной собственности на леса. — М., 1956; Куликова О.В. Правовые вопросы рационального использования и охраны лесов: Автореф. дис... канд. юрид. наук. — Саратов, 2000.

² Фалеев Н.И. Лесное право. — М., 1912. — С. 279.

³ Российское законодательство X—XX вв.: В 9 т. — М., 1984. — Т. 1. — С. 38.

⁴ Шелгунов Н.И. История русского лесного законодательства. — СПб., 1857. — С. 2.

⁵ Там же. — С. 34.

⁶ Там же. — С. 34.

⁷ Там же. — С. 2.

на территории лесов монастыря запрещались также и другие виды пользования лесом: сенокосение, сбор ягод, грибов, орехов, за что устанавливался штраф¹. «Для точного наблюдения за исполнением требований “охранной грамоты” Великий Князь дал своего пристава Палку Ворону и велелъ ему ловить рубщиковъ, которые отправились въ лесъ безъ монастырскаго позволения и взыскивать съ порубщиковъ штрафъ»². Точно также в 1547 году Иван IV запретил рубку леса, принадлежащего Симонову монастырю. Выдавая «охранные грамоты», Государь мог назначить штраф за самовольную порубку леса. Однако размер штрафа не имел законодательного определения и не зависел от величины порубки, а определялся в каждом случае отдельно лишь за нарушение «государева запрещения», то есть за совершенный проступок. Отсутствие стоимостной оценки леса подтверждает Судебник Ивана IV, согласно которому «при выкупе вотчин, цена давалась только за землю под лесом и рощами, сам же лес в цену не шел».

В XV веке лес приобретает значение не только как материала для удовлетворения внутренней народной потребности, но и как средство для защиты государства. По причине частых опустошительных набегов татар, возникла необходимость в сооружении вдоль южной границы Русского государства «засек». «Засеки» — заповедные леса военного значения по границе леса Русского государства. Засечная черта тянулась с юго-востока от Шацка и Рязань и продолжалась Рязанской, Каширской, Веневской, Тульской, Крапивинской, Одоевской, Лихвинской, Перемышльской, Белевской и Козельской линиями лесных завалов³. В «засечных лесах» деревья были повалены широкой полосой в сторону возможного нападения врага, что делало их непроходимыми для конного войска. Всем, кроме ратников охраны, был запрещен вход в «засечные леса», а также запрещалась вырубка леса. По указу Ивана IV от 1571 года служилым людям во время ежегодных осенних выжиганий строго запрещалось жечь лесные засеки и обязывалось беречь их от огня⁴.

В 1649 году царем Алексеем Михайловичем Романовым было принято Соборное уложение⁵, объединившее в себе прежние законы и указы, постановления судов и другие юридические документы. Уложение содержит нормы, имеющие более общее государственное значение, что отличает его от предшествующих Судебников. Содержание Соборного уложения, в части касающейся лесов, позволяет сделать вывод о том, что Алексей Михайлович не привнес новой идеи о лесопользовании и лесоохране, а лишь развил действовавшие до него правила о лесах. По-прежнему основным объектом охраны является вид деятельности, производимый в лесах, а не сам лес. Развитие в те времена пчеловодство определяет основные положения лесного законодательства. Так, права помещиков и вотчинников по владению принадлежащим им лесом, ограничивались пунктом 239 главы X Уложения, согласно которому «Если бортное дерево, находящееся в лесу, с пчелами или без пчел, было повалено, и владелец пчел захотел бы высечь улей из дерева, то владелец леса не должен был препятствовать в этом хозяину улья»⁶. Самовольная порубка рассматривалась как нарушение права владельца леса и запрещалась под угрозой платы истцу денег за лес. Рубка леса без вреда для угодий государством не наказывалась, а напротив «служилым людям» дозволялось рубить во всех частных лесах без получения разрешения их владельцев. Существовало лишь одно ограничение: рубить для себя, а не на продажу.

Отсутствующая необходимость в централизованной охране лесных ресурсов в допетровский период объясняется изобилием лесов и их низкой практической значимостью для государства в целом, что подтверждается отсутствием единого ведомства по управлению лесами. По мере развития российского государства и постановке новых задач в области внешней политики, отношение к лесным ресурсам резко изменяется и эти изменения связаны с именем Петра Великого.

Третий период (конец XVII в. — 1725 г.) ознаменовался принятием первых законодательных актов в отношении лесов и их охраны в качестве самостоятельного объекта права, а не части предмета собственности. Исключительная значимость данного периода в истории развития российского лесного законодательства связана с преданием лесным ресурсам государственного значения. Справедливо отмечено Н.И. Шелгуновым: «Со времени Петра I постановления о лесах теряют свой частный характер, а законы о лесах получают общее значение»⁷. Развивая идею государственного лесного управления, Н.И. Фалеев пишет: «Петровское законодательство идет от идеи государственной пользы: всякая рубка является самовольной, если она производится вопреки распоряжениям закона; в данном случае охраняется уже не имущественный интерес владельца, а интерес государства»⁸.

¹ Мелехов И.С. Очерк развития науки о лесе в России. — М., 1957. — С. 17.

² Шелгунов Н.И. История русского лесного законодательства. — СПб., 1857. — С. 6.

³ Савельев А. О сторожевых засечных линиях на юге Древней Руси. — М., 1876. — С. 37.

⁴ Мелехов И.С. Очерк развития науки о лесе в России. — М., 1957. — С. 16.

⁵ Соборное Уложение 1649. Текст. Комментарии. — Л., 1987. — С. 56—57.

⁶ Там же.

⁷ Шелгунов Н.И. История русского лесного законодательства. — СПб., 1857. — С. 51.

⁸ Фалеев Н.И. Лесное право. — М., 1912. — С. 280.

Первый указ, явившийся началом коренного преобразования лесопользования, был подписан Петром I 19 ноября 1703 года. Указ требовал описания всех лесов по берегам больших рек (Волга, Дон, Днепр) и малых (Воронеж, Десна, Хопер). Вдоль этих рек устанавливались запретные полосы шириной 50 и 20 верст соответственно. Деревья в этих запретных полосах могли быть срублены только для казенных нужд. За нарушение Указа полагался штраф в десять рублей либо смертная казнь¹. «Для потребностей народа дозволено рубить липу, ясень, березу, осину, ольху, ель, орешник, иву и сосну тоньше 12 вершков»². Придав кораблестроительному лесу государственное значение, Петр I, учитывая особенности отдельных территорий государства (в основном по причине их удаленности от верфей), в 1719 году разрешает рубку «заповедных» дубовых деревьев в Уфимской, Астраханской и Сибирской губерниях, за исключением леса вдоль сплавных рек. Представляется, что данные решения явили в себе твердость намерений власти в создании общепринятых норм обращения с лесом, сочетающихся с пониманием народной потребности в нем.

Решить проблему незаконных рубок одними лишь запретительными мерами и строгим наказанием было невозможно. Ведь порубщик мог и не знать, что он срубил дерево, пригодное для кораблестроения. Кроме этого, по Указу от 19 января 1705 года разрешалось рубить дуб во всех лесах, за исключением засек, на сани, телеги, оси и полозья. Все эти недостатки лесоуправления были настолько очевидны, что после выявления вице-губернатором Кудрявцевым значительных порубок корабельных дубов в Нижегородской губернии, в январе 1718 года Петр I приказал «неисполнителей указовъ, которые рубили и впредь стануть рубить дубовый лесъ, а также техъ кто прикажетъ рубить, будеть ли то прикащикъ или помещикъ, наказывать кнутомъ и вырезавъ ноздри, ссылатъ въ каторжную работу»³. Этим же Указом для надзора за лесами назначаются надзиратели, каждый из которых уполномочен клеймить корабельные деревья, рубка же неклеяного дерева запрещается. За каждым из надзирателей закрепляется 500 домов и выдается клеймо с Казанским гербом. За неисполнение своих обязанностей надзиратель подлежит наказанию наравне с порубщиком.

Следующим этапом в создании системы государственного управления лесами явился указ от 17 июня 1719 года, которым определен единый государственный орган управления лесами — Адмиралтейство — «Главное заведывание лесами иметь Адмиралтейству»⁴. Определение главного государственного органа по управлению лесами свидетельствует о понимании властью важности лесных ресурсов для государства и вытекающей из этого необходимости их централизованной охраны. Несмотря на зарождение основ лесоуправления, признать деятельность лесных надзирателей и контролирующей их Адмиралтейской коллегии, отвечающих требованиям полноценной защиты леса, нельзя. Слабое знание надзирателями собственных обязанностей приводило к низкому качеству исполнения властных повелений. Так, по «указу от 19 ноября 1703 года липа не считалась заповедным деревом, между тем надзиратели не позволяли ни рубить это дерево, ни драть лык. Тогда, указом Петра I от 1721 года было определено: во всемъ государстве липовые леса рубить всякихъ чиновъ людямъ невозбранно»⁵. Согласно Указу от 1719 года разрешение на рубку «заповедных» деревьев выдавалось Адмиралтейством, однако просьба о выдаче данных разрешений не поступило ни одной.

Указанные обстоятельства, а также тот факт, что распоряжения в области лесопользования часто повторялись, дополнялись и впоследствии отдельными указами разъяснялись, требовали создания единого ведомства по управлению лесами на всей территории государства, с четко обозначенными полномочиями.

В 1722 году указом Петра I в России создана служба вальдмейстеров. Отличительными чертами вновь созданного органа государственного контроля за лесами являются:

— четкая законодательная регламентация прав и обязанностей. В 1723 году введен в действие первый государственный акт по организации лесного хозяйства страны «Инструкция обер-вальдмейстеру». Справедливо отмечено Н.И. Шелгуновым, что «инструкция есть первая основа ныне действующих постановлений о лесах»⁶. Инструкция утверждала заповедные породы деревьев и места заповедных лесов, определяла порядок охраны и управления ими. В нее включили и лесохозяйственные правила: об охране лесов от пожаров при помощи местного населения, штрафах за рубку заповедных лесов, расчистке лесов под сенокос, порядке отпуска древесины за границу и т. д. Ряд статей этой инструкции позже вошел в Лесной устав дореволюционной России;

— утвержденная внутренняя структура вальдмейстерской службы. «Главное заведывание лесными чинами поручено Адмиралтейской коллегии. Обер-вальдмейстер, действуя на основании именной инструкции, имеет в своем владении леса всего государства. Для надзора за лесами на местах,

¹ Шелгунов Н.И. История русского лесного законодательства. — СПб, 1857. — С. 52.

² Цит. по: ПСЗ 4. — IV. — 1950.

³ Шелгунов Н.И. История русского лесного законодательства. — СПб, 1857. — С. 60.

⁴ Там же. — С. 61.

⁵ Там же. — С. 67.

⁶ Там же. — С. 83.

назначаются вальдмейстеры в Петербурге, Новгороде, Воронеже, Рязани, Брянске, Смоленске, Муроме «и где еще пристойно». Вальдмейстеры назначались из дворян и помещиков, живших вблизи охраняемых лесов. В подчинении у вальдмейстеров находятся унтер-вальдмейстеры, у которых под надзором находилось от двух до трех тысяч дворов. Для непосредственной охраны лесов выбираются «добрые люди» из приказчиков или крестьян¹;

— наделение широким кругом полномочий. Для надлежащего исполнения вальдмейстерами своих обязанностей в инструкции указано, что «если вальдмейстеры при взыскании с порубщиков штрафа встретят сопротивление и будут требовать помощи, в таком случае им помогать»²;

— определение вальдмейстерской службы как единого органа государственного управления лесами.

Исходя из данных исторических документов, можно сделать вывод, что Петром I были заложены основы лесоохранительного законодательства, хотя первоначальной целью политики Петра было устройство военного флота и, соответственно, охрана корабельных лесов.

Четвертый период (1725—1798 гг.) в первое время характеризовался ослаблением государственного контроля за лесами при Екатерине I. Была восстановлена неограниченная свобода собственности и произвола в отношении лесов, ликвидирована служба вальдмейстеров, уменьшены размеры запретных полос вдоль больших рек, а вдоль малых запреты сняты вообще. Однако законодательство все же содержало ряд строгих лесоохранительных мер, часто ничем не обоснованных и, поэтому, конечно, не достигающих цели. «Несмотря на обилие в то время лесов, по крайней мере, в северных губерниях России, в 1764 году возникло сомнение о том: не истощены ли леса Архангельской губернии и не следует ли, поэтому прекратить в этой губернии заготовку леса. Налагалось запрещение на заграничную торговлю лесом, на лесотехнические огнедействующие заводы, определялась с математической точностью высота и форма поверхности пней, остающихся после рубки леса и т. д.»³.

Екатерина II, последовательно отстаивавшая интересы дворян, освободила их от обязанностей нести вальдмейстерскую службу и отдала леса в собственность владельцам земли. В 1782 году был подписан указ, отменяющий строгое лесное законодательство: все леса в помещичьих дачах, даже корабельные, остаются в полной собственности владельцев с правом продажи. После принятия данного указа началась ничем не ограниченная рубка лесов⁴.

Кроме того, с этого момента начинает меняться характер государственной лесной политики. Лесоуправление, имевшее раньше целью обеспечение нужд военного флота, а, соответственно, и охрану корабельных лесов получило ярко выраженную экономическую окраску — пополнение казны за счет дохода от лесов в виде попенной платы.

С.П. Ведров писал, что «тысяча семьсот восемьдесят вторым годом кончается в России история лесоохранения и начинается, с одной стороны, история управления казенными лесами, а с другой печальная летопись истребления частных лесов их собственными хозяевами»⁵.

Пятый период, продолжавшийся с 1798 по 1917 годы связан с созданием Лесного департамента, принятием Лесоохранительного закона и Лесного Устава. Это последний период в развитии России как унитарного государства.

Указом Павла I в 1798 году был учрежден Лесной департамент «для сбережения казенных лесов», а в 1803 году в Петербурге был открыт Лесной институт, который в 1837 году был военизирован. Русский исследователь лесного законодательства Н.В. Шелгунов, подчеркивая значимость создания специализированного управления, писал: «Охранение лесов одними строгими постановлениями и указами было еще недостаточно; надзор воевод слаб, даже наказания не всегда спасали леса от истребления, поэтому необходимо было приискать меры более действенные. Меры же эти могли заключаться только в назначении людей для охранения лесов, проведении лесов в известность и в учреждении лесного управления»⁶.

В 1802 году был утвержден проект «Устава о лесах», который содержал в себе цели лесной политики: организация лесоуправления для сбережения лесов; предотвращение недостатка в лесе для казенных нужд; получение прибыли с многолесных районов страны «без отягощения народа и без потери пользы государства»⁷.

Преемственность целей лесной политики прослеживается в утвержденном в 1855 году Наказе Императора министру государственных имуществ, согласно которому необходимо:

- охранение лесов от истребления;
- умножение лесов в местах, которые в них терпят нужду.

¹ См.: Шелгунов Н.И. История русского лесного законодательства. — СПб., 1857. — С. 83—84.

² Цит. по: Шелгунов Н.И. История русского лесного законодательства. — СПб., 1857. — С. 70.

³ Романовский М. Курс лесного законодательства. — СПб., 1881. — С. 88.

⁴ Свод законов Российской империи. — СПб., 1835. — Ст. 312.

⁵ Ведров С.П. О лесоохранении по Русскому праву. — СПб., 1878. — С. 224.

⁶ Шелгунов Н.В. История русского лесного законодательства. — СПб., 1857. — С. 59—60.

⁷ См.: Успенский В.В. История лесного хозяйства России. — Воронеж, 1997.

Развитие капитализма в России во второй половине XIX века вначале положительно отразилось на развитии лесных отношений. В связи с нуждами промышленности и усилением спроса на древесину появились потребности в освоении лесов страны, которые, однако, привели к истреблению лесов и сокращению лесных площадей. В рассматриваемый период было принято множество постановлений, связанных с рубкой леса в отдельных губерниях, очисткой лесосек, льготными отпусками леса и т. д. На основании ряда законодательных документов, связанных с ограничением прав лесовладельцев на своевольное отчуждение лесных земель и перевод их в другие виды пользования, 4 апреля 1888 года издано Положение о сбережении лесов» (Лесоохранительный закон)¹. Данным положением были признаны природоохранные функции лесов и установлены защитные леса:

- сдерживающие сыпучие пески вдоль рек, каналов, водохранилищ, прибрежной морской зоны;
- защищающие от песчаных заносов населенные пункты, дороги, обрабатываемые земли и уголья;
- охраняющие берега водных объектов от обрывов, размывов и повреждения ледоходом;
- произрастающие на горах, склонах, препятствующие образованию снежных обвалов и быстрых потоков.

Этот документ положил конец неопределенности и значительным колебаниям властей в отношении казенных и частных лесов.

В 1913 году был принят новый Лесной устав, который состоял из шести разделов. Анализ книги шестой Устава «Об ответственности за нарушение постановлений о лесах», предусматривающей меры наказаний и взысканий, показывает: производство по делам о лесонарушениях не подразделяется на уголовное, административное и гражданско-правовое, особенности же производства определялись видом лесов, в которых совершено нарушение (казенных либо частных, причем наказание за нарушение в казенных лесах было строже); о любом лесонарушении составлялся протокол; штрафы и деньги, полученные от продажи незаконно добытой лесной продукции, поступали в специальные фонды лесного ведомства².

Несмотря на широкое распространение и крепкие устои частной собственности, политика государства, действовавшего в интересах общества, благосклонно воспринималась населением страны, а действия частного лесовладельца, направленные на получение быстрой прибыли от лесов, чаще воспринимались негативно.

В дореволюционной России сложилась определенная государственная лесная политика, лесное законодательство, система лесоуправления и лесоохраны, и этот опыт нельзя забывать при проведении реформ современного законодательства об охране и защите лесов.

¹ Атрохин В.Г. Лесная хрестоматия / В.Г. Атрохин, Е.Д. Солодухин. — М, 1988. — С. 150.

² Редько Г.И. К истории лесного хозяйства России. — Л., 1981. — С. 84.

А.В. Тарасов

Тарасов Анатолий Вячеславович — кандидат юридических наук, доцент, заслуженный юрист Кубани, доцент кафедры теории и истории государства и права филиала Российского государственного социального университета в г. Анапа

Реформа предварительного следствия — три века одна проблема

Изучая историю развития судебной системы, мы не только фиксируем факты, имевшие место в драматической истории нашей России, но и пытаемся понять истоки современного процесса, развивающегося на наших глазах. Проблемы, возникшие в середине XIX века в вопросе переустройства уголовного судопроизводства в Российской империи, схожи с теми проблемами, которые возникли в 90-х годах XX века (при разработке проекта УПК), и в настоящее время, после десятилетия действия кодекса. Наряду с другими, как и сейчас, одной из важнейших была задача сделать работу всей правоохранительной системы более эффективной.

В настоящее время функционирование судебной системы выявило серьезные проблемы в досудебном производстве и еще раз показало необходимость совершенствования института предварительного расследования. По решению Европейского суда по правам человека за 2010 год признаны приемлемыми 415 жалоб и по ним вынесены постановления. Основное количество нарушений выявлены в следующих группах прав человека и гражданина: право на эффективное расследование — 37; право на свободу и личную неприкосновенность — 89; право на эффективное средство правовой защиты — 55. Цифры неутешительные и характеризуют, в частности, качество предварительного расследования в России. Провозглашение Российской Федерации правовым государством, в котором государственная власть осуществляется на основе принципа разделения властей, позволяет констатировать, что в государстве указанный принцип должен соблюдаться в структурных частях государственного механизма, в том числе и в государственных органах, задействованных в уголовном процессе. Это положение возвращает к жизни вопрос об отделении на стадии предварительного досудебного исследования судебной власти, в лице следователя от административной власти, соответствующие органы которой осуществляют уголовное преследование. Таким образом, в начале XXI века «камнем преткновения» как и полтора века назад, становится вопрос о предварительном следствии и его месте.

Правовая основа расследования преступлений в начале XIX века была закреплена в Своде законов Российской империи, в томе XV «Законы о судопроизводстве по делам о преступлениях и проступках». Уголовный процесс воплощал в себе модель инквизиционной формы, свойственной для государственно-полицейской системы правления, и характеризовался сословностью, тайностью, письменностью и наличием системы формальных доказательств. Основным государственным органом, наделенным полномочиями осуществлять предварительное расследование по уголовным делам, являлась полиция. Предварительное следствие осуществлялось в городах следственными приставами (первоначально данная должность была введена в 1808 году в Санкт-Петербурге, позднее в Москве и ряде крупных городов империи). На остальном пространстве империи в соответствии с «Положением о земской полиции» и «Наказом чинам и служителям земской полиции» от 1837 года, расследование преступлений осуществляли следственные органы земской полиции — *становые приставы* (по общим преступлениям и проступкам) и *земскими исправниками либо временным отделением Земского суда* (по тяжким преступлениям).

Надзор за предварительным расследованием, производимым чинами полиции осуществляли: прокуратура, в лице губернского прокурора и его помощники в уездах (уездные стряпчие), а также губернаторы. Губернатору, в порядке надзора, принадлежало право: приостанавливать рассмотрение дела; командировать особого чиновника «для побуждения и наставления следователей»; отстранять от участия в дальнейшем расследовании следственных (становых) приставов, либо и вовсе от должности, в особо сложных случаях.

Таким образом, следствие находилось в полной зависимости от высших представителей административной власти. Кроме того, произвол и коррумпированность со стороны лиц, производивших следствие, применение незаконных методов в процессе предварительного расследования, отсутствие должного контроля со стороны суда и прокуратуры, низкий профессиональный уровень чиновников, осуществляющих предварительное расследование — вот характерные черты уголовного судопроизводства, сложившиеся к середине XIX века.

Основное реформирование институтов расследования преступлений пришлось на период подготовки крестьянской реформы. В Главном комитете по крестьянскому делу уже в феврале 1858 года был поставлен вопрос о необходимости реформы полиции, так как правительство ожидало массовых

волнений при освобождении крестьян. И было принято решение провести реформу полиции в первую очередь. В ходе работ над законопроектами возобладало мнение о необходимости освобождения чинов полиции от несвойственных им функций, одной из которых было признано производство следствия¹.

В итоге 8 июня 1860 года Александр II подписывает указ, утверждая основные акты реформы: «Учреждение судебных следователей», «Наказ судебным следователям» и «Наказ полиции о производстве дознания по происшествиям, могущим заключать в себе преступления или проступок». В основу указанных документов были положены разработки выдающегося юриста того времени Н.И. Стояновского, который еще в ноябре 1859 года подготовил записку «Учреждение следственных приставов». В документе были изложены его основные теоретические положения о правовом статусе следователя. Лейтмотив данного документа — «власть следственная есть часть судебной власти»².

Важным законодательным новшеством явилось разделение предварительного расследования на *дознание* и *предварительное следствие* (*prima facie*), продиктовано оно было необходимостью функционального разграничения участия в расследовании полиции и вновь вводимых судебных следователей. Данное разграничение сохранилось в уголовном процессе России и по настоящее время.

Главным положением независимости следователя от административной власти являлось то, что следователи признавались членами уездного суда — высшей судебной инстанции в уезде. Назначение, перемещение из уезда в уезд и увольнение судебного следователя осуществлялось министром юстиции по представлению начальника губернии, которому предоставлялось право избирать судебных следователей по соглашению с губернским прокурором. Являясь членом уездного суда, судебные следователи могли участвовать в судебных заседаниях наравне с другими членами уездного суда. Исключение составляли те дела, по которым сами следователи производили предварительное следствие. Увольнение допускалось порядком, предусмотренным для членов суда и только в том случае, если следователь совершил уголовно наказуемое деяние.

В тоже время следователь находился в непосредственном подчинении у уездного суда. Последний обладал достаточно широкими полномочиями, в частности он мог: приостановить производство следствия, прекратить его, дать ему иное направление, проверять действия следователя и осуществлять передачу дел от одного следователя к другому. Кроме того, уездный суд давал указания и предписание судебного следователю, рассматривал жалобы на его действия, при этом один из членов уездного суда по поручению председателя суда вправе был знакомиться с материалами дела.

После принятия «Учреждения судебных следователей» администрация пользовалась в отношении судебных следователей полномочиями почти в таких же пределах, что и в отношении полицейских следователей. Губернатор нередко сам рассматривал жалобы на действия судебных следователей, требовал к себе следственное производство, давал указания и рекомендации по ведению уголовных расследований. Отрицательное отношение губернаторов к судебным следователям и их вмешательство в следственную работу, не только препятствовали правильному расследованию уголовных дел, но в значительной мере обостряли отношения между губернаторами и губернскими прокурорами, считавшими себя обязанными ограждать независимость следственного института.

Новой вехой в закреплении института судебных следователей стало принятие Судебных уставов (Учреждение судебный установлений и Устав уголовного судопроизводства) от 20 ноября 1864 года, которые создали принципиально новую систему судопроизводства в России.

Существенно изменился порядок назначения на должность судебного следователя. Общее собрание окружного суда определяло кандидатуру на вакантную должность следователя и решение направлялось председателю судебной палаты (в состав которой входил окружной суд), затем тот ходатайствовал перед министром юстиции. Последний в свою очередь выходил с представлением на утверждение императору.

Требования к лицам, выдвигающим свои кандидатуры на замещение указанной должности, были ужесточены: возраст не менее 25 лет; наличие аттестата университетов или других высших учебных заведений об окончании курса юридических наук; стаж работы по судебной части не менее 3-х лет, не ниже секретаря окружного суда, либо состояние в звании присяжного поверенного не менее 10 лет, при наличии аттестата и свидетельства об исправном исполнении ими своих обязанностей; либо состояние кандидатом на судебную должность в течении 4-х лет, при достаточном познании следственной части.

Одной из важнейших гарантий независимости и самостоятельности судебных следователей было закрепление в законе их несменяемости. Поэтому следователи не могли быть уволены без «прошения», только на основании приговора уголовного суда, либо по другим основаниям указанными в законе. Существовало ограничение в переводе их из участка в участок без согласия. Из этой нормы было исклю-

¹ Тарасов А.В. Судебные следователи Российской империи по реформам середины XIX века. — Краснодар, 2002. — С. 69—74.

² ОР РГБ, ф. 290, оп. 171, д. 8, с. 19.

чение, перевод был возможен в исключительных случаях, но не иначе как на основе предложения прокурора по постановлению общего собрания окружного суда, утвержденного министром юстиции.

Кардинальным изменениям подверглись взаимоотношения прокурора с судебными следователями при осуществлении надзора в стадии предварительного следствия. В Уставе уголовного судопроизводства был закреплен судебный порядок рассмотрения разногласий между прокурором и судебным следователем, в частности по вопросам о задержании обвиняемого, находящегося на свободе. Вот как характеризовал через 50 лет итоги данной реформы профессор Б.Л. Бразоль, подчеркивая ее значимость для процесса: «Окончательное отделение судебной власти от административной, осуществленное означенной реформой и действительное подчинение судебных следователей обновленным судебным коллегиям, в лице окружных судов, к членам коих они были приравнены, поставило следственный институт в независимое от администрации положение и придало сим органам исключительно судебный характер: от этого и само существо следствий выиграло в стройности и единообразии»¹.

Судебные следователи, как особый институт уголовного судопроизводства, просуществовали до 1917 года, а на Кубани — до 1920 года.

После октября 1917 года прежняя судебная система практически полностью была разрушена. Органами следствия стали специальные комиссии при городских и районных советах Петрограда, Москвы, других городов. Расследованием преступлений занимались также штабы Красной гвардии. Законодательной регламентации их деятельности не существовало.

Декретом о суде № 1 от 22 ноября 1917 года предварительное следствие по уголовным делам возлагалось на местных судей. При советах создавались особые следственные комиссии для расследования политических преступлений, относившихся к ведению ревтрибуналов. При этом были отменены все законы, которые приходили бы в противоречие с новыми актами. Однако уже позже в соответствии с Декретом СНК РСФСР «О суде» № 2 от 7 марта 1918 года к общему положению было внесено дополнение в статью 8 где было указано, что судопроизводство должно осуществляться по правилам Судебных уставов 1864 года. Декретом СНК РСФСР «О суде» № 3 от 20 июля того же года, в России образовывались следственные комиссии окружных судов, которые осуществляли предварительное следствие по делам об убийствах, причинении тяжких телесных повреждений, изнасиловании, бандитизме, разбоях, подделке денежных знаков, взяточничестве и спекуляции, а также по наиболее сложным делам, подсудным уездным и городским судам.

Положением о народном суде РСФСР, утвержденном Декретом ВЦИК от 30 ноября 1918 года, расследование уголовных дел, подлежащих коллегиальному рассмотрению судьей и заседателями, осуществлялось уездными и городскими следственными комиссиями. По остальным делам суд ограничивался дознанием, проведенным милицией, или принимал решение о передаче их в следственную комиссию. В случаях, не терпящих отлагательства, предварительное следствие могло быть поручено народному судье. Расследование государственных преступлений входило в обязанности ВЧК.

Инструкцией об организации рабоче-крестьянской милиции, принятой в октябре 1918 года, к компетенции милиции и уголовного розыска было отнесено расследование дел, переданных им народным судом или следственными комиссиями. Для расследования этих дел в аппаратах уголовного розыска и ВЧК вводились должности следователей.

«Положением о народном суде РСФСР» утвержденном Декретом ВЦИК от 20 октября 1920 года были учреждены должности народных следователей по важнейшим делам при губернских отделах и наркомате юстиции. Суды осуществляли подбор и назначение следственных кадров, ведали финансированием и отчетностью, а также проводили ревизии подчиненных им следственных участков. Важно отметить, что в актах было проведено четкое разграничение дознания и предварительного следствия. Органы дознания обязаны были проводить негласный розыск и дознание, в ходе которого собирать сведения об обстоятельствах совершенного преступления, о преступнике и его виновности, а затем материалы передавать следователю (судебному органу) для производства предварительного следствия. Народные следователи проверяли собранные в ходе дознания материалы, их оценивали с целью обеспечения нормального отправления правосудия. Кроме того они руководили действиями розыскных аппаратов и могли проверять любой акт органов дознания. Оперативное управление следствием возлагалось на органы прокуратуры.

Сформировавшаяся схема уголовного процесса была закреплена в Уголовно-процессуальном кодексе 1922 года утвержденном постановлением 3-й сессии ВЦИК от 25 мая 1922 года и в Основах уголовного судопроизводства Союза ССР и союзных республик, принятых в 1924 году, возложили расследование преступлений на народных следователей, следователей, состоявших при ревтрибуналах, военных следователей и следователей по важнейшим делам наркомата юстиции. Должности следователей в уголовном розыске были упразднены. Следователь рассматривался как носитель судебной функции юстиции. Организационно он был независим от прокуратуры, так как состоял в ведомстве губернского, а затем областного суда. Этот суд назначал его на должность, отстранял от производства, рассматри-

¹ ОР РГБ, ф. 290, оп. 171, д. 8, с. 69—74.

вал жалобы на его действия. (ст. 126—127 УПК). В тоже время прокурор, как и раньше, мог давать следователю обязательные указания о направлении и дополнении следствия (ст. 121 УПК). Следователь в свою очередь мог лишь обжаловать в суд некоторые важнейшие указания (ст. 151 УПК)¹.

В дальнейшем была проведена поэтапная ликвидация института предварительного следствия. Наиболее активную роль в этом сыграл прокурор Верховного Суда СССР А.Я. Вышинский. На IV и V съездах деятелей советской юстиции (1922 и 1924 гг.) он в своих выступлениях предлагал отказаться от «старой» точки зрения на предварительное следствие как на судебную деятельность и рассматривать ее как однопорядковую с дознанием. В результате сложившейся доктрины уже в 1923 году прокурору были предоставлены полномочия по передаче дел от одного следователя к другому, а также право рассмотрения всех жалоб на действия следователя. Позднее в 1924 году на следователя была возложена ответственность за непосредственное руководство дознанием под надзором прокурора. Окончательно вопрос о месте народных следователей был решен Постановлениям ВЦИК и СНК РСФСР от 3 сентября 1928 года и продублировано Постановлением ЦИК и СНК СССР от 30 января 1929 года — весь следственный аппарат был переведен в прокуратуру. С точки зрения выдающихся юристов того времени, и их современников, предварительное расследование окончательно утратило признаки состязательности, а предварительное следствие фактически превратилось в прокурорское дознание. Прокуратура находилась в структуре наркомата юстиции. Решения прокуроров о назначении и увольнении народных следователей утверждались губисполкомами. В результате качества предварительного расследования в советском уголовном процессе резко снизилось, увеличилась «текучка кадров». Смысл всех новаций состоял, как выяснилось в дальнейшем, в подготовке советского уголовного процесса к политическим репрессиям 30—50-х годов. В тоже время следует отметить, что сталинская репрессивная машина только на первоначальном этапе устраивала громкие процессы. Позднее в помощи следователей никто уже не нуждался, так как уже с 1929 года органы дознания ОГПУ — НКВД — МГБ получили возможность принимать на себя расследование дел, относящихся к подсудственности следователей прокуратуры.

17 декабря 1933 года ЦИК СССР утвердил Положение о Прокуратуре СССР, которая стала самостоятельным государственным органом. В ее штате предусматривались должности следователей по важнейшим делам. В то же время нижестоящие органы прокуратуры и состоявшие при них следователи продолжали находиться в системе наркомюста.

10 июля 1934 года образован наркомат внутренних дел СССР, а ОГПУ преобразовано в Главное управление государственной безопасности (ГУГБ) и включено в состав НКВД СССР. Следственный аппарат существовал тогда лишь в ГУГБ и подчиненных ему подразделениях.

В этот период по основной массе общеуголовных преступлений органами милиции проводилось дознание, материалы которого направлялись прокурору и после утверждения им обвинительного заключения передавались в суд. Прокурор имел право поручать милиции расследование любого уголовного дела в полном объеме. Если предварительное следствие по делу являлось обязательным, милиция могла проводить следственные действия в течение месяца, после чего передавала его следователю. Последний, признав материал дознания полным, мог ограничиться предъявлением обвинения, допросом обвиняемого и составлением обвинительного заключения.

На практике большинство уголовных дел расследовалось органами милиции. В начале 40-х годов (непосредственно перед Великой Отечественной войной) в аппаратах уголовного розыска и БХСС ведомственным приказом были созданы следственные отделения. Руководство ими осуществлял следственный отдел Главного управления милиции НКВД СССР.

В послевоенный период по основной массе общеуголовных преступлений согласно УПК РСФСР 1927 года производилось дознание. Следственный аппарат оставался в органах прокуратуры, однако из-за его малочисленности предварительное следствие по большинству уголовных дел осуществляли органы милиции и органы государственной безопасности.

Следующим важным этапом развития органов предварительного следствия стало принятие Основ уголовного судопроизводства Союза ССР и союзных республик, принятых 25 декабря 1958 года. В 1960 году был принят Уголовно-процессуальный кодекс РСФСР, который наделял правом производства предварительного следствия только следователей органов прокуратуры и госбезопасности. Следственный аппарат милиции вновь был ликвидирован. Такое решение было связано с тем, что в 1956—1958 годах принимались меры по ликвидации культа личности и связанных с ним произвола и грубейших нарушений законности.

В результате не обоснованной материальными и кадровыми ресурсами реорганизации вся нагрузка по предварительному расследованию преступлений легла на следователей прокуратуры, в производстве которых скопилось огромное количество незавершенных уголовных дел. В этих условиях милиция продолжала выполнять функции предварительного следствия и передавала возбужденные уголовные дела в прокуратуру лишь тогда, когда основной объем работы по ним был выполнен.

¹ См.: Смирнов А.В. Модели уголовного процесса. — СПб., 2000. — С. 193—194.

Поэтому Указом Президиума Верховного Совета СССР от 6 апреля 1963 года право производства предварительного следствия вновь было предоставлено органам охраны общественного порядка. В их компетенцию вошло расследование общеуголовных преступлений. Одновременно милиция сохранила право производить дознание в полном объеме по большинству преступлений.

В связи с политическими событиями последнего десятилетия XX века (распад СССР и образование Российской Федерации), в 1993 году был упразднен следственный аппарат в Комитете государственной безопасности, однако уже через несколько лет после реорганизации указанного государственного органа в Федеральную службу безопасности, в ней был восстановлены органы предварительного следствия. В 1996 году сформированы структуры следственной службы в Налоговой полиции (позднее в результате переименования в ФСКН, следственный аппарат останется им в наследство). В тот период времени обсуждались предложения о создании следственных структур в таможенных органах.

Одновременно в юридической среде уже длительное время продолжались дискуссии по вопросу сохранения следственного аппарата в органах прокуратуры. Один из участников дискуссии, профессор Ю.М. Стецковский, по данному поводу заявил: «..возложение на прокуратуру расследование уголовных дел и плюс к тому надзор за расследованием, — это противоречит здравому смыслу...»

С 1 июля 2002 года вступил в действие новый УПК РФ. Можно с уверенностью констатировать, что данным нормативным актом практически сохранены основные принципы и институты предварительного расследования сложившиеся по УПК РСФСР 1860 года. Более того, новый УПК отнес следователя к стороне обвинения: причислил его к субъектам главы 6 «Участники уголовного судопроизводства со стороны обвинения» и наделил его обязанностями осуществления уголовного преследования (ч. 1 ст. 38 УПК) под руководством прокурора. Перерождение предварительного следствия в «прокурорское дознание», а процессуально самостоятельного следователя — в зависимого от прокурора «ведомственного дознавателя» (то есть следователя только по имени) стало следствием недопонимания или сознательного игнорирования правовой природы и предназначения предварительного следствия — предварительного, то есть досудебного, исследования обстоятельств совершенного преступления. Позднее в законодательстве были внесены изменения и основные полномочия были переданы руководителю следственного органа.

Увы, конструктивная критика УПК РФ в основном подменяется тотальным отрицанием всего нового. Особо преуспели в этом Генеральная прокуратура и МВД (монополисты предварительного следствия). «Силовики» прекрасно понимают, что принятие современного демократического уголовно-процессуального законодательства приведет к утрате ими реальной власти в досудебном производстве. К примеру, если взять следователя МВД — о какой независимости и самостоятельности можно говорить: наряду с прокурором, им руководит начальник следственного подразделения, и, как бы это не отрицали, начальник соответствующего органа внутренних дел в купе с руководством криминальной милиции и милиции общественной безопасности. А с принятием нового УПК и суды, осуществляющие судебный контроль за законностью и обоснованностью отдельных процессуальных действий следователя.

Каковы же перспективы института предварительного следствия в российском уголовном судопроизводстве? Ответ отчасти можно увидеть в «Концепции судебной реформы в РСФСР» принятой на Верховном совете РСФСР 24 октября 1991 года. Раздел седьмой данного акта, посвященный месту и роли предварительного следствия, выделяет два пути: либо через создание Следственного комитета как структуры обвинительной власти; либо посредством воссоздания института следственных судей в судебном ведомстве при признании за нынешним следственным аппаратом функций вспомогательной службы прокуратуры¹.

К слову следует заметить, что вопрос о создании Следственного комитета обсуждался еще в начале 90-х годов. Одним из авторов процессуалистов выдвигавших данную идею был профессор И.Л. Петрухин «...выход из создавшейся ситуации — создание единого следственного комитета, организационно отделенного как от прокуратуры, так и от МВД и т. д.... Такая мера обеспечит подлинную независимость и самостоятельность следователей, повысит эффективность всей работы по расследованию преступлений»².

Под влиянием научных и общественных деятелей были предприняты первые шаги. 23 ноября 1998 года Указом Президента России Б. Ельцина был создан Следственный комитет при МВД РФ. При этом следователи ОВД формально были выведены из штата соответствующих территориальных органов и им даже были присвоены звания офицеров юстиции. Но содержание работы осталось прежним.

В 2001 году появились сообщения Национальной информационной службы «Страна.Ru», в которых утверждалось о том, что Президентом России Владимиром Путиным было принято принципиальное решение о создании Федеральной службы расследований, в которую предполагается преобразовать Следственный комитет, выведя его из состава МВД. При этом утверждалось, что провести ука-

¹ См.: Концепция судебной реформы в Российской Федерации. — М., 1992.

² Петрухин И.Л. Правосудие время реформ. — М., 1991. — С. 74.

занные мероприятия запланировано после введения нового УПК РФ. В то время даже появился проект создания Федеральной службы расследования преступлений. УПК РФ был принят и «со скрипом» уже на протяжении десяти лет работает, за это время было принято 63 федеральных закона, внесших более 1000 поправок в данный Кодекс. Но вопрос о месте и роли предварительного следствия в уголовном процессе остается открытым.

Одновременно следует отметить, что за последние годы все настойчивее и настойчивее пробивается глас отдельных юристов — ученых и практиков (В.Н. Махов, А.В. Смирнов, О.Л. Васильев, Н.А. Колоколов, Ю. Деришев, и др.), которые в «унисон» предлагают обратить взор на исторические корни русского уголовного судопроизводства. В частности, воспользоваться положительным опытом Судебной реформы XIX века и организации институтов предварительного расследования. Вот одно из мнений, которое в полной мере разделяет автор данной статьи: «Если следователь должен осуществлять функцию предварительного судебного исследования, тогда ему необходимо обладать фактически тем же статусом, что и судья, и соответственно этому статусу находиться в системе судебных органов»¹.

Исходя из вышеизложенного напрашивается вывод — не лучше ли создать, на основании уже имеющегося российского опыта, настоящее предварительное следствие как особую уголовно-процессуальную стадию с соответствующими организационными институтами, оберегающую суд от работы с непроверенными материалами уголовного расследования.

В тоже время отдельные процессуалисты пытаются критиковать предложения о воссоздании института судебных следователей, ссылаясь на европейский опыт (Германии, Швейцарии и т. д.) где упразднили или пытаются упразднить аналогичные институты уголовного судопроизводства.

28 декабря 2010 года был принят Федеральный закон № 403-ФЗ, в соответствии с которым были проведены кардинальные изменения — создан Следственный комитет Российской Федерации. Пожелания и чаяния российских ученых-процессуалистов нашли свое частичное воплощение. Прокуратура перестала одновременно осуществлять надзор за законностью и производить предварительное следствие. Однако данное решение носит половинчатый характер, так как разрешает только одну проблему концептуального характера. У нас не решен вопрос об органах предварительного следствия в МВД, ФСБ и ФСКН, хотя во властных структурах признается необходимость объединения всех следователей в единой структуре Следственного комитета РФ. Генеральный прокурор РФ Ю.В. Чайка на отчетном выступлении в Совете Федерации РФ 27 апреля текущего года четко заявил, что Генеральная прокуратура твердо стоит за объединении всех следователей. Каковы будут дальнейшие шаги Президента РФ и Правительства РФ, покажет время.

Эйфория в среде отдельных ученых и чиновников по поводу создания Следственного комитета продлится недолго, и уже имеются отдельные негативные моменты. Необходимо вспомнить плачевный опыт существования подобной структуры в Республике Казахстан. С момента создания Государственного следственного комитета РФ выявились серьезные проблемы, наиболее важной из которых была организация взаимодействия с оперативными подразделениями. В результате, разрастание структуры и конфликты, с которыми столкнулись сотрудники, привели к его упразднению в ноябре 1997 года.

В данном случае уместно вспомнить, что еще в начале 1990-х годов, когда развернулась бурная полемика в научной и практической среде по вопросу о месте органов предварительного следствия многие отмечали, что создание Следственного комитета надо начинать с разработки и принятия норм об основах взаимодействия следователей с оперативными службами². Однако в настоящий момент мы вновь столкнулись с волевым решением о создании новой структуры, под которую далее будет формироваться правовое обеспечение. К сожалению, о преемственности говорить сложно, а исторический опыт комплексного подхода к реформированию предварительного расследования, имевший место в 1860 году, остается не востребованным.

Подводя итог, следует отметить, что проблемы уголовного судопроизводства на современном этапе требуют комплексного подхода в решении вопроса о месте институтов предварительного следствия в системе органов правосудия, однако данный вопрос не может решаться в отрыве от всеобъемлющего пересмотра функций органов задействованных в механизме уголовного судопроизводства, таких как органы дознания, следователи, прокуратура, суд. Кроме того, любые предпринимаемые меры по реорганизации институтов предварительного расследования должны учитывать конкретные социально-политическую ситуацию, уровень общественного правосознания, сложившуюся правоприменительную практику, финансовые возможности государства, исторические особенности борьбы с преступностью и другие факторы. Самая совершенная законодательная модель предварительного следствия, если она не будет основываться на указанных факторах, будет давать сбои на практике при этом компрометируя все идеалы демократической организации уголовного судопроизводства и передовой теоретической мысли. О чем и свидетельствует исторический опыт.

¹ Васильев О.Л. Сначала реформа института предварительного следствия, а затем — следственного аппарата // Российская юстиция. — 2001. — № 8. — С. 31.

² См.: Балакшин В.А. Нужен следственный комитет // Социалистическая законность. — 1991. — № 2. — С. 28.

Т.Л. Тенилова

Тенилова Татьяна Львовна — кандидат юридических наук, доцент, доцент кафедры конституционного и административного права Нижегородского филиала Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики»

Преемственность как гарантия эффективности действия права

Любой новый прогрессивный этап развития общества обязательно должен включать то лучшее, что было и уже состоялось в правовой сфере в предыдущие годы. Если же подобное правило не выдерживается, то сложно говорить о стабильности и упорядоченности существующих и регулируемых в нем отношений. Следует учитывать и то, что «право, выступает динамичным фактором, отражающим происходящие изменения в обществе и государстве и формирующим новые отношения»¹. Таким образом, с целью достижения эффективности действия права в рамках того или иного правового пространства важно, «не нарушая «право устойчивости», изменить правовое регулирование или даже ввести новые правовые принципы».² В этом случае благодаря процессу преемственности будет достигнуто и состояние стабильности существующих отношений, и их адаптация к новым условиям. Следовательно, «правопреемственность есть сохранение прежнего правового состояния в изменившихся условиях, которое выражает тот «момент покоя», который присущ любому общественному процессу»³.

Принято различать преемственность «по вертикали» (во времени) и «по горизонтали» (в пространстве)⁴. Исходя из вышесказанного, одним из решений проблемы эффективности действия права может стать вопрос поиска меры «старого» и «нового» в праве⁵, а, следовательно, нахождения верного соотношения между «вертикальным» и «горизонтальным» видами правопреемственности.

Имея в виду проявления преемственности в праве, Н. Неновски относит к таковым: наличие во всех правовых системах сходных отраслей и институтов, их устойчивость; сходство в некоторых принципах институтов процессуального права (право на защиту, гласность, состязательность процесса, презумпция невиновности и др.); сходство некоторых норм обязательственного права (купля-продажа, заем, наем и др.) и норм, учитывающих особенности состояния здоровья и возраста субъектов; наличие во всех правовых системах норм, предусматривающих наказание за убийство, кражу; сходный логический и концептуальный аппарат языка права и законодательной техники и др.⁶ Из вышесказанного вытекает, что в данном случае имеет значение длительность существования (устойчивость) каких-либо правовых процессов, явлений, принципов, норм, а также возможность их одновременного длительного существования на территориях различных правовых пространств.

Для истории права характерно необходимое одновременное присутствие как моментов разрушения, так и моментов связи и преемственности, причем последняя может развиваться как последовательно, непрерывно, так и прерываясь на какой-то более или менее длительный период⁷, и воздействуя при этом на эффективность урегулирования правом существующих общественных отношений. Прерывность преемственности обычно свойственна для реформаторских или революционных потрясений. Но даже в этом случае было бы неверно говорить о полном отмирании ранее действовавших правовых отношений. Так, после Октябрьской революции 1917 года в Советской России произошло отрицание предыдущего правового опыта, а, следовательно, были прерваны существовавшие до того момента правовые отношения. Вместе с тем, не является секретом, что и в той ситуации в отдельных случаях привлекался опыт буржуазных специалистов. Причем использовались не только их знания, но даже и отдельные нормы дореволюционного законодательства. Так, Декрет о суде № 1 от 22 ноября 1917 года разрешал судебным органам руководствоваться в своих решениях и приговорах законами свергнутых правительств в той мере, в какой они не были отменены Советской властью и не противоречили революционной совести и революционному правосознанию. Декрет о суде № 2 допускал избрание в состав окружных народных судов представителей дореволюционной судебной юстиции и установил ведение судебного процесса в соответствии с Уставами 1864 года также в той мере, в какой последние не были отменены новой властью и не противоречили революционному правосознанию.

¹ См.: Тихомиров Ю.А. Административное право и процесс: Полный курс. — М., 2001.

² Там же.

³ Там же.

⁴ Неновски Н. Преемственность в праве. — М., 1977. — С. 10—11.

⁵ См.: Тихомиров Ю.А. Административное право и процесс: Полный курс. — М., 2001.

⁶ См.: Неновски Н. Преемственность в праве. — М., 1977. — С. 18—20.

⁷ Там же. — С. 10—11.

нию»¹. Или другой пример. В начале 20-х годов прошлого века стало крайне затруднительным регулирование отношений, связанных с банкротством, поскольку Гражданско-процессуальный кодекс РСФСР, принятый в 1923 году, процедуру объявления несостоятельности не регулировал². Тем не менее, такая необходимость возникла в связи с введением новой экономической политики, поскольку банкротство стало ее закономерным явлением. В этих условиях возникший в праве пробел преодолелся при помощи применения норм Устава 1832 года и других дореволюционных нормативно-правовых актов, что вызвало возмущение советских ученых: «...практика вступила на путь рецепции дореволюционных правил о несостоятельности и чуть не воскрешения сданного в архив истории конкурсного права»³.

Следует отметить, что при разработке Гражданского кодекса РСФСР 1922 года советским законодателем была использована пандектная система (преимущества в форме права и в его нормативном содержании). Некоторые из таких преимуществ были учтены и использованы и при создании других норм советского законодательства. При этом использовались не только технические преимущества (чисто внешняя форма систематизации законодательства), но и преимущества с точки зрения нормативного содержания⁴. Исходя из этого, можно сделать вывод, что преемственность — это объективный процесс, связанный с развитием конкретных существующих в обществе отношений, который не может сразу остановиться только из-за установленного властного правового запрета. Вместе с тем, данный запрет с течением времени рано или поздно в большей или меньшей мере начинает действовать. Если же при этом не учитываются особенности сложившихся общественных отношений, то в результате их регулирование может стать неэффективным, способствовать их торможению, отставанию в развитии. Если же данные отношения все-таки принимаются существующей системой и могут быть хоть каким-то образом к ней адаптированы, то при наличии определенной преемственности в них вносятся соответствующие изменения, происходит их обновление, после чего можно говорить об их существовании в конкретный временной промежуток. Запрещенные государством, но необходимые с точки зрения общества (или какой-то его части) отношения могут рано или поздно потребовать от первого реагирования на создавшуюся ситуацию и принять меры по их соответствующему урегулированию. Так, советское право на протяжении нескольких десятилетий являлось мощным тормозом экономического развития, ибо закрепляло такую структуру управления народным хозяйством и устанавливало такие методы правового регулирования, которые препятствовали развитию рыночных отношений, подрывали экономические стимулы трудовой деятельности. Нормативные правовые акты, принятые в связи с переходом к демократическому режиму, и их реализация помогают исправить в известной степени сложившееся положение⁵. Причем, если речь идет о запрете реально значимых для общества отношений, то со стороны последнего всегда могут быть попытки этот запрет нарушить. Можно сказать, что такие отношения в этом случае уходят «в тень» и регулируются уже не государством, а социумом. В свою очередь, чем больше государство приложило сил по искоренению конкретных отношений, чем более длительный период времени это продолжалось, тем сложнее будет их восстановить в связи с изменением правовой политики. Возникая вновь, после прерывания преемственности такие отношения развиваются не сразу даже при поддержке государства. Кроме того, многое зависит и от сложившейся в данный момент времени конкретно-исторической обстановки. Так, если бы не борьба с малым и средним бизнесом (индивидуально-предпринимательской деятельностью) в советские годы и с «домашними» животноводами во времена Н.С. Хрущева, то, возможно, проблема экологически чистого питания для населения, произведенного отечественным производителем, и проблема безработицы в настоящее время в России во многом были бы решены.

Таким образом, для восстановления и развития возродившихся отношений необходимы соответствующие условия и возможная преемственность знаний, которые уже к данному времени могут быть утрачены. Тем не менее, если бы не было возможности возрождения и обновления данного вида отношений и подобных знаний, не было смысла говорить и о преемственности вообще. Подтверждением тому может стать особенность процесса правовой преемственности в Японии.

После Второй мировой войны на японское право оказали сильное влияние американские образцы. Об этом свидетельствует Конституция Японии 1946 года, а также реформа уголовно-процессуального права 1948 года. Гражданский процессуальный кодекс был подправлен в сторону расширения принципа состязательности. Американское право сказалось и на законодательстве в

¹ Ленин и проблема преемственности в правовой культуре // http://www.retpravo.ru/index.php?option=com_content&view=article&id=37%3Agpdd&catid=12%3Ag-h-dis&Itemid=13&limitstart=2

² Юдин В.Г. «Несостоятельность (банкротство): исторический аспект» // Вестник Высшего Арбитражного Суда РФ. — 2002. — № 1. — С. 160.

³ Клейман А. Ф. О несостоятельности частных лиц по советскому процессуальному праву. — Иркутск, 1929. — С. 35.

⁴ Неновски Н. Преемственность в праве. — М., 1977. — С. 106—107.

⁵ См.: Бабаев В.К. Теория современного советского права. — Н. Новгород, 1991. — С. 22—23.

сфере экономики: закон о компаниях, антитрестовское законодательство¹. При этом дело не обстояло так, что законодательство Мэйдзи и Тайсе по 1945 год полностью изменялось или отменялось². «Надо отдать должное оккупационным властям — они не пытались принудительно трансплантировать на японскую почву американские и иные западные стереотипы общественного устройства»³, — подчеркивается в «Истории Японии». Эта общая посылка подкреплялась соответствующими примерами: «В особенности избежали больших и кардинальных изменений, например, часть Гражданского кодекса, касающаяся имущественных институтов, часть Торгового кодекса, касающаяся торговых сделок, и многие другие законы, имеющие к этому отношение». Причина этого «состояла в том, что из-за сохранения в прежнем виде экономического механизма капитализма в рамках частного права, относящегося к повседневной личной жизни широких масс народа, сохранялся в прежнем виде и каркас прежних институтов частной собственности»⁴.

К другим примерам Хогаку Ньюмон (Введение в науку права) относит то, что «и в рамках публично-го права без больших изменений сохраняется идущее из прошлого действие законов, как это видно в той части Гражданского процессуального кодекса, которая касается гражданско-правового судебного разрешения дел о частных сделках»⁵. В целом в Японии сохранилась прежняя кодифицированная система, костяк которой составляют шесть кодексов (в них были внесены изменения, вытекающие из Конституции), дополненных значительным массивом законов и иных нормативных актов, образующих в целом систему источников, сходную с западноевропейской. Прецедент не стал источником японского права.⁶

Интересен подход к непрерывности по вертикали в Великобритании. Непрерывность (континуитет) права и преемственность его развития — особенность права Англии, которое за всю многовековую историю не потерпело великих потрясений и катастроф, случавшихся в других странах, например, во Франции в 1793 году или в России в 1917 году. В Англии не существует деления на до- и послереволюционное право. Действующее право и его институты никогда не отрывались от своих корней и традиций. В нем прошлое органично переросло в настоящее. Тем не менее, такая картина событий вовсе не означает, что за последние восемь столетий право Англии было в застое, не изменялось и не развивалось⁷. Так, например, в период с середины XIX века по 90-е годы XX века для права Великобритании характерны процессы реформирования, связанные со слиянием судов общего права и права справедливости в единую судебную систему, изменение положения общего права как основного и ведущего источника правовых норм с усилением правотворческой деятельности парламента. XXI века ознаменовался началом конституционной реформы правовой системы Великобритании, с одной стороны, и повышением роли европейского законодательства и норм международного права, с другой. На данном этапе законы, принимаемые парламентом, и акты делегированного законодательства (подзаконные нормативные правовые акты) заняли место ведущего источника реформирования права при сохранении прецедентами своей роли в правотворческом и правоприменительном процессе.⁸ Данные примеры указывают на гармоничность правовой системы Англии, которая ведущее место оставляет за вертикальной преемственностью, но при этом считает возможным обновить или изменить отдельные ее составляющие за счет преемственности по горизонтали, то есть за счет позитивного опыта других государств. Этот вывод можно подтвердить и тем, что, в силу подобной гармонии английской правовой системы «почти не просматривается разрыв между ее правовой теорией и историей»⁹, в связи с чем можно говорить и об эффективности действия права на данном правовом пространстве. Согласно замечанию одного из современников: «Право Англии гораздо больше, чем любая другая правовая система, основанная на кодификации, является продуктом его исторического развития, так как любая кодификация — всегда удар топором по непрерывной связи времен»¹⁰. Полагаем, что эта своеобразная оценка еще раз подтверждает необходимость использования вертикальной преемственности в качестве ведущего ее вида.

Что же касается горизонтальной, пространственной преемственности, то она также возможна и полезна, но в небольших масштабах при наличии возможных сходных условий ее адаптации к специфике того или иного государства. Примером удачной рецепции права может служить принятие Японией в свою правовую систему Германского гражданского уложения 1896 года. Моделью Гражданского кодекса РФ, помимо соответствующих понятий и институтов советского права, послужили Кодекс

¹ Саидов А.Х. Сравнительное правоведение. — М., 2011. — С. 246.

² Еремин В.Н. История правовой системы Японии. — М., 2010. — С. 272.

³ Цит. по: Еремин В.Н. История правовой системы Японии. — М., 2010. — С. 271.

⁴ Цит. по: Там же. — С. 271.

⁵ Там же. — С. 272.

⁶ Саидов А.Х. Сравнительное правоведение. — М., 2011. — С. 246.

⁷ См.: Романов А.К. Право и правовая система Великобритании. — М., 2010. — С. 69.

⁸ См. там же. — С. 69—71.

⁹ Там же. — С. 69.

¹⁰ Цит. по: Романов А.К. Право и правовая система Великобритании. — М., 2010. — С. 69.

Нидерландов, а также отдельные положения, существующие в немецком и итальянском эквиваленте.¹ Об известной доле горизонтальной преемственности можно говорить и в отношении ее использования государствами, образовавшимися на основе бывших советских республик. Так, по аналогии с Россией в данных государствах действует прокуратура с широкой компетенцией, используются соответствующие понятия и процедуры. Отдельные из этих стран используют некоторые кодексы России².

Вместе с тем, встречаются ситуации, когда горизонтальная преемственность может быть не всегда востребована и поддержана самим обществом. Так, исследуя проблемы уголовного права на примере Германии и Нидерландов, А. Жалинский и А. Рерихт пришли к выводу, что уголовно-правовая норма может быть реализована только в том случае, если общество осуждает запрещаемое поведение, которое стоит за ней. При отсутствии согласия по этому поводу норма не действует.³ Следовательно, не всякая преемственность нужна тем или иным отношениям, тому или иному государству. И это не единственный пример. Так, В.Н. Синюков в отношении Октябрьского переворота 1917 года утверждает, что «данный шаг очень характерен с позиций трактовки с глубинной сущности совершенного переворота и разрешенного им противоречия: Россия освобождалась от системы правового либерализма, заимствованной у Запада и прекрасно там себя показавшей, но уже давно переживавшей глубокий кризис отторжения русским сознанием»⁴. И далее он характеризует последствия горизонтальной преемственности для России, произошедшие во второй половине XIX — начале XX веков: «Демократическая судебная система, будучи механически наложена на дезориентированные в культурном соотношении круги русской интеллигенции и городских слоев, вызвала эффект разложения правового сознания общества, когда оно стало оправдывать покушение на убийство и восторгаться изощренной изворотливостью судебных адвокатов, представлявших зло добродетелью, порок извинительной слабостью»⁵. С нашей точки зрения, в этом случае преемственность по вертикали вошла в противоречие с преемственностью по горизонтали, создав одну из многих причин разрушения дореволюционной правовой системы и крах самодержавной России. Полагаем, что здесь речь идет о том, что ведущим видом преемственности должна стать вертикальная, основанная на собственном опыте того или иного государства. Горизонтальная же преемственность не должна касаться каких-либо глобальных изменений в обществе, связанных с полным копированием той или иной иностранной системы. В этом случае будет уместно привести мнение, высказанное А.В. Бриллиантовым: «Механический перенос на российскую почву подходов иных правовых систем к решению тех или иных вопросов вреден. Зарубежный опыт хорош, когда он используется с учетом национальных условий (экономических, политических, правовых, исторических и иных). В противном случае даже те правовые институты, которые положительно сказались в сфере противодействия преступности в других странах, в России могут дать отрицательный результат»⁶.

В отличие от автора, мы бы не были столь категоричны, поскольку полагаем, что позитивный опыт должен и может быть использован, только при этом необходимо научно подойти к решению данного вопроса, постараться предусмотреть наибольшее количество ситуаций как негативных, так и позитивных, которые может вызвать заимствование и внедрение такого опыта. Это как нельзя лучше подтверждают слова Н. Неновски: «Может показаться, что преемственность, развивающаяся по горизонтали, не является настоящей, что ее диктуют не объективные законы. На самом деле и в данном случае прокладывает себе дорогу объективная необходимость, законы которой действуют как в рамках национального государства, так и в рамках мировой системы. Данный процесс обусловлен еще и экономической интеграцией. Выравнивание в экономическом отношении сопровождается сближением и в области права»⁷. Вместе с тем А.В. Бриллиантов совершенно прав, рассуждая о необходимости учета национальных условий, но и в этом случае нечто позитивное в опыте других государств можно использовать, адаптировав его к специфике данного пространства.

Следует обратить внимание на то, что переходный период предполагает существование правового интервала, в котором наиболее четко проявляется соединение прошлого, настоящего и будущего⁸. Совпадение каких-то параметров прошлого и настоящего предполагает возможность их творческого изменения и, в конечном счете, обновления с целью повышения эффективности действия права. Именно к таковым периодам относился период Советской власти в России. С точки зрения В.Н. Синюкова: «...российская правовая система во многом сумела восстановиться и совершить великолепную культурную эволюцию подчас на основе новых институтов, многие из которых

¹ См.: Леже Р. Великие правовые системы современности: сравнительно-правовой подход. — М., 2010. — С. 228.

² См. там же. — С. 321.

³ Жалинский А. Введение в немецкое право / А. Жалинский, А. Рерихт. — М., 2001. — С. 46.

⁴ Синюков В.Н. Российская правовая система. — М., 2010. — С. 160.

⁵ Там же. — С. 155.

⁶ Бриллиантов А.В. Изменения законодательства о наказании // Российская юстиция. — 2004. — № 5. — С. 36.

⁷ См.: Неновски Н. Преемственность в праве. — М., 1977. — С. 13—14.

⁸ См.: Рыбаков В.А. Время в развитии права (философско-юридический аспект) // Государство и право. — 2010. — № 8. — С. 81—85.

оказались более перспективными, чем не только дореволюционные механизмы, но и классические западные конструкции»¹. Далее ученый отмечает, что именно советский период, несмотря на все его недостатки, ознаменовался значительным ростом законотворчества, поиском и созданием крупных, неизвестных ранее в России, законодательных форм — кодексов, основ законодательства, конституций. Важной составляющей стала система юридического образования, юридической науки². Советское право с его точки зрения являлось своего рода «подсознательным» бунтом против западного правового рационализма и индивидуализма. Это было закономерным феноменом, связанным со всем предшествующим развитием русского права.³ Все это говорит о том, что советский опыт также заслуживает внимания, и что современная Россия по праву стала в определенном смысле его преемственницей.

Для преемственности характерно заимствование и отрицательного опыта.⁴

При этом зачастую может показаться, что отдельные негативные моменты характерны только для настоящего времени и их существование не связано с возможностью такой преемственности. Так, одним из ярких примеров правовой ситуации в современной России служит характеристика ее судебной системы, где «всегда присутствует зависимость судей от социума, прежде всего от государственных институтов, механизмов жизнеобеспечения судебной деятельности практически неустраима и достаточно впечатляюща»⁵. И далее: «В целом судебское сообщество никак не тяготеет своими профессиональными зависимостями. А во множестве случаев всячески льнет к ним. Нуждается в них как в самых значимых стимулах своей деятельности».⁶ Однако, сказанное — не только черта нашего времени. Вот каким образом характеризует судебную систему в рамках 1898 года русский этнограф и правовед В.В. Тенищев⁷: «Волостные суды, стоящие вполне независимо от каких бы то ни было посторонних влияний и на высоте своего признания — весьма редко встречаются на практике. По имеющимся материалам на такое благоприятное исключение указывают менее одной десятой части всех представленных описаний»⁸. И далее: «Огромное же большинство материалов приводит к выводу, что крупное влияние на решение волостных судов оказывают волостные старшины, а тем более волостные писаря... Влияние старшины происходит в виде совета, данного судьям перед разбором дела или просьбы за того или другого тяжущегося. Есть волости, где допускаются прямо вмешательства старшины в судоговорении»⁹. И далее он пишет: «Судя по громадному большинству имеющихся материалов, влияние писарей огромно и является настоящей язвой наших волостных судов. Писарь добросовестностью отличается, и потому посредством его подкупа тяжущиеся иногда достигают весьма многого»¹⁰. В обоих случаях мы видим выстроенную последовательность событий, которая заканчивается необходимой благодарностью. Сходны и нарушения, связанные с искажением ведения протокола. Так, в конце XIX века «искажение протокола заседания иногда делается даже с той целью, чтобы дать стороне, недовольной решением суда, возможность добиться отмены его уездным съездом. Бессмысленная мотивировка решений производится с той же целью создать повод для отмены решения волостного суда, состоявшегося вопреки желанию писаря. Последний пишет решение с умышленной неправильной мотивировкой»¹¹. В современной России в начале XXI «первый рабочий вариант протокола судебного заседания близок к реальности, но наиболее далек от окончательной своей формы, которая ляжет в папку официальных документов рассмотренного дела»¹². При этом «внесение в приговор заведомо несоответствующих реальности деталей — в зависимости от нужд заготовленного приговора проходит в форме обычного устного распоряжения судьи»¹³. И в тот, и в другой период существовали и существуют способы учинения препятствий разбирательству при обращении населения с возможными жалобами. Так, в дореволюционной России «другой вид злоупотребления писаря — неосновательные отказы в приеме просьбы и жалоб за неподсудностью волостному суду»¹⁴. В рамках же современного судопроизводства «обжалование качества служебного судебного документа производится тем же судьей, который данный протокол и подписал. Решение, которое он примет,

¹ Синюков В.Н. Российская правовая система. — М., 2010. — С. 159.

² См. там же. — С. 159—179.

³ См. там же. — С. 163.

⁴ Неновски Н. Преемственность в праве. — М., 1977. — С. 32—38.

⁵ Водолеев Г. Протокол судебного заседания / Г. Водолеев, С. Сидоренко, А. Минин. — СПб., 2009. — С. 39.

⁶ Там же. — С. 40.

⁷ Первое издание выходило под заглавием «Правосудие в русском крестьянском быту: Свод данных, добытых этнографическими материалами покойного князя В.Н. Тенищева.

⁸ Тенищев В.В. Правосудие в русском крестьянском быту. — 2-е изд. — М., 2011. — С. 80.

⁹ Там же. — С. 80—81.

¹⁰ Там же. — С. 81.

¹¹ Тенищев В.В. Правосудие в русском крестьянском быту. — 2-е изд. — М., 2011. — С. 82.

¹² Водолеев Г. Протокол судебного заседания / Г. Водолеев, С. Сидоренко, А. Минин. — СПб., 2009. — С. 231.

¹³ Там же.

¹⁴ Тенищев В.В. Правосудие в русском крестьянском быту. — 2-е изд. — М., 2011. — С. 82.

окончательное, и обжалованию не подлежит»¹. Таким образом, в судебной практике обеспечена высочайшая степень свободы судей в редактировании протоколов судебного заседания. Это позволяет им легко маневрировать, удовлетворяя соответствующие просьбы заинтересованных лиц². Вместе с тем, сложно было бы переоценить значение судебной системы. Она может быть очень полезна, если на практике обеспечит защиту в обществе «тех, кто продуктивно, активно работает, воспитывает нормальных детей, а не тех, кто на этом обществе удачно и прибыльно паразитирует»³.

Следует обратить внимание, что, например, в Англии настолько изначально четко и качественно происходит отбор кадров, из которых формируется судебное сообщество, «что ему не страшны любые сочетания соблазнов и угроз, которые традиционно сопровождают деятельность судов»⁴. Очевидно, что чем выше в обществе уровень правосознания, правовой культуры и нравственности, тем больше у него шансов на преемственность более высоких полезных вещей. И, наоборот, чем ниже этот уровень, тем больше опасность внедрения в общество негативных моментов. К сожалению, в России пока преемственности такой практики не происходит. До сих пор в сознании конкретных должностных лиц возможны столкновения между чувством долга и обязанностью перед заинтересованным субъектом и законностью, то есть столкновение моральных и правовых норм, обычного и писаного права. Как видно, такие явления — это не только характеристика нашего времени, а существующая преемственность достаточно старых «отрицательных» общественных традиций. Поскольку общество развивается циклично, то в нем возможно то затухание, то вновь яркое проявление таких явлений. Подобные негативные явления присутствовали и присутствуют практически во всех сферах общественной жизни: торговле, медицине, промышленности, строительстве, здравоохранении, образовании и т. п. Во многих случаях — это наследие уже и советской системы, и ее опыта.

Следует отметить, что даже при процессе позитивной преемственности возможно существование отрицательных явлений, которые могут быть ее спутниками. Так, переход к демократии принес с собой как свободу в определенном смысле слова, так и определенную анархию, свобода труда — в отдельных случаях, тунеядство и т. п. В результате отрицательные явления нашей жизни адаптируются к новым реалиям, используя предыдущий опыт или хотя бы саму идею. Все это подтверждает, что в обществе может сложиться и длительно существовать негативная система регулирования общественных отношений, которая противостоит правовой системе и снижает уровень ее действия. Средства преодоления таких негативных явлений, очевидно, также можно найти в рамках предыдущего опыта, связанного как с вертикальной, так и с горизонтальной преемственностью. Во многих случаях, чтобы привести к минимуму саму причину таких негативных проявлений, следует воздействовать на условия, ее формирующие и включающие, правовые, социально-экономические, политические, духовные и иные факторы. Полагаем, что возможно использовать и освоение законов циклического развития общества.

Таким образом, преемственность может проявлять себя на любом правовом пространстве, в том числе и искаженном и деформированном, и независимо от его протяженности. Как негативная, так и позитивная преемственность вспыхивает и бурно развивается, когда в конкретном временном промежутке и на конкретном пространстве для нее представлены соответствующие условия. Изучение закономерностей такого развития дает возможность их использования, как на пике позитивной активной преемственности, так и при ее спаде, затухании. Именно с точки зрения активности ее проявления в правовой жизни общества можно будет говорить и об эффективности действия права. В рамках такого исследования, конечно же, следует использовать метод историзма, позволяющий взглянуть на существующие события с точки зрения особенностями их становления и развития⁵, выявить наличие тех или иных условий, а также постараться спрогнозировать развитие данных отношений в несколько обновленных условиях. Думается, что подобные действия уже не раз проводились как на территории России, так и других государств. Активное использование таких исследований в рамках соответствующей преемственности «позволит не только реализовать научные положения и выводы в форме рекомендаций о должном в праве или предложений по совершенствованию законодательства, но и обосновать надежность предлагаемых мер на перспективу с учетом последующих социальных и иных изменений»⁶. Изучение данных вопросов позволит достичь оптимального уровня процесса преемственности на территории конкретного государства, сознательного ее использования, что в свою очередь будет способствовать повышению эффективности действия права.

¹ *Водолеев Г.* Протокол судебного заседания / Г. Водолеев, С. Сидоренко, А. Минин. — СПб., 2009. — С. 232.

² См. там же. — С. 232.

³ Там же. — С. 97.

⁴ Там же. — С. 156.

⁵ См.: *Сырых В.М.* Логические основания общей теории права. — М., 2004. — Т. 1: Элементный состав. — С. 494.

⁶ Там же. — С. 502.

С.С. Тихонова, Е.В. Уткина

Тихонова Светлана Сергеевна — кандидат юридических наук, доцент, доцент кафедры уголовного права юридического факультета Нижегородского государственного университета имени Н.И. Лобачевского

Уткина Елена Владимировна — аспирант кафедры уголовного права юридического факультета Нижегородского государственного университета имени Н.И. Лобачевского

Преемственность в уголовно-правовом регулировании охраны лесов в России

Преемственность есть «связь между различными этапами или ступенями развития как бытия, так и познания, сущность которой состоит в сохранении тех или иных элементов целого или отдельных сторон его организации при изменении целого как системы, то есть при переходе из одного состояния в другое»¹. Преемственность в уголовно-правовом регулировании охраны лесов в России представляет собой связь между различными историческими этапами развития отечественного уголовного права, в части установления уголовной ответственности за лесонарушения, заключающуюся «в сохранении определенных элементов или сторон права»².

В первые века истории российского государства правовой охране подлежали лишь «бортные ухажья» (деревья, содержащие наполненные медом дупла) и межевые (то есть обозначавшие границы владений) деревья³. Так, Русская Правда предусматривала высокий штраф за рубку или порчу борти (за порчу княжеской борти с пчелами — 3 гривны, за рубку владельческого дерева, годного для бортного дела — 3 гривны в пользу казны и 0,5 гривны в пользу хозяина дерева).

С XIV века повышенной охране стали подлежать *засечные леса* на границах Русского государства с южными степями, предназначенные для защиты от набегов татаро-монгольских войск. *Засечный завал (засека)*, образуемый за счет сваленных вершинами на юг, но не отделенных от пней, оставшихся сырорастущими деревьев, представлял собой непреодолимую преграду для вражеской конницы и обозов⁴. В засечных лесах запрещались рубка деревьев, распашка земли и прокладка дорог. Нарушение указанных запретов влекло за собой высокие штрафы, телесные наказания в виде публичного битья кнутом и даже смертную казнь при повторном совершении подобных действий.

Преемственность в правовом регулировании лесоотношений в России, заключающаяся в сохранении статуса засечных лесов, наблюдалась до XVI века. При этом засечные завалы стали устраиваться не только в военных целях, но и для борьбы с эпидемиями, для защиты берегов рек от разрушительных весенних напоров воды и льда. Так, например, в документе, датированном 1563 годом, говорится о запрете хозяйственного использования леса на берегах реки Двины: «...того лесу не чистити и дров не сечи, и лык не драти, а тот лес закулюю от леду и воды»⁵.

В основном источнике права XVII века — Соборном уложении 1649 года — первом правовом отечественном источнике, в котором нормативный материал распределялся на главы и статьи, ответственность за лесные нарушения предусматривалась в главе об ответственности за имущественные преступления. Однако при этом впервые от лесных деревьев стали обособляться плодовые деревья, произрастающие в частных садах, что определило в дальнейшем один из признаков предмета уголовно наказуемых лесонарушений — естественное состояние произрастающей древесной растительности.

Соборное уложение 1649 года устанавливало ответственность за поджог чужого леса в виде лишения всех, как лично, так и по состоянию присвоенных, прав и преимуществ и ссылки в отдаленные места Сибири. За порубку бортного дерева с пчелами в Соборном уложении 1649 года традиционно предусматривался штраф (в размере 3-х рублей), что свидетельствует о преемственности в подходах отечественного законодателя в содержании мер государственного принуждения в отношении данного лесонарушения. Однако за порубку деревьев в засечном лесу предусматривалась смертная казнь.

¹ Баллер Э.А. Социальный прогресс и культурное наследие. — М., 1987. — С. 7.

² Неновски Н. Преемственность в праве. — М., 1977. — С. 10. См. также: Сорокин В.В. Теория государства и права переходного периода: Учебник. — Барнаул, 2007. — С. 85.

³ См.: Голиченков А.К. Очерки истории экологического права: развитие правовых идей охраны природы / А.К. Голиченков, Т.Е. Новицкая, С.В. Чиркин // Вестник МГУ. — Серия 11: Право. — 1991. — № 1. — С. 54.

⁴ Гаранин В.И. Охрана природы: прошлое и настоящее. — Казань, 1975. — С. 7.

⁵ Булгаков М.Б. Природоохранные акты: от «Русской Правды» до петровских времен / М.Б. Булгаков, А.А. Ялбулганов // Государство и право. — 1996. — № 8. — С. 141.

При этом и служилым людям разрешалось свободно пользоваться для различных военных, походных, лагерных нужд любым лесом, кроме засечного: «служилым людям в засечные заповедные леса ни по что не ездить, а ездить им в поместные и вотчинные леса повольно для дров и для всякого лесу на станное строение»¹.

Целый комплекс логически последовательно осуществляемых мер по охране и рациональному использованию лесов, ставших не только опорой государственной экономики, но и основой военного могущества России на море, был проведен при Петре I. Потребность в лесоматериалах для кораблестроения и их быстрое истощение в районах первоначальных заготовок определили необходимость описания лесов. В этих целях в 1703 году вышел Указ Петра I «Об описи лесов во всех городах и уездах, от больших рек в сторону до 50 верст, а от малых до 20 верст», согласно которому все леса были обмежеваны.

Указом 1703 года в России была впервые закреплена приобретаемая впоследствии функциональную преемственность модель правового регулирования лесных правоотношений, предполагающая выделение особо охраняемых лесных объектов. Отнесение к таковым некоторых пород деревьев, признаваемых *заповедными* (вяз, дуб, ильм, карагач, клен, лиственница, а также сосна толщиной в месте отруба 12 вершков (около 54 см) и больше), изменило ранее существовавшую систему правоохраны лесных угодий, зависившую не от вида добываемой древесины, а от места произрастания древесной растительности. Этим же Указом населению разрешалось вырубать для себя березу, ель, иву, липу, ольху, осокорь, сосну менее 12 вершков толщиной, ясень. За каждое срубленное заповедное дерево, в том числе на своем участке, виновный подвергался штрафу (в размере 10 рублей), а за «многую заповедных лесов посечку» — смертной казни через повешение.² Купцам разрешалось отпускать за границу лес только определенных размеров (длиной до 65 футов (около 20 м), толщиной в отрубе до 12 дюймов (около 30 см)).

Эволюция уголовной ответственности за лесонарушения и закрепление ее изменений в императорских указах XVIII века оказало влияние на опосредуемое преемственностью развитие отечественного уголовного права. 1705 год ознаменовался разработкой дополнительных нормативно-правовых предписаний, определяющих меру должного, возможного, дозволенного и запрещенного в сфере лесопользования в России. Так, вышло разрешение о рубке в лесах, за исключением засечных, вяза, дуба, карагача и лиственницы на сани, телеги, оси и полозья, а клена — на «мельничные потребности», на пяльцы и шестерни, что свидетельствовало об учете и жесткой правовой регламентации лесопользования длительной и устойчивой социальной практики употребления лесоматериалов в жизнедеятельности человека. Однако был введен штраф за рубку маломерной сосны и смертная казнь в случае вырубки заповедных лесов для постройки жилищ. Указом Петра I от 20 ноября 1712 года наказание в виде смертной казни заменялось ссылкой на каторгу, за исключением случаев рубки леса, годного на мачты, в ближайших от Санкт-Петербурга провинциях. Поскольку исключения в праве вводились и продолжают вводиться для корректировки общенормативной модели поведения, накладываемой на «реальность социобитийных потребностей»³, каковые на тот исторический период заключались в максимальной охране лесов в местах, наиболее удобных для судостроения, причина соответствующего изъятия из общего правового положения становится понятной.

В целях упорядочения производства рубок для потребностей развивающейся промышленности с 1715 года в России был введен запрет рубки на топливо всего леса, пригодного к «хоромному строению», в малолесных районах предписывалось использовать для отопления кизяк, торф, сушеный дерн и кочарник⁴. Для сохранения государственного лесного фонда деревьев на дрова и для нужд промышленности должны были рубиться в лесах частных владельцев за соответствующую плату.

В 1718 году впервые в России было создано государственное учреждение, занимавшееся лесом и его использованием, — Адмиралтейская коллегия (Адмиралтейство), при которой была организована вальдмейстерская канцелярия во главе с обервальдмейстером — лесным министром. Для заведования заповедными лесами на местах выделялись вальдмейстеры (управляющие лесами) и подчиненные им лесные надзиратели (надсмотрщики), уполномоченные на осмотр закрепленных за ними участков и осуществления контроля за производством рубок в предписанном количестве.

В 1719—1720 годах Петром I был издан целый ряд указов, основанных на учете социального опыта и направленных на увеличение количества запретов в сфере лесопользования в целях обеспечения максимальной охраны лесов:

- запрет изготовления сосновых гробов;
- запрет снятия коры с живых деревьев, кроме подлежащих вырубке;

¹ См.: Российское законодательство X—XX веков: В 9 т. — М., 1984. — Т. 1. — С. 96, 278.

² См.: Развитие русского права в XVII—XVIII вв. — М., 1992. — С. 198.

³ Муравьев И.А. Законодательное исключение (теория, практика, техника): Автореф. дис... канд. юрид. наук. — Н. Новгород, 2009. — С. 15.

⁴ Гаранин В.И. Охрана природы: прошлое и настоящее. — Казань, 1975. — С. 11, 13.

- запрет разведения костров ближе двух саженей (4,25 м) от деревьев и запрет поджога леса для получения пахотной удобренной земли;
- запрет пастьбы коз и свиней, а также распашки земли в заповедных лесах «дабы коренья не подрезать и тот заповедный лес не подсушить»;
- запрет использования корабельных лесов для каких-либо целей, помимо постройки судов и нужд артиллерии.

В целях сохранения леса в отдельных местностях российского государства Указом Петра I 1720 года была запрещена вырубка всякого леса в приморском районе между Петергофом и Лиговом и на островах в пределах 1000 сажен от берегов, а также по берегам Невы от Шлиссельбурга. В 1722 году была запрещена самовольная рубка леса от устья Оки вниз по Волге и ее притокам. Для нарушителей Указа предусматривался штраф (в размере 30 рублей за каждое срубленное дерево), за вторичную порубку — конфискация третьей доли имущества, за порубку в третий раз — ссылка на галерные работы на 20 лет с конфискацией всего имущества. Таким образом, уголовная ответственность за лесонарушения в России того периода находилась в процессе развития, опосредуемого преемственностью в определении приоритетов уголовно-правовой охраны лесов и в определении мер уголовно-правового воздействия на правонарушителей.

С 1724 года в России вводится ответственность в виде битья кнутом, вырывания ноздрей и ссылки на каторжные работы для вальдмейстеров и лесных надзирателей как за самостоятельную рубку вверенного леса, так и за укрывательство незаконной деятельности других рубщиков. Данную норму можно считать начальным этапом установления в отечественном уголовном праве дифференцированного подхода при осуществлении уголовной репрессии в отношении государственных служащих, совершающих лесонарушения, в частности, прообразом современного квалифицирующего признака незаконной рубки лесных насаждений, предусмотренного в статье 260 Уголовного кодекса Российской Федерации 1996 года¹ (далее — УК РФ), — «совершение преступления лицом с использованием своего служебного положения».

Последовательное развитие лесоохранительных норм было приостановлено в России с конца XVIII века в период правления Екатерины II, когда вследствие увеличения прав дворянства были изменены и нормы лесного законодательства, что привело к повсеместной вырубке на территории Российской империи заповедных, в том числе корабельных лесов, охраняемых во времена Петра I и необходимых для поддержания военного могущества России на море.

Так, в Указе Екатерины II 1782 года «О распространении права собственности владельцев на леса, в дачах их растущие» говорилось, что все леса, растущие в помещичьих дачах, хотя бы они и считались заповедными, оставались в полной собственности владельцев. Рубить леса не только для казенных надобностей, но и для Адмиралтейства запрещалось без согласия владельцев и уплаты требуемой ими цены. Всякому помещику предоставлялось право продавать свои леса как внутри государства, так и за границу, с платежом установленной пошлины.

Предпринимались, однако, меры по сохранению лесов на региональном уровне. Так, например, в 1755 году распоряжением Тобольской губернской канцелярии на территории Тобольской губернии предписывалось беречь кедровые леса, в связи с чем не использовать кедровую сосну для строительства². Однако подобные частные инициативы региональных властей не могли изменить общего положения.

Большой ущерб лесам России был нанесен иностранными предпринимателями, заключавшими с правительством страны во второй половине XVIII века договоры на заготовку древесины, реализуемой на иностранных рынках. Вывоз корабельного леса за границу в ущерб интересам России принял такие размеры, что в 1798 году правительство вынуждено было запретить отпуск бревен и досок из архангельского и Санкт-Петербургского портов³.

Усилившиеся злоупотребления по уничтожению и повреждению лесного фонда побудили императора Павла I издать 26 мая 1798 года. Указ о возврате всех заповедных рощ в ведение Адмиралтейства и применении к «лесным преступникам» наказаний, предусмотренных законодательством периода правления Петра I.

Правление Николая I ознаменовалось кодификацией отечественного уголовного законодательства, позволившей осуществить полное системное уголовно-правовое регулирование сферы лесотношений.

Отраслевая кодификация — наиболее совершенная форма упорядочения нормативно-правовых актов определенной отраслевой принадлежности⁴, в частности, уголовного законодательства. Принятое в 1845 году Уложение о наказаниях уголовных и исправительных (далее — Уложение 1845 года)

¹ См.: Собрание законодательства РФ. — 1996. — № 25. — Ст. 2954—2955.

² См.: Гаранин В.И. Охрана природы: прошлое и настоящее. — Казань, 1975. — С. 18.

³ Мелехов И.С. Очерк развития науки о лесе в России. — М., 1957. — С. 12.

⁴ См.: Бабаев В.К. Словарь категорий и понятий общей теории права / В.К. Бабаев, В.М. Баранов, В.И. Гойман. — Н. Новгород, 1992. — С. 46.

установило уголовную ответственность за самовольную рубку деревьев, укрывательство или покупку самовольно срубленного другими лицами леса, а также ненадлежащее выполнение «лесными сторожами» своих обязанностей либо злоупотребление ими¹. В качестве отягчающих обстоятельств в Уложении 1845 года были предусмотрены: совершение рубки деревьев в корабельных рощах; повторная рубка; оказание сопротивления «лесным сторожам». В развитие лесоохранных норм, установленных Соборным уложением 1649 года, в Уложении 1845 года предусматривалась и ответственность самих чиновников за участие в рубке леса и разрешение самовольной рубки другим лицам.

Следует отметить, что Уложению 1845 года нередко присваивают статус первого отечественного уголовного кодекса.² Однако фактически данный законодательный акт являлся лишь первой автономной формой внешнего выражения уголовного законодательства России. Деление на Общую и Особенную части, свойственное кодексам, в нем не предусматривалось (общим положениям был посвящен раздел I «О преступлениях, проступках и наказаниях вообще»).

Устав 1864 года о наказаниях, налагаемых мировыми судьями (далее — Устав 1864 года), включал как нормы об ответственности за сами лесные правонарушения, так и нормы об ответственности за правонарушения, связанные с лесными. В частности, в Уставе 1864 года предусматривалась ответственность за оскорбление «лесных сторожей», а также за ослушание или неповиновение им, не сопровождающееся насилием.

Составы собственно лесных правонарушений в Уставе 1864 года были весьма многочисленны и подробно описаны: курение табака в хвойных лесах; употребление при стрельбе в лесу пакли или льна; выжигание кустарников, травы, корней и т. п. без соблюдения предписанных правил или в недозволенное время и др. Некоторые из лесоохранных норм содержались не в специальном отделе, регулирующем лесоохранные отношения, а в иных главах. Например, производство опустошительной вырубki вопреки постановлению Лесоохранительного комитета о прекращении таковой или ее временной приостановке регламентировались главой IV Устава 1864 года «О проступках против общественного благоустройства»³.

Таким образом, к началу XX века уголовно-правовое регулирование охраны лесов находилось в зависимости от экономических и военно-политических интересов государства при неизменном рассмотрении в качестве преступных деяний незаконной порубки и поджога лесных насаждений.

В начале XX века в России при Николае II было принято так и не вступившее в силу в части, касающейся уголовного ответственности за лесонарушения, Уголовное уложение 1903 года, в котором проводилось отграничение хищения древесины от рубки леса по признакам предмета преступления (при рубке предметом выступает только сырораствующее дерево). Однако революция, произошедшая в 1917 году, повлекла за собой, в том числе, изменения в правовом регулировании лесопользования, в частности, юридическую и фактическую отмену уголовно-правовой охраны лесов в связи с отменой действия базового «царского» уголовного законодательства без подготовленного на замену советского.

Декрет ВЦИК «О лесах» от 27 мая 1918 года провозгласил леса достоянием РСФСР и предусмотрел проведение работ по лесовосстановлению при осуществлении заготовки древесины. В обязанности всех граждан была вменена охрана леса от пожаров, потрав, порчи и т. п. В 1918 году на основании Постановления СНК при Всероссийском Совете народного хозяйства был учрежден Главный лесной комитет, основной задачей которого являлось руководство, регулирование и управление всей лесной промышленностью, а также заготовка древесного топлива⁴. Однако продолжительные холода и отсутствие необходимого для городов и промышленности топлива в связи с прекращением деятельности как частных, так и государственных (дореволюционных) лесозаготовительных организаций подняли огромный спрос на дрова и породили крупные несанкционированные рубки лесов вокруг больших городов, в том числе в пределах ограничительной 30-верстной пригородной зоны⁵, что обусловило принятие Декрета СНК от 29 апреля 1920 года «Об охране зеленой площади (садов, парков, пригородных лесов и других насаждений)»⁶. Наиболее же распространенными средствами борьбы с лесонарушениями в послереволюционный период являлись накладываемые местными органами советской власти административные взыскания за нарушение установленного на местах порядка пользования лесом, направленного на охрану лесов от истребления.

¹ См.: *Тангиев Б.Б.* История развития российского законодательства в области охраны окружающей среды (дореволюционный период) // История государства и права. — 2006. — № 10.

² См.: *Бокова И.Н.* Примечания в уголовном законодательстве России: эволюция правовой природы, модификация функций, техника эффективного использования / И.Н. Бокова, С.В. Изосимов, Д.С. Кондаков, А.П. Кузнецов // Законотворческая техника современной России: состояние, проблемы, совершенствование: Сборник статей / Отв. ред. В.М. Баранов. — Н. Новгород, 2001. — Т. 2. — С. 381.

³ *Навасардова Э.С.* Ответственность за лесонарушения по законодательству Российской империи начала XX века // Общество и право. — 2009. — № 4.

⁴ СУ РСФСР. — 1918. — № 99. — Ст. 1017.

⁵ Декреты Советской власти. — М., 1973. — Т. 4. — С. 139—140.

⁶ СУ РСФСР. — 1920. — № 32. — Ст. 157.

Вследствие повсеместного разграбления лесных ресурсов на территории РСФСР в первом советском кодифицированном уголовном законе — УК РСФСР 1922 года¹, объединившим в строго определенной последовательности множество уголовно-правовых предписаний, направленных на борьбу с преступностью того времени, преступления в сфере лесопользования были помещены в главу о государственных преступлениях. Статья 99 УК РСФСР 1922 года предусматривала уголовную ответственность за нарушение правил природопользования, в том числе, за нарушение законов и постановлений, принятых в интересах охраны лесов от хищнической эксплуатации и истребления. В качестве мер наказания за указанное преступление предусматривались лишение свободы на срок до 1 года или принудительные работы на этот же срок с конфискацией незаконно добытого, или штраф до 500 рублей.

УК РСФСР 1926 года содержал аналогичные нормы об ответственности за преступления в сфере охраны лесов. Однако «правотворчество не может остановиться на определенном этапе, а все время находится в движении, в постоянном развитии в силу динамики различных социальных связей, возникновения новых потребностей общественной жизни, настоятельно требующих вмешательства государства путем правовой регламентации».² Последующее усиление уголовной ответственности за лесонарушения в 30-х годах XX века за счет введения в УК РСФСР 1926 года составов умышленного уничтожения или повреждения леса и лесных насаждений путем поджога, а также рубки леса, совершаемой в организованном порядке или с контрреволюционным умыслом для подрыва общественной социалистической собственности или совершаемой классово-враждебными элементами, было вызвано необходимостью охраны имущества государственных предприятий и колхозов. К 60-м годам XX века вновь появляется тенденция к ограничению ответственности за лесонарушения. В этой связи в УК РСФСР 1960 года³ была введена только одна лесоохранительная норма (ст. 169 «Незаконная порубка леса»), включенная в главу 6 «Хозяйственные преступления».

Статья 169 УК РСФСР 1960 года устанавливала ответственность за незаконную порубку в полегающих, берегозащитных лесах, в лесах государственных заповедников, курортных лесах, лесопарках, лесах зеленой зоны вокруг городов и промышленных предприятий, причем такая ответственность могла наступить только после применения мер общественного или административного воздействия. В качестве меры наказания за совершение вышеназванных деяний предусматривалось лишение свободы на срок до одного года, исправительные работы на тот же срок, штраф (в размере до 300 рублей) с конфискацией незаконно добытого.

Часть 2 статьи 169 УК РСФСР 1960 года предусматривала ответственность за незаконную порубку во всех лесах, совершенную в виде промысла или впервые, но причинившую крупный ущерб. Максимальная мера наказания по данной части статьи 169 УК РСФСР 1960 года определялась в виде лишения свободы на срок до трех лет.

В последующем в форме текущего правотворчества кодифицированные уголовно-правовые нормы дополнялись и изменялись с учетом новой ситуации, складывающейся в сфере лесотношений. Так, Законом РСФСР от 25 июля 1962 года «О внесении изменений и дополнений в Уголовный кодекс РСФСР»⁴ из диспозиции части 1 статьи 169 УК РСФСР 1960 года было исключено указание на необходимость применения к лицу, совершившему незаконную порубку леса, мер общественного или административного воздействия, и, напротив, в нее было включено указание на ущерб, причиненный незаконной порубкой леса. Кроме того, была расширена сфера уголовно-правовой охраны лесных насаждений за счет включения в предмет преступления почвозащитных лесов и остальных лесов первой группы, а также за счет введения уголовной ответственности за повреждение леса. В полегающих, почвозащитных, берегозащитных лесах, в лесах государственных заповедников, курортных лесах, лесопарках, лесах зеленой зоны вокруг городов и промышленных предприятий причиненный виновным ущерб должен был превышать 100 рублей, в остальных лесах первой группы — 200 рублей, а во всех других лесах — 300 рублей по таксе, установленной для исчисления размера взысканий за ущерб, причиненный незаконной порубкой или повреждением леса.

Однако развитие общественных отношений в сфере лесопользования объективно опережало процесс их юридического закрепления, в частности, уголовно-правового регулирования. В этой связи Указом Президиума ВС РСФСР от 3 декабря 1982 года «О внесении изменений и дополнений в Уголовный кодекс РСФСР»⁵ был вновь изменен предмет преступления в части 1 статьи 169 УК РСФСР 1960 года. Предметом преступления были признаны деревья и кустарники в лесах первой группы, выполняющие защитные, санитарно-гигиенические и оздоровительные функции. К лесам заповедников

¹ Сборник документов по истории уголовного законодательства СССР и РСФСР. 1917—1952 гг. / Под ред. И.Т. Голякова. — М., 1953. — С. 116—143.

² Арзамасов Ю.Г. Роль мониторинга нормативных актов для систематизации российского законодательства / Ю.Г. Арзамасов, Я.Е. Наконечный // Юридическая техника. — 2008. — № 2. — С. 32.

³ Ведомости ВС РСФСР. — 1960. — № 40. — Ст. 591.

⁴ Ведомости ВС РСФСР. — 1962. — № 29. — Ст. 449.

⁵ См.: Ведомости ВС РСФСР. — 1982. — № 49. — Ст. 1821.

и лесопарков были добавлены леса национальных и природных парков, заповедные лесные участки, леса, имеющие научное или историческое значение, и леса природных памятников. Кроме того, в части 2 указанной статьи был альтернативно введен новый квалифицирующий признак — систематическая незаконная порубка, понимавшаяся как совершенная виновным не менее трех раз независимо от того, подвергался ли он материальной ответственности, административному взысканию или привлекался к уголовной ответственности за предыдущие лесонарушения.¹

Последние изменения были внесены в статью 169 УК РСФСР Законом РФ от 20 октября 1992 года № 3692-1 «О внесении изменений в Уголовный кодекс РСФСР, связанных с порядком перерасчета штрафов»² и были связаны с новым исчислением штрафа не в виде конкретно закрепляемых в тексте УК РСФСР сумм рублей, а в виде размеров, кратных минимальному размеру оплаты труда (МРОТ).

Современным кодифицированным законодательным источником уголовного права России является УК РФ, предусматривающий в главе 26 «Экологические преступления» две статьи, касающиеся ответственности за лесные нарушения — статья 260 и статья 261.

Терминологическое сочетание «экологические преступления», впервые употребленное в тексте отечественного уголовного законодательства, вызывает возражения ряда ученых. Экология (от греч. *oikos* — место обитания и *logos* — учение) — это наука о среде обитания. Соответственно терминологическое сочетание «экологические преступления» буквально означает — посягательства на науку о среде обитания. В этой связи в качестве варианта наименования главы 26 УК РФ в литературе предлагается следующий — «Преступления против окружающей природной среды».³

В целом соглашаясь с указанным замечанием в адрес законодателя, следует, однако заметить, что несоответствие наименования отдельных глав УК РФ их внутреннему содержанию не является препятствием для применения закрепленных в них положений. И без внесения соответствующих корректив в наименование главы 26 УК РФ при совершении посягательств на окружающую природную среду правоприменитель безошибочно обратится к содержанию данной главы для того, чтобы осуществить квалификацию содеянного. Таким образом, предлагающееся изменение заголовка главы 26 УК РФ не является необходимым.

Известно, что каждая новая кодификация призвана «оформлять наиболее глубокие, кардинальные изменения в системе нормативно-правового регулирования общественных отношений».⁴ Однако качественное упорядочение уголовного законодательства не изменило общей направленности уголовно-правовых предписаний об ответственности за лесонарушения в Российской Федерации, несмотря на изменение формулировки диспозиций соответствующих статей уголовных кодексов.

Так, в первоначальной редакции части 1 статьи 260 УК РФ ответственность устанавливалась за незаконную порубку, а равно за повреждение до степени прекращения роста деревьев, кустарников и лиан в лесах первой группы либо в особо защитных участках лесов всех групп, а также деревьев, кустарников и лиан, не входящих в лесной фонд или запрещенных к порубке, если эти деяния совершены в значительном размере. Часть 2 статьи 260 УК РФ предусматривала ответственность за незаконную порубку, а равно повреждение до степени прекращения роста деревьев, кустарников и лиан в лесах всех групп, а также насаждений, не входящих в лесной фонд, если эти деяния совершены неоднократно; лицом с использованием своего служебного положения; в крупном размере.

Таким образом, в отличие от последней редакции статьи 169 УК РСФСР 1960 года из статьи 260 УК РФ были исключены такие квалифицирующие признаки, как систематическая незаконная порубка деревьев и кустарников, а также незаконная порубка деревьев и кустарников в лесах первой группы, выполняющих защитные, санитарно-гигиенические и оздоровительные функции, в лесах заповедников, национальных и природных парков, заповедных лесных участках, лесах, имеющих научное или историческое значение, природных памятниках и лесопарках. Вместе с тем, в статью 260 УК РФ были добавлены новые признаки: незаконное повреждение до степени прекращения роста деревьев, кустарников и лиан; совершение деяний в особо защитных участках лесов всех групп, а также в отношении деревьев, кустарников и лиан, не входящих в лесной фонд или запрещенных к порубке; неоднократно порубки; совершение порубки лицом, с использованием своего служебного положения; значительный и крупный размер причиненного ущерба.

Кроме того, впервые в уголовном кодексе при изложении нормативного материала в статьях, устанавливающих ответственность за лесонарушения, законодателем был применен относительно

¹ См.: Комментарий к Уголовному кодексу РСФСР. — М., 1992. — С. 427.

² См.: Российская газета. — 1992. — № 251.

³ См.: *Лопашенко Н.А.* О проблемах качества современного уголовного экологического законодательства // Зако- нотворческая техника современной России: состояние, проблемы, совершенствование: Сборник статей / Отв. ред. В.М. Баранов. — Н. Новгород, 2001. — Т. 2. — С. 237; *Тенчов Э.С.* Язык уголовного закона // Проблемы юри- дической техники: Сборник статей / Отв.ред. В.М. Баранов. — Н. Новгород, 2000. — С. 579.

⁴ *Баранов В.М.* Кодификационный процесс и результат (впечатления участников Международной научно- практической конференции «Кодификация законодательства: теория, практика, техника», Н.Новгород, 25— 26 сентября 2008 г.) / В. М. Баранов, Н. Н. Ковтун // Юридическая техника. — 2008. — № 2. — С. 189.

самостоятельный юридико-технический прием — сконструировано примечание, содержащее дефиницию (примечания такого вида именуется «пояснительными», «дефинитивными» или «дефинитивно-обязывающими»). В соответствии с примечанием к статье 260 УК РФ, назначением которого явилось выполнение функции конкретизации уголовно-правовой терминологии, значительным размером порубки признавался исчисленный по установленным таксам ущерб, в 20 раз превышающий МРОТ, установленный законодательством Российской Федерации на момент совершения преступления, крупным размером — ущерб, в 200 раз превышающий МРОТ.

Статья 261 УК РФ в первоначальной редакции предусматривала ответственность за уничтожение или повреждение лесов, а равно насаждений, не входящих в лесной фонд, в результате неосторожного обращения с огнем или иными источниками повышенной опасности (ч. 1) или путем поджога, иным общеопасным способом либо в результате загрязнения вредными веществами, отходами, выбросами или отбросами (ч. 2).

Однако известно, что создание любого уголовного кодекса не способно остановить процесса правообразования. Федеральным законом от 8 декабря 2003 года № 162-ФЗ «О внесении изменений и дополнений в Уголовный кодекс Российской Федерации»¹ в связи с отменой такой формы множественности в Общей части УК РФ, как неоднократность, в статьях 260—261 УК РФ был исключен квалифицирующий признак «неоднократность», а также была произведена замена МРОТ на рубли. Следующие изменения в данные статьи были внесены Федеральным законом от 4 декабря 2006 года № 201-ФЗ «О введении в действие Лесного кодекса Российской Федерации»² в целях приведения положений уголовного законодательства в соответствие с положениями лесного законодательства, вводящего новую терминологию — «лесные насаждения» и «рубка». Изменения же статей 260—261 УК РФ в 2008—2011 годах были обусловлены необходимостью усиления уголовной ответственности за лесонарушения.

В настоящее время за совершение преступления по части 1 статьи 260 УК РФ максимальное наказание составляет лишение свободы на срок до 1 года, по части 2 — лишение свободы на срок до 3 лет, по части 3 — до 6 лет. В примечании к статье 260 УК РФ по сравнению с 2003 годом снижены стоимостные критерии определения размера ущерба, причиненного незаконной рубкой. Значительным размером признается ущерб, причиненный лесным насаждениям или не отнесенным к лесным насаждениям деревьям, кустарникам и лианам, исчисленный по утвержденным Правительством Российской Федерации таксам, превышающий пять тысяч рублей, крупным размером — пятьдесят тысяч рублей, особо крупным размером — сто пятьдесят тысяч рублей.

За совершение преступлений по части 1 статьи 261 УК РФ максимальное наказание составляет лишение свободы на срок до 3 лет, по части 2 — лишение свободы на срок до 8 лет.

В соответствии с известными на настоящий момент кризисными секторами общественных отношений приоритетными направлениями уголовно-правовой политики (понимаемой как действия и решения государственной власти в сфере уголовного законодательства) выступают не только снижение коэффициента преступности несовершеннолетних, противодействие экономическим преступлениям, минимизация угрозы терроризма и экстремизма, предотвращение коррупции, но и обеспечение экологической безопасности.³ В этой связи в 2010 году в статью 261 УК РФ включены две новые части, предусматривающие ответственность за уничтожение или повреждение лесных насаждений и иных насаждений в результате неосторожного обращения с огнем или иными источниками повышенной опасности, если они причинили крупный ущерб (максимальное наказание — лишение свободы на срок до четырех лет) и за уничтожение или повреждение лесных насаждений и иных насаждений путем поджога, иным общеопасным способом либо в результате загрязнения или иного негативного воздействия, если они причинили крупный ущерб (максимальное наказание — лишение свободы на срок до десяти лет). Кроме того, появилось примечание к данной статье, указывающее, что крупным ущербом признается ущерб, если стоимость уничтоженных или поврежденных лесных насаждений и иных насаждений, исчисленная по утвержденным Правительством Российской Федерации таксам, превышает пятьдесят тысяч рублей.

Таким образом, при сохранении преемственности в определении базовых общественно опасных деяний в сфере лесопользования — незаконной рубки и уничтожения или повреждения лесов, в развитии уголовной ответственности за лесонарушения в XXI веке наблюдается отсутствие преемственности в системе квалифицирующих признаков и системе применяемых к виновным мер государственного принуждения, не прослеживается четкая тенденции законодателя в наказуемости соответствующих преступлений при относительном постоянстве лишь одного из альтернативных основных видов уголовных наказаний — штрафа.

¹ См.: Парламентская газета. — 2003. — № 231.

² См.: Российская газета. — 2006. — № 277.

³ См.: Коржигов О.Н. Формирование приоритетов правоохранительной политики в России / О.Н. Коржигов, В.В. Трофимов // Правовая политика и правовая жизнь. — 2008. — № 4. — С. 68.

В.А. Толстик

Толстик Владимир Алексеевич — доктор юридических наук, профессор, начальник кафедры государственно-правовых дисциплин Нижегородской академии МВД России

Преемственность в правопонимании

Преемственность носит универсальный характер, находя свое проявление в природе, обществе и мышлении. Она является неотъемлемой частью диалектического закона отрицания отрицания, характеризующего направление процесса развития, единство поступательности и преемственности в развитии, возникновения нового и относительной повторяемости некоторых моментов старого¹.

В философской и энциклопедической литературе под преемственностью традиционно понимают связь между явлениями в процессе развития, когда новое, снимая старое, сохраняет в себе некоторые его элементы. Подобное понимание может выступать надежной методологической основой для экстраполяции данного явления и отражающего его понятия в правовую сферу. При этом следует иметь в виду, что специфические особенности, присущие политико-правовой сфере, неизбежно влекут за собой и своеобразие в понимании преемственности государственно-правовых институтов, что, к сожалению, далеко не всегда учитывается представителями гуманитарного знания.

В результате в юриспруденции преемственность понимается не однозначно. Одни авторы рассматривают анализируемое явление предельно широко — как родовое понятие, объем которого охватывает любые случаи заимствования правового материала. Другие, напротив, как, например, выступивший на пленарном заседании с докладом «Преемственность и рецепция — способы развития национального права» доктор юридических наук В.А. Рыбаков полагают, что «преемственность в праве — это использование правового материала предшествующего этапа развития собственной страны в регулировании новых общественных отношений. Суть данного определения в том, что преемственность — сугубо национальное явление, ограниченное пределами конкретного государства». Теоретическим основанием для подобного вывода явилась исходная посылка о трех способах развития права: преемственного (он основывается на правовом наследстве своей страны); способа рецепции (в его основе лежат нормы иностранного права); и способа трансформации (имплементации) (когда законодатель использует нормы международного права).

Возникает вопрос, насколько обоснован представленный терминологический ряд? Корректный ответ на поставленный вопрос в свою очередь находится в прямой зависимости от того, каковы критерии обоснованности. Полагаем, что безусловным императивом во всех случаях будет являться следование требованиям формальной логики. Существенное, хотя и не определяющее значение, имеет смысл, в котором то или иное слово употребляется в соответствующем языке. В советской гуманитарной науке решающим аргументом в том или ином научном споре, в том числе терминологическом, выступала ссылка на удачно подобранное положение, взятое из трудов классиков марксизма-ленинизма...

Однако нередко терминологические полемики ведутся на «пустом» месте. Конкуренция понятий может вообще не иметь никакого сколько-нибудь принципиального значения, в то время как сам факт ее наличия неизбежно приводит не только к удвоению, а иногда и утроению научного тезауруса, но и как к закономерному следствию — неадекватному отражению действительности, подвергаемой осмыслению.

Вне всякого сомнения, любая наука нуждается в выработке внутренне согласованного и непротиворечивого понятийно-категориального аппарата. Однако современная юридическая наука нередко чрезмерно увлекается решением этой задачи. Терминологические дискуссии становятся центральным моментом научного анализа. Причем делается это в большинстве случаев в ущерб исследованию актуальных в теоретическом и практическом плане проблем. Применительно к нашему форуму в их числе, например, такие заявленные в информационном письме к данной конференции и не нашедшие, к сожалению, отражения в выступлениях участников проблемы как: проблема границ заимствования зарубежного опыта при реформировании отечественных государственных и правовых институтов (история и современность); проблема границ заимствования отечественного исторического опыта при реформировании отечественных государственных и правовых институтов (история и современность); проблема оптимального соотношения заимствования отечественного исторического и зарубежного опыта при реформировании российских государственных и правовых институтов (исто-

¹ Закон отрицания отрицания // <http://slovari.yandex.ru/>

рия и современность); механизм и техника заимствования отечественного исторического и зарубежного опыта при реформировании российских государственных и правовых институтов (история и современность) и целый ряд других.

Конечно, в понятиях надо определиться. В противном случае, о конструктивной дискуссии не может быть и речи. Однако бесконечные и, главное, беспредметные споры о понятиях — тупиковый путь развития науки.

Полагаем, что конструктивным выходом в сложившейся ситуации может быть использование метода конвенционализма¹. Иначе говоря, ученым в целях понятийной определенности, удобства и т. д. следует договориться о соответствующих понятийных рядах и использовать их в процессе адекватного отражения объективной и субъективной (в нашем случае правовой) действительности.

Отправной точкой построения понятийных рядов должна стать сама действительность (явления, процессы и т. п.), а не многообразные смыслы, в которых в толковых словарях нередко употребляются те или иные слова.

В развитии государства и права объективно присутствует такое явление (процесс) как заимствование. Это явление имеет разные формы проявления в пространстве и во времени. Оно может осуществляться посредством различных методов и способов.

С нашей точки зрения, именно преемственность следует рассматривать как понятие, охватывающее все случаи государственно-правового заимствования. В этом смысле вполне приемлемым представляется определение предложенное профессором В.К. Бабаевым: «Преемственность в праве — заимствование правом того или иного государства положений прошлых либо современных ему правовых систем»².

Внесению дальнейшей терминологической ясности будет способствовать классификация преемственности, которая может быть проведена по самым различным основаниям. Кратко остановимся на наиболее существенных из них.

1. В зависимости от сферы заимствования преемственность можно разделить на внутреннюю (внутригосударственную) и внешнюю (межгосударственную и международную). Для внутригосударственной преемственности характерно заимствование государственно-правового материала внутри отдельной страны. При этом восприятие имеет, как правило, вертикальную направленность — от прошлого (старого) к новому (действующему). Вполне очевидно, что из этого правила возможны исключения. Так, например, в федеративном государстве могут иметь место различные варианты заимствования параллельно существующего государственно-правового опыта как между федерацией и ее субъектами, так и между различными субъектами.

Внешняя преемственность означает заимствование государственно-правового материала одной страны у другой страны либо взаимное заимствование между национальным и международным правом. За межгосударственным заимствованием в правовой науке прочно закрепилось понятие «рецепция». В Юридическом словаре 1953 года рецепция определяется как «заимствование чужеземного права»³. Большая советская энциклопедия определяет рецепцию права как заимствование и приспособление к условиям какой-либо страны права, выработанного в ином государстве или в предшествующую историческую эпоху⁴. В Большом юридическом словаре 1996 года рецепция определена как заимствование, восприятие какой-либо внутригосударственной правовой системой принципов, институтов, основных черт другой внутригосударственной правовой системы⁵.

Сказанное позволяет сделать вывод о том, что понятие рецепции следует рассматривать не в качестве автономного (как это делает В.А. Рыбаков и некоторые другие ученые), а как разновидность родового понятия «преемственность».

Вторая разновидность внешней преемственности — взаимное заимствование между внутригосударственным и международным правом представляет собой относительно самостоятельное явление и может быть определена как международно-правовая преемственность.

2. В зависимости от исторического этапа заимствования преемственность подразделяется на вертикальную и горизонтальную. Если заимствование осуществляется у ранее существовавшей правовой системы, перед нами вертикальная преемственность. В тех случаях, когда государственно-правовой опыт берется из параллельно существующих правовых систем, следует говорить о горизонтальной преемственности.

¹ Конвенционализм (лат. *conventio* — соглашение) — философская концепция, согласно которой в основе науки лежат произвольные соглашения (условности, определения, конвенции между учеными), выбор которых регулируется лишь соображениями удобства, целесообразности и т. п. См.: Словарь иностранных слов // http://dic.academic.ru/dic.nsf/dic_fwords/

² Бабаев В.К. Понятие права // Теория государства и права / Под ред В.К. Бабаева. — М., 2006. — С. 227.

³ Юридический словарь. — М., 1953. — С. 575.

⁴ Большая советская энциклопедия. — 3-е изд. — М., 1975. — Т. 22. — С. 188.

⁵ Большой юридический словарь / Под ред. А.Я. Сухарева, В.Д. Зорькина, В.Е. Крутских. — М., 1998. — С. 597.

3. Такой критерий, как степень добровольности, позволяет разделить преемственность на добровольную и принудительную. В этой связи вряд ли можно согласиться с В.А. Рыбаковым, считающим, что рецепцию, как акт добровольной воли следует отличать от насильственного привнесения чужеземного права (в результате войн или колониальных захватов). Он полагает, что рецепция не имеет ничего общего ни с насилием, ни даже с самыми легкими и кажущимися на первый взгляд безобидными формами принуждения. Это процесс сугубо добровольный, не терпящий никаких форм давления, а тем более принуждения и насилия. Полагая, что насильственное внедрение правовых элементов одной страны в правовую систему другой представляет собой иное явление, отличное от рецепции, в обоснование данной позиции В.А. Рыбаков приводит четыре аргумента. Во-первых, это не заимствование, составляющее суть рецепции, а внедрение, «навязывание» чужого права, как правило силовыми средствами. Во-вторых, внедрение (насильственный путь развития права) сопровождается отрицанием суверенитета государства и его национальной правовой системы, иностранный правовой материал не получает государственного санкционирования. В-третьих, силовое внедрение нарушает системность национального права, делает ее деструктивной, рождает дуализм правовой системы. В-четвертых, внедрение элементов иностранного права совершается на принципиально иных основаниях и в совершенно других целях, чем рецепция. Оно диктуется не потребностями общества, а служило целям упрочнения европейской колониальной экспансии и европейской колониальной администрации в американских, азиатских и африканских обществах, поддержания созданной в их рамках европейскими колонизаторами системы колониальной эксплуатации.

С нашей точки зрения, факт заимствования государственно-правового материала не может находиться в прямой зависимости от способа заимствования, отрицания суверенитета, факта государственного санкционирования, нарушения системности национального права, а равно цели заимствования. Определяющим для принудительной (насильственной) преемственности является сам факт заимствования государственно-правового опыта. Иные обстоятельства не могут в данном случае иметь решающего значения.

Данный вывод, наряду со сказанным подтверждается и тем, что подавляющее большинство российских и зарубежных ученых выделяют как добровольную, так и принудительную преемственность (рецепцию). Так, польский ученый Ю. Бардах различает «рецепцию принудительную и добровольную»¹. Категорически не согласна с отрицанием принудительной рецепции Л.А. Морозова. Она пишет: «Представляется спорным положение о том, что рецепция — это всегда добровольное заимствование чужого права».² Последовательными сторонниками выделения и добровольной и принудительной преемственности являются В.К. Бабаев³, А.Х. Саидов⁴, К.Н. Арановский⁵ и многие другие.

Относительная самостоятельность принудительной преемственности (рецепции), присущие ей специфика и особенности в последние годы активизировали интерес ученых к исследованию юридической экспансии. Е.А. Тверякова в своей кандидатской диссертации «Юридическая экспансия: теоретико-историческое исследование» дает следующее определение анализируемому понятию. «Юридическая экспансия представляет собой процесс и результат навязывания одним обществом (частью общества, государством, социальной группой и т. п.) своей правовой системы другому обществу. Важнейшими характеристиками, в совокупности позволяющими отграничить юридическую экспансию от «смежных» юридических феноменов, являются осуществление взаимодействия по инициативе донора (субъекта юридической экспансии), а также применение прямого либо косвенного принуждения в качестве доминирующего способа взаимодействия»⁶.

4. Особый интерес представляет деление преемственности в зависимости от признака повторяемости на однократную, разовую (линейную) и повторяющуюся (циклическую). Одни государственно-правовые институты могут быть восприняты однократно и в дальнейшем получить либо прочную «прописку» в той или иной правовой системе, либо по тем или иным причинам быть окончательно отвергнутыми. Ярким примером первого случая является рецепция римского права, ключевые положения которого были восприняты правовыми системами стран романо-германской правовой семьи и продолжают в них использоваться до настоящего времени в неизменном или адаптированном виде.

Повторяющаяся (циклическая) преемственность предполагает наличие определенных циклов заимствования. В упрощенном виде ее можно представить формулой: заимствование государственно-правового материала — отказ по каким-то причинам от него — повторное заимствование и т. д.

¹ См.: Общая теория государства и права / Под ред. М.Н. Марченко. — М., 2002. — Т. 2. — С. 293.

² Морозова Л.А. Общая теория государства и права / Отв. ред. М.Н. Марченко // Государство и право. — 2002. — № 11. — С. 130.

³ Бабаев В.К. Советское право как логическая система. — М., 1978. — С. 79.

⁴ Саидов А.Х. Сравнительное правоведение (Основные правовые системы современности). — М., 2000. — С. 354, 355.

⁵ Арановский К.В. Государственное право зарубежных стран. — М., 1999. — С. 11.

⁶ Тверякова Е.А. Юридическая экспансия: Теоретико-историческое исследование: Дис... канд. юрид. наук. — Н. Новгород, 2002 // <http://www.dissercat.com/content/yuridicheskaya-ekspansiya-teoretiko-istoricheskoe-issledovanie>

В основе этого процесса лежит явление цикличности, которое выступает всеобщей формой движения природы и общества. Причем в отличие от природных циклов, где смена происходит с объективной неизбежностью в одни и те же сроки, с неизменной продолжительностью (день и ночь, смена времен года и т. п.), цикличность в социально-политическом развитии общества носит менее выраженный и более противоречивый характер. Причем, если в природе существенные изменения в цикличности — результат тысячелетий, то в развитии общества продолжительность циклов, характер их протяжения может изменяться в весьма короткие исторические сроки¹.

Говоря о циклической преемственности, ее не следует понимать утрированно, механически. Диалектика такова, что возврат к прошлому только поверхностный, ибо «возвратное приближение к началу», по выражению Гегеля, происходит всегда на качественно новой основе или на более высоком уровне развития².

Не без сожаления следует отметить, что в юридической науке чрезвычайно актуальные проблемы цикличности вообще и циклической преемственности в частности не получили должной научной разработки. Это в равной степени касается как формы и содержания государства и права, так и различных форм правового сознания. В числе последних особое место занимают проблемы правопонимания, которому, как показывает анализ, также присуща определенная циклическая преемственность.

Вопрос о правопонимании сегодня называют одним из основных вопросов, одной из ключевых проблем юриспруденции³.

С нашей точки зрения, интерес к правопониманию детерминирован не только целым рядом объективных и субъективных причин, но и подчинен вполне определенным закономерностям.

Исторический анализ проблемы позволяет сделать вывод о том, что для каждого качественно нового этапа в развитии общества характерна активизация научных усилий в указанном направлении. Господствующие в данный момент представления о правопонимании подвергаются критике, а им на смену приходят иные подходы. При этом наиболее конкурентоспособными оказываются позитивизм (нормативный подход), естественное право и социологический подход. Отмеченная цикличность имеет закономерный характер.

Объясняется это довольно просто. В любом нормально развивающемся обществе доминирующим является нормативный подход к правопониманию. Однако в периоды предельного обострения общественных противоречий ситуация меняется. Общество оказывается «зажатым» в устаревшие нормы права, которые выступают тормозом как для дальнейшего прогрессивного развития в рамках существующей системы общественных отношений, так и для изменения самой этой системы. В результате вместо конструктивной критики «плохого» права, ответственность возлагают на подход к правопониманию, который обвиняют во всех общественных бедах и несчастьях. Как следствие, в правовой идеологии общества все более весомую роль начинают занимать естественно-правовые и социологические доктрины, часть из которых под воздействием общественного мнения, а также вследствие реализации «благих» намерений представителей новой власти проникает в позитивное право. Очевидно, что наряду с идеями, устанавливающими значительно более справедливые и в целом реальные варианты правового регулирования, чем те, которые были в предшествующий период развития общества, в порывах перестроечной эйфории формальную определенность обретает немало декларативных, не реализуемых в силу, прежде всего экономических и иных причин, положений.

Параллельно происходит дезориентация субъектов права и особенно субъектов правоприменения, которые начинают задумываться над несвойственными им вопросами: соответствует ли те правила, которые содержатся в законах естественному праву или общему интересу и как им поступать, если, по их мнению, не соответствуют?

Первоначально откровенно декларативный характер таких идей не является очевидным фактом, а потенциальная неспособность реализации не ощущается как серьезная социальная проблема. Однако проходит некоторый период времени, и общество не только неизбежно разочаровывается от несбывшихся ожиданий и надежд, но и, что значительно более важно, сталкивается с проблемой весьма существенного ослабления правопорядка. В результате уровень реальной реализации декларируемых прав и свобод человека, точно так же как и постулируемых общих интересов, снижается настолько, что возникает более чем достаточно оснований для критики теперь уже естественно-правовых и иных ненормативистских доктрин правопонимания. Как следствие, в правовой идеологии общества начинают усиливаться позиции нормативизма.

¹ Цикличность как закономерность и форма социально-экономического развития малых городов // http://fostu.usoz.ru/publ/socialno_ekonomicheskie_aspekty_razvitija_gorodov/1_investicionnoe_i_innovacionnoe_razvitie_malykh_gorodov/ciklichnost_kak_zakonomernost_i_forma_socialno_ekonomicheskogo_razvitija_malykh_gorodov/12-1-0-63

² Спиралевидность общественного развития // <http://abc.vvsu.ru/Books/filosof/page0043.asp>

³ См.: Лазарев В.В. Теория государства и права: Учебник для вузов / В.В. Лазарев, С.В. Липнев. — М., 1998. — С. 168; Першин М.В. Частно-правовой интерес: понятие, правообразование, реализация. — Н. Новгород, 2004. — С. 28.

Таким образом, в несколько упрощенном виде проявляют себя четыре взаимосвязанные закономерности:

- в любом нормально функционирующем обществе доминирующим является нормативный подход к пониманию права;
- усиление противостояния различных подходов к правопониманию приходится на периоды качественных изменений в системе общественных отношений;
- ответственность за возникающие социальные проблемы возлагают на нормативный подход;
- после непродолжительного «социального эксперимента» или укрепления новой власти позиции нормативизма неизбежно начинают укрепляться.

Сказанное позволяет сделать вывод: преемственность в правопонимании носит циклический характер, являющийся следствием цикличности, существующей в правовой идеологии и обусловленной в свою очередь объективно существующими закономерностями развития общества.

О.Д. Третьякова

Третьякова Ольга Дмитриевна — кандидат юридических наук, доцент, декан юридического факультета Владимирского государственного гуманитарного университета имени Столетовых

Преемственность права при конвергенции правовых систем

Каждая из существующих ныне правовых систем представляет собой результат не только внутреннего развития, но и — не в меньшей степени — долговременного культурного взаимодействия обуславливающего их сближение (конвергенцию). Общемировая тенденция на сближение национальных правовых систем, ускорение и углубление интеграционных процессов ставят современные государства и интернациональные организации всех уровней перед необходимостью выработки оптимальных механизмов международного правового сотрудничества, позволяющих осуществить конвергенцию правовых систем наиболее безболезненно и эффективно. Сближение правовых систем на основе использования культурно-правовой интеграции отражается в различных способах данного вида правового взаимодействия, в том числе и форме преемственности.

Преемственность — это многогранное и не однозначное явление, которое порой сложно отделить от родственных явлений, таких как рецепция, заимствование, прогресс, и т. д. В связи с данным обстоятельством возникают так называемые широкие и узкие трактовки данного правового явления.

Даже словарные трактовки преемственности применительно к праву проявляют возможность интерпретировать данный термин неоднозначно. Данная ситуация обусловлена тем, что в словарях и иной справочной литературе в целом преемственность — это связь между явлениями в процессе развития, когда новое, снимая старое, сохраняет в себе некоторые его элементы. Преемственность это одно из проявлений диалектики отрицания отрицания закона и перехода количественных изменений в качественные. Преемственность носит объективный и всеобщий характер, проявляясь в природе, обществе и познании. Применительно к обществу различают две стороны преемственности: передачу социальных и культурных ценностей от поколения к поколению, от формации к формации и усвоение этих ценностей каждым новым поколением, каждой новой социальной системой. Преемственность это — особый механизм «памяти общества», который осуществляет накопление и хранение культурной информации прошлого, на основе которой создаются новые ценности. Преемственность может быть непрерывной, когда культурные ценности прошлого постоянно функционируют в жизни общества, и прерывной, когда какие-либо ценности на время исчезают из культурного обихода. Преемственность обозначает также всю совокупность действия традиций, воспроизводящих нормы социального поведения, характерные для исторически прошедшей общественной реальности. При этом следует различать наследование подлинных ценностей культуры и сохранение пережитков прошлого¹.

На первый взгляд, из анализа словарного значения преемственности видно, что преемственность в праве касается только одной правовой системы в виде связи между ее прошлым и современностью. Однако, если исходить из того, что «преемственность» это память общества, то преемственность права имеет транснациональный характер и охватывает взаимодействие между правовыми системами например, в виде рецепции или заимствования. Следовательно, преемственность права может быть рассмотрена как форма взаимодействия между правовыми системами в виде их конвергенции (сближения).

Поэтому применительно к настоящему исследованию будем рассматривать как *воспроизведение уполномоченным на то субъектом (должностным лицом, органом или государством) наиболее эффективных (реально или мнимо) образцов, способов, средств регулирования общественных отношений с помощью правовых предписаний.*

Для подтверждения вывода о том, что преемственность в правовом регулировании — это форма конвергенции правовых систем, рассмотрим элементы преемственности права правовыми системами восточного типа западных образцов правового регулирования общественных отношений.

В качестве западного образца охраняемой правом ценности можно рассмотреть обеспечение прав человека, демократический политический режим и республиканскую форму правления. Все эти объекты регулирования, прежде всего, отражаются и закрепляются в основе любой правовой системы — в конституционном законодательстве.

Как конституционные принципы, обеспечение прав и свобод, демократия и представительных характер власти берут свое начало, как представляется, с момента принятия в Англии Великой хартии

¹ См.: Кругликов В.А. Преемственность // Большая советская энциклопедия. — М., 2001.

вольностей (1215 г.). Великая хартия вольностей и по сей день считается одной из конституционных основ формирования представительного органа и защиты прав человека¹.

В качестве самостоятельного раздела группа норм об обеспечении прав человека появляется в первой кодифицированной Конституции — в Конституции Соединенных Штатов Америки.

Конституция США — Основной закон США, имеющий высшую юридическую силу. Конституция США была принята 17 сентября 1787 года на Конституционном Конвенте в Филадельфии и впоследствии ратифицирована всеми тринадцатью существовавшими тогда американскими штатами. Конституция США считается первой в мире конституцией в современном понимании². Конституция состоит из семи статей, за время действия Конституции были приняты двадцать семь поправок, которые являются ее неотъемлемой частью (в том числе поправки, составляющие Билль о правах).

Конституция США состоит из преамбулы, семи статей и двадцати семи поправок. В качестве основы сравнительного анализа используем конституционно закрепленную форму правления и охрану основных прав и свобод.

По форме правления США — это президентская республика с демократическим политическим режимом. О том, что США является республикой с демократическим политическим режимом, прежде всего, свидетельствует преамбула Конституции США, где зафиксировано: «Мы, народ Соединенных Штатов, в целях образования более совершенного Союза, утверждения правосудия, обеспечения внутреннего спокойствия, организации совместной обороны, содействия общему благосостоянию и обеспечения нам и нашему потомству благ свободы, учреждаем и принимаем эту Конституцию для Соединенных Штатов Америки».

Хотя преамбула обозначает общие цели, ради достижения которых народ принял Конституцию, она никогда не считалась источником каких-либо конкретных полномочий, возложенных на правительство Соединенных Штатов или какой-либо из его департаментов. Вместе с тем, преамбула содержит исключительно важное положение о том, что Конституция принимается народом Соединенных Штатов в целом, то есть это положение свидетельствует в пользу демократической республиканской формы правления в США. В пользу республиканской формы правления свидетельствует и деление государственной власти на законодательную, исполнительную и судебную (статьи 1-3 Конституции).

При этом в Конституции США отсутствует отдельная глава о правах и свободах граждан, которая оказалась преемственна большинством правовых систем современности и отражается в большинстве современных конституций (отчасти этот недостаток был устранен после принятия Билля о правах), поскольку создатели Конституции считали, что основные права указаны в преамбуле.

Как известно, Билль о правах — это общее название первых десяти поправок к Конституции, которые гарантируют отдельные личные права граждан и соответственно ограничивают полномочия государственных органов. Это следующие права:

- свобода слова, свобода религии, свобода прессы, свобода собраний, право на подачу петиции;
- право иметь оружие;
- запрещение размещать солдат в частных домах без согласия владельца;
- запрет произвольных обысков и арестов;
- гарантии надлежащего уголовного процесса, право не свидетельствовать против себя, гарантии при реквизициях;
- права обвиняемого, в том числе право на суд присяжных;
- право на суд присяжных в гражданских делах;
- запрет чрезмерных залогов и штрафов, жестоких и необычных наказаний;
- перечисление прав в Конституции не должно трактоваться как умаление остальных прав;
- полномочия сохраняются за штатами.

В целом, можно утверждать, что конституция США отражает и закрепляет достаточно демократичную форму государственного правления и охраняет значительный круг прав и свобод человека, без реализации которых личность не может гармонично развиваться, что, в общем-то, и подтвердила более чем двухсотлетняя история этого кодифицированного нормативно-правового акта. Данный нормативно-правовой акт, вполне обоснованно, стал образцом для преемственности при формировании конституций многих государств не может гармонично развиваться, что, в общем-то, и подтвердила более чем двухсотлетняя история этого кодифицированного нормативно-правового акта.

Данный нормативно-правовой акт, вполне обоснованно, стал образцом для преемственности при формировании конституций многих государств, в том числе и восточных. Рассмотрим варианты преемственности производной от конституционного регулирования США в вопросах обеспечения прав человека и демократии правовыми системами Афганистана и Филиппин, которые находились определенное время под политическим и экономическим влиянием США.

¹ Крылов Б.С. Соединенное Королевство Великобритании и Северной Ирландии // Конституции государств Европы: В 3 т., — М., 2001. — Т. 1. — С. 492.

² См. подробнее: Соединенные Штаты Америки: Конституция и законодательные акты. — М., 1993.

Исторически до 1973 года, то есть до государственного переворота Мохаммада Дауда, Афганистан являлся монархией. До 1923 года государство представляло собой абсолютную монархию, а после конституционной реформы и принятия первой афганской Конституции в 1923 году государство по своей форме преобразовалось в конституционную монархию. В 1973 году монархия была упразднена, и Афганистан в принятой позднее по советскому образцу Конституции 1977 года был провозглашен «демократической, независимой, единой Республикой»¹, хотя издержки монархизма сохранялись еще длительное время².

Согласно принятой под сильным влиянием США Конституции Афганистана 2004, Афганистан становится демократической республикой. Об этом свидетельствуют следующие обстоятельства. Прежде всего, это наименование государства: Исламская Республика Афганистан. Кроме того, в норме статьи 1 Конституции Афганистан провозглашается «исламским республиканским государством». Высшие органы государства (президент, парламент, правительство) являются выборными и сменяемыми, причем только парламент во всех без исключения республиках избирается непосредственно населением.

Современный Афганистан, согласно его Конституции, можно считать и президентской республикой. Во-первых, глава афганского государства — Президент — избирается непосредственно населением при получении более пятидесяти процентов голосов избирателей путем свободного, всеобщего, тайного, прямого голосования (ст. 61 Конституции). Во-вторых, президент обладает обширными полномочиями. Он стоит во главе государства и реализует свои полномочия в сферах исполнительной, законодательной и судебной власти в соответствии с требованиями Конституции (ст. 60 Конституции). Кроме того, президент фактически является главой исполнительной власти и руководит ответственным перед ним правительством (ст. 71 Конституции)³.

В принятой Конституции Афганистана в 2004 году блок прав и свобод, которому посвящена вторая глава под названием «Основные права граждан», в целом расширен по сравнению с предыдущими конституциями. Согласно статье 22 «граждане Афганистана в соответствии с законом имеют равные права и свободы», «все виды дискриминации и привилегий среди граждан Афганистана запрещены». Действующая Конституция провозгласила жизнь «божественным даром и естественным правом человека», а свободу — естественным правом человека, которое ограничивается только свободой других граждан и общественной целесообразностью, установленными законом (ст. 23—24). Среди прав и свобод, предоставляемых гражданам Конституцией, называются: активное и пассивное избирательное право (ст. 33), право на свободу слова (ст. 34), право на создание общественных объединений и политических партий (ст. 35), право собираться без оружия и проводить демонстрации (ст. 36), а также другие права.

Итак, если сравнить Конституцию Афганистана 2004 года с Конституционным законодательством США, то можно обнаружить принципиальное сходство в регулировании с помощью права организации верховной власти и наличии блока охраняемых прав и свобод. Иными словами можно сказать, что в данных вопросах правовая система Афганистана обладает элементами преемственности права по отношению к правовой системе США. Хотя права и свободы в рассмотренных конституциях имеют содержательные различия, но принципиально подобны. Конвергенция правовых систем в данном случае осуществляется в рамках общемирового процесса правовой глобализации, основанной на интегративной аккультурации или транснациональной правовой парадигме⁴.

В целом, подводя итог рассмотрению основ современного строя Афганистана, с уверенностью можно сказать, что, несмотря на то, что в целом действующая Конституция Афганистана 2004 года отражает исторически сложившиеся особенности, присущие конституционному праву страны, в закрепленном ею конституционном строе страны прослеживаются результаты иностранного влияния, прежде всего Соединенных Штатов Америки.

Обратимся еще к одному примеру конвергенции в форме преемственности правовой системе США, где присутствие государства и права этого государства более очевидно, это правовая система Республики Филиппины. В настоящее время в данном государстве действует Конституция, принятая в 1987 году.

Территория Филиппин, состоящая из более чем 7 тысяч островов, до конца 1930-х годов находилась в орбите американской модели колониальной конституционной юстиции, 4 июля 1946 года, когда после почти двухлетней борьбы с США, которые пытались затормозить освободительный процесс и возобновить полное господство над довоенными автономными Филиппинами — фактически одной из

¹ См: Конституция Афганистана 1977 г. // Официальная газета. — 1977. — № 360. — Ст. 20.

² См. об этом подробнее: *Сикоев Р.* Основной закон 2004 года в контексте афганского конституционализма // Азия и Африка сегодня. — 2004. — № 6.

³ Конституция Афганистана 1977 г. // Официальная газета. — 1977. — № 360. — Ст. 20.

⁴ *Третьякова О.Д.* Государственно-правовая имплантация как форма аккультурации // Вестник ВГПУ. — 2006. — Вып. 12. — С. 151—155.

самых больших колоний Вашингтона, президенты США и Филиппин в Маниле подписали соглашение о суверенитете Филиппинских островов. И хотя в соглашении им был навязан ряд принципиальных условий, выход на мировую арену независимой Республики Филиппины стал историческим фактом.

Однако при этом объектом конституционного контроля в новой республике оставалась Конституция 1935 года, которая изменялась парламентом Филиппин; эти изменения в 1939 и 1940 годах были утверждены президентом США и лишь в 1947 году — всенародным референдумом. Иными словами, сильное влияние США сохранялось и после разрушения колониальной зависимости Филиппин. Современная конституция Филиппин, продолжая традиции конституций 1935 и 1972 годов, предписывает создание и функционирование правовой системы по американскому образцу: четко проявляются три ветви власти; создан двухпалатный парламент, президент формирует ответственное перед ним правительство, имеется свой Билль о правах¹.

Анализ конституционного законодательства показывает, что форма правления Филиппин, сформированная под сильным внешним влиянием, преемственна форме правления США. Обеспечение прав человека на Филиппинах конституционно зафиксировано в статье III Конституции Филиппин, которая содержит Билль о правах. Нормы Билля охраняют человеческое достоинство, личную неприкосновенность и неприкосновенность жилища, неприкосновенность частной жизни и т. д. По форме и по названию филиппинский Билль о правах также преемственен американскому. По содержанию данные нормы в большей степени преемственны от Всеобщей декларации прав человека.

Таким образом, конвергенция права, в форме преемственности с учетом рассмотренных примеров, зависит от многих факторов, среди которых решающее значение имеют:

- а) тип и форма сближающихся правовых систем;
- б) степень экономической и политической развитости государств их носителей;
- в) степень совершенства самой правовой системы, с точки зрения юридической техники;
- г) практика реализации содержащихся в правовой системе предписаний.

¹ The Constitution of Philippines // Philippines NBI Clamps Down on Cyberthieves. — 2001. — 13 of June.

В.Ю. Туранин

Туранин Владислав Юрьевич — кандидат юридических наук, доцент, доцент кафедры трудового и предпринимательского права Национального исследовательского университета «Белгородский государственный университет», депутат Земского собрания Белгородского района Белгородской области

Преемственность в формировании современной юридической терминологической системы: сущность и значение

Юридическая терминологическая система представляет собой структурно упорядоченное множество юридических терминов, используемых в юридическом языке, характеризующееся иерархичностью в построении, существующее во взаимосвязи и взаимозависимости, цикличное в своем развитии.

Формирование юридической терминологической системы, как и всякой системы, включает ряд этапов: возникновение, становление, период зрелости, преобразование.

Возникновение и становление, скорее всего, необходимо рассматривать как прогрессивное изменение системы, своеобразный процесс ее внутренней и внешней организации. Период зрелости характеризует ее относительно устойчивое состояние, вместе с тем, в юридической терминологической системе продолжается постоянная диффузия терминологического материала, что и обуславливает ее дальнейшее развитие. О достижении системой зрелости свидетельствует устойчивость элементов, прочные связи, установленные между ними. Для этого нужна стабильность в развитии государства, четко определенный круг общественных отношений, урегулированных с помощью правовых норм. Период зрелости юридической терминологической системы — это ее пик, восхождение к которому всегда сопряжено с движением от различных ошибок законотворчества, пробелов в правовом регулировании к необходимой эффективности норм права, терминологической логике. Стадия преобразования, в свою очередь, отражает процесс дезорганизации юридической терминологической системы. Преобразование системы может происходить путем деления либо разложения.

Отметим, что совокупность перечисленных этапов составляет единый исторический цикл, пройдя который система начинает новую стадию своего развития. Причем она остается той же самой системой, с теми же самыми признаками, сохраняя в своем перманентном движении актуальные для соответствующего этапа развития элементы, наращивая их количественный состав за счет новых единиц, и освобождаясь от архаичных, потерявших актуальность элементов. Она остается системой вообще, рождая с каждым новым циклом своего развития своеобразные подсистемы, которые, при этом, по отношению друг к другу являются самостоятельными системами. В результате складывается своеобразная иерархия юридических терминологических систем, в которой глобальная система включает в себя отдельные подсистемы менее высокого уровня. Это ярко можно проследить на примере законодательной терминологической системы, цикличность формирования которой напрямую зависит от исторических этапов становления российского общества и государства.

Мы можем, например, воспринимать в качестве совершенно самостоятельной законодательной терминологической системы терминологию советских законов, однако это не дает нам повода видеть в ней некий объект, абсолютно не связанный с существовавшими до нее терминами и соответствующими им понятиями. Наоборот, одна терминологическая система вырастает из другой, являясь итогом формирования новых юридических понятий. Поэтому даже при самых резких поворотах истории, ломке прежних общественных отношений, абсолютное низвержение терминологической системы невозможно. Некоторый элементный состав все равно сохраняется и продолжает свое функционирование, и в этом проявляясь суть *преемственности* в формировании юридической терминологической системы.

В.А. Кругликов отмечает, что преемственность — это «особый механизм “памяти общества”, который осуществляет накопление и хранение культурной информации прошлого, на основе которой создаются новые ценности»¹.

По отношению к праву Н. Неновски различает преемственность «по вертикали» (во времени) и «по горизонтали» (в пространстве). Преемственность во времени, по его мнению, означает сохранение элементов при переходе в новые качественные состояния одной и той же национальной правовой системы. Преемственность в пространстве заключается в восприятии прошлого правового опыта других государств². Данную концепцию можно применить и к юридической терминологической сис-

¹ Большая советская энциклопедия: В 30 т. — М., 1975. — Т. 20. — С. 514.

² Неновски Н. Преемственность в праве / Пер. с болг. — М., 1977.

теме: преемственность «по вертикали» — это сохранение терминов при переходе от одной юридической терминологической системы к другой в рамках развития русского юридического языка, а преемственность «по горизонтали» — это восприятие отечественной терминологической системой элементов, используемых в юридическом языке других государств, с помощью рецепции.

Таким образом, возникновение любой новой юридической терминологической системы не есть переход из «ничто в нечто», это переход терминологической материи, находившейся в одной форме движения, в другую форму материального движения, причем предыдущая форма в определенном виде сохраняется в последующей. Здесь можно провести аналогию с законом сохранения энергии, сформулированным М.В. Ломоносовым: «Энергия не исчезает и не появляется вновь, но переходит из одной формы в другую».

Формами преемственности «по вертикали» по отношению к юридической терминологической системе являются трансформация, реанимация и последовательное развитие юридических терминов.

Трансформация юридических терминов обусловлена изменением формы при одинаковом содержании. Например, появление в тексте Судебника 1497 года термина «лихое дело» (ст. 8)¹, а в тексте Указа Петра I о единонаследии 1714 года термина «преступление»² — это два события, при этом, одно «выросло» из другого. Словно создавая логическую связь между различными эпохами, термин «лихое дело» дал толчок к происхождению нового термина — «преступление», который используется и поныне. Соответственно, это яркий пример терминологической трансформации в рамках единого юридического понятия.

Появление же в современном юридическом языке таких терминов, как «коммерческий банк» или «душеприказчик» — это уже примеры терминологической реанимации, когда соответствующие термины, активно использовавшиеся в языке российского законодательства XIX века и удаленные из языка законов советского периода, вновь стали востребованными в настоящее время.

В рамках процесса последовательного развития происходит уточнение смысла юридических терминов, пересмотр их системных связей и реализация в новых условиях. При этом нет перерывов в использовании тех или иных терминов, они задействованы перманентно, вне зависимости от государственного строя и иных внешних факторов. К примеру, в современные нормативные правовые акты перешли такие юридические термины, как «имущество», «истец», «ответчик», которые постоянно употребляются в юридическом языке уже на протяжении нескольких столетий. Они более других свидетельствуют о логической взаимосвязи времен и традициях русского юридического языка.

Преемственность в формировании юридической терминологической системы не отрицает и ее исторического очищения, а также появления новых элементов (терминов). Ведь если бы данные процессы не имели места в развитии юридической терминологии, то потерялась бы сама возможность преемственности, поскольку юридический язык стал бы отставать от формирования общественных отношений.

При историческом очищении в юридической терминологической системе остаются только наиболее устойчивые и востребованные элементы. В первую очередь, исчезают термины, потерявшие актуальность в связи со сменой общественной формации, а затем уже происходит фильтрация остальных терминов на предмет их соответствия новым реалиям. Например, с разрушением советского государственного строя одними из первых прекратили свое существование такие юридические термины, как «нетрудовой доход», «социалистическая собственность», которые были соотносимы только с данной исторической эпохой.

Определяя значение преемственности в формировании современной юридической терминологической системы немаловажно выявить те логико-правовые обстоятельства, которые непосредственно влияют на появление новых терминов. Полагаем, что в данном случае можно говорить о двух таких обстоятельствах (факторах):

1) необходимость выразить сущность нового правового явления или процесса;

2) потребность в его языковом обозначении, то есть преобразование юридической мысли в норму права.

Появление каждого нового правового явления или процесса априори предполагает его понятийную основу, выражаемую затем с помощью юридических терминов. Такая взаимосвязь существовала всегда, ведь, например, с появлением на Руси института личной зависимости, сразу же образовалось и его наименование — «кабала». Сформировались соответствующие виды — «служилая кабала», «заемная кабала», «жилая запись»³. Встала необходимость определить виды преступлений — появилась соответствующая терминология — «татьба», «ябедничество», «душегубство» и т. д. Возникли наследственные отношения — сформировались термины «задница», «безадница», «отморщина», «ближник»,

¹ Российское законодательство X—XX веков: тексты и комментарии: В 9 т. — М., 1984. — Т. 2. — С. 55, 68.

² Там же. — Т. 4. — С. 320.

³ Ключевский В. О. Сочинения: В 9 т. / Под ред. В.Л. Янина. — М., 1989. — Т. VI: Специальные курсы. Терминология русской истории. — С. 129—132.

«обряжение», «рукописание», которые отражали суть данного правового института, служили для передачи соответствующей правовой информации¹.

Очередной (современный) цикл развития юридической терминологической системы связан с кардинальным обновлением существовавших доселе общественных отношений и внедрением новых терминов.

Формирование современной юридической терминологии происходит весьма активно, отражая своими темпами роста общие тенденции законодательного движения, связанного с ежегодным увеличением числа действующих законов. Об оправданности такого скоростного пути, скорее всего, нужно говорить с определенной оговоркой, поскольку количество внедряемых терминологических новаций далеко не всегда свидетельствует о повышении, или хотя бы сохранении, качества законов. Современное российское законодательство страдает порой «необоснованностью введения новых терминов, что в свою очередь порождает разночтения и противоречия...»². В этой связи, И.Л. Бачило пишет об опасности процесса выведения из текста закона уже устоявшихся юридических терминов, доказывая свое мнение на примере ситуации, сложившейся вокруг утраты в новом Федеральном законе «Об информации, информационных технологиях и о защите информации» термина «информационные ресурсы», замены в информационной сфере терминов «собственник» и «владелец» термином «обладатель»³.

Преемственность «по горизонтали» по отношению к юридической терминологической системе связана с появлением в ней тех или иных заимствованных терминов.

Отметим, что терминологическое наполнение юридического языка уже с самых древних времен происходило с помощью рецепции, являвшейся одним из основных способов формулирования нормативных предписаний.

Первоначально термины заимствовались в основном из греческого, а также из тюркских и скандинавских языков. С.П. Хижняк обращает внимание на то, что «уже в XI—XII веках в русской терминологии права появляются заимствования из различных языков: греческого («ересь», «игумен», «грамота», «епископ», «архимандрит»), немецкого («мыто»), скандинавских («гридь», «тиун»), тюркских («боярин», «кабала»)»⁴. На последующих этапах становления юридического языка, примерно с начала XVII века, в России среди заимствований устанавливается своеобразная «диктатура» терминов, имеющих латинские корни. Большинство из них были прямо рецепированы из римского права, которое представляло собой исторически высокое достижение в области юридической техники. Когда-то римское право называли «писаным разумом» (*ratio scripta*). В отечественных нормативных актах XVII — XVIII веков появились такие латинизмы, как «апелляция», «инструкция», «фамилия»⁵.

Разумеется, современное право ушло далеко вперед во всех областях регламентации общественных отношений, однако и многие новейшие правовые нормы описываются с помощью терминов, разработанных именно в римском праве.

Значение римского права для становления отечественной юридической терминологической системы неопределимо. По мнению С.С. Алексеева, «то обстоятельство, что классификации, формулы, термины, выработанные две тысячи лет тому назад в Древнем Риме (и в не меньшей мере характерный для римского общества «дух права»), сохранились и имеют существенное значение в правовой жизни современного общества, — факт поразительный. По сути дела, перед нами живой, первозданный элемент культуры античности, перешагнувший через тысячелетия...»⁶. Войдя через рецепцию в практику средневековых государств, в том числе и России, римское право оказало огромное влияние и на все последующие источники права, преимущественно, гражданского. В связи с этим И.Б. Новицкий отмечает, что «ряд терминов и понятий, укоренившихся в юридической теории и практике... могут быть наилучшим образом усвоены лишь при изучении их у самого истока образования»⁷.

Количество заимствований на различных этапах развития российского государства и права варьировалось в зависимости от различных факторов, в том числе идейно-политических, экономических, социальных. Так, например, значительное усиление процесса рецепции понятий и их наименований наблюдалось в период правления Петра I. С.П. Хижняк указывает на то, что «особенно многочисленны

¹ См.: *Исаев М.А.* Толковый словарь древнерусских юридических терминов: от договоров с Византией до уставных грамот Московского государства. — М., 2001.

² Постановление Совета Федерации Федерального Собрания РФ от 11 марта 2005 года № 67-СФ «О докладе Совета Федерации Федерального Собрания Российской Федерации 2004 года «О состоянии законодательства в Российской Федерации» // *Собрание законодательства РФ*. — 2005. — № 12. — Ст. 975.

³ *Бачило И.Л.* О методологии и юридической технике законотворчества // *Государство и право*. — 2006. — № 6. — С. 17.

⁴ *Хижняк С.П.* Юридическая терминология: формирование и состав / Под ред. Л.И. Баранниковой. — Саратов, 1997. — С. 79.

⁵ Там же. — С. 80.

⁶ *Алексеев С.С.* Восхождение к праву. Поиски и решения. — М., 2001. — С. 592—593.

⁷ *Новицкий И.Б.* Римское право. — М., 1997. — С. 12.

в Петровскую эпоху были заимствования номенов из немецкого языка («комендант», «полицмейстер», «ратман»). Заимствуются и многие латинизмы через посредство немецкого, польского, французского и английского языков («артикул», «аудитор», «ассессор», «адвокат», «арбитр», «дуэль», «юстиция»), а также французские термины («арбитраж», «департамент»)». Исследователи связывают данное обстоятельство с политическими воззрениями Петра, в первую очередь, с направленностью на интеграцию России и западных держав, а также с новыми экономическими веяниями, появившимися в период его правления.

Следующая волна заимствований пришла на первые правовые источники советского государства, так как в послереволюционные годы наблюдалась катастрофическая нехватка наименований для новых понятий, характерных для «новой жизни». В качестве примеров можно привести такие термины, как «концессия» (от лат. *concessio* — решение, уступка), «конфискация» (лат. *confiscatio*), «кредитор» (лат. *creditor*), «коносамент» (франц. *connaissement*).

Всплески активности проникновения заимствованных терминов в юридический язык происходят при примерно схожих обстоятельствах. Толчком к рецепции служат перемены в общественном строе страны, обновление институтов и норм права, появление новых видов общественных отношений.

Этап становления современной российской юридической терминологической системы также характеризуется активной рецепцией иностранных терминов. В период постсоветского развития отечественного права рецепции подверглись такие юридические термины, как «аваль» (франц. *aval*), «акцепт» (от лат. *acceptus* — принятый), «бенефициар» (от лат. *beneficium* — благодеяние), «ипотека» (греч. *hypothekē* — залог, заклад), «кондоминиум» (лат. *condominium*), «оферта» (от лат. *offertus* — предложенный), «сервитут» (от лат. *servitus* — обязанность, обязательство, повинность), и целый ряд других.

При этом важно заметить, что исследуемый вид преемственности (преемственность в пространстве) должен корреспондировать преемственности во времени. Речь идет о том, что, внедряя новые заимствованные юридические термины, следует исходить, прежде всего, из принципа причинения наименьшего вреда. Ведь в данном случае можно как эффективно модернизировать существующую терминологическую систему, так и создать в ней дополнительное (может быть, лишнее) звено.

В каждой конкретной ситуации должна присутствовать всесторонняя оценка уже используемой юридической терминологии, в первую очередь, с позиции устойчивости употребления каждого термина, являющегося частью юридической терминологической системы. Здесь можно привести актуальное высказывание С.В. Полениной, касающееся особенностей функционирования системы законодательства, но вполне применимое и к юридической терминологической системе: «Специфика построения и развития системы законодательства заключается в том, что при принятии каждого нового нормативного акта законодатель должен исходить не только из характера решаемых им задач, но и учитывать такой фактор, как наличие на момент принятия данного акта определенной системы действующего законодательства»². Кроме того, А.П. Заец справедливо замечает, что «нормативное правовое регулирование лишь тогда может быть эффективным, когда осуществляется на основе согласованных предписаний, надлежащим образом взаимодействующих между собой»³. Поэтому важно осознавать и то, что в любой системе важна согласованность элементов. В частности, согласованность юридических терминов является таким их состоянием, которое характеризуется внутренним единством, взаимообусловленностью и взаимозависимостью.

Учитывая изложенное, отметим, что преемственность играет важную роль в формировании современной юридической терминологической системы. Ю.А. Тихомиров, рассуждая о правопреемственности, замечает, что «каждому периоду человеческой истории свойственно сохранение правового наследия и его приумножение. Правопреемственность — внутри и вовне государства — обеспечивает непрерывность действия права и ту связь явлений и процессов, которая необходима для устойчивости общества, государства и нормальной жизнедеятельности граждан»⁴. В свою очередь, терминологическая преемственность обеспечивает последовательность и устойчивость формирования юридической терминологической системы. Поэтому в тексте каждого источника российского права необходим *терминологический баланс*, основанный на принципе разумного сочетания актуальных юридических терминов, существовавших ранее, и терминологических новаций, выражающих новые понятия, характерных для конкретного исторического этапа развития нашего государства.

¹ Хижняк С.П. Юридическая терминология: формирование и состав / Под ред. Л.И. Баранниковой. — Саратов, 1997. — С. 81.

² Поленина С.В. Теоретические проблемы системы советского законодательства. — М., 1979. — С. 15.

³ Заец А.П. Система советского законодательства (проблема согласованности). — Киев, 1987. — С. 38.

⁴ Тихомиров Ю.А. Курс сравнительного правоведения. — М., 1996. — С. 247.

Е.В. Федосова

Федосова Елена Викторовна — адъюнкт кафедры государственно-правовых дисциплин Нижегородской академии МВД России

**Развитие правового регулирования статуса лиц,
страдающих психическими расстройствами
(к вопросу о правопреемственности)**

Согласно нормам современного российского законодательства¹, лица, страдающие психическими расстройствами (душевнобольные) имеют все права и свободы, характерные для здоровых граждан. Тем не менее, правоспособность, являясь особым субъективным правом абсолютного типа, все же не является универсальной — она зависит от субъекта, поскольку, фактически, набор гражданских прав и обязанностей каждого лица различен. Не все лица, потенциально обладающие равными возможностями, способны одинаково полноценно осуществлять свои права и обязанности в соответствии с законом, то есть быть полностью дееспособными гражданами. По мнению С.М. Корнеева, категория дееспособности граждан представляет большую ценность в силу того, что является юридическим средством выражения свободы личности в сфере имущественных и личных неимущественных отношений².

Говоря о правовом статусе лиц, страдающих психическими расстройствами, необходимо рассмотреть особенности элементов их правосубъектности: право-, дееспособности. Кроме того, интересно проследить историю развития правосубъектности этих лиц, сравнить с современным ее пониманием.

Первые нормы отечественного законодательства о душевнобольных во многом были заимствованы из римского права, и, в том или ином виде, присутствуют и в современном российском праве.

Отметим, что современное понимание право- и дееспособности отличается от их предствления в римском и дореволюционном российском праве, где отсутствовали четкие критерии разграничения этих понятий и, как следствие, происходило их смешение. Д.М. Азаревич отмечал: «...римляне не знали общетеоретического различия между право- и дееспособностью»³. Эта мысль прослеживается у И.Б. Новицкого, который определяет правоспособность у римлян как надстроечное явление на базисе экономических отношений общества, а не природное свойство человека⁴. Такое понимание правоспособности вытекает из рабовладельческого характера общественного устройства в Древнем Риме, где достаточно многочисленный класс людей (рабов), имевших статус говорящих орудий (*instrumentumvocal*), являлись не субъектами, а объектами прав.

Полная правоспособность римских граждан слагалась из трех элементов: состояния свободы, состояния гражданства, семейного состояния. Изменение в каком-либо из этих состояний влекло наивысшую, среднюю, либо наименьшую степень ограничения правоспособности соответственно⁵. Развитие экономических отношений впоследствии повлияло на регламентацию правоспособности: с течением времени установилось формальное равенство свободных людей в области частного права.

В римском праве душевнобольные⁶ были лишены гражданской дееспособности, вследствие чего над ними устанавливались опека, либо попечительство, в зависимости от степени расстройства умственных способностей лица. Дифференцированный подход к определению степени расстройства умственных способностей лица представляется обоснованным, поскольку целесообразным представляется полностью отстранить от гражданской деятельности только тех лиц, которые не могут осознавать характер своих действий и руководить ими, тем самым могут причинить своими действиями вред себе, либо другим лицам. Поэтому учреждение опекунства являлось необходимым при тяжелых формах психического расстройства, обладающего характером устойчивости.

¹ См.: Конституция Российской Федерации от 12 декабря 1993 года — Ст. 19 // Российская газета. — 1993. — 25 декабря; Гражданский кодекс Российской Федерации от 30 ноября 1994 года № 51-ФЗ. — Часть I. — Ст. 1, 17, 21—22, 29—30 // Российская газета. — 1994. — от 8 декабря.

² Алексеев С.С. Комментарий к Гражданскому кодексу РФ / С.С. Алексеев, А.С. Васильев, В.В. Голофаев, Б.М. Гонгалов / Под ред. С.А. Степанова. — 2-е изд., перераб. и доп. — 2010.

³ См. Азаревич Д. О различии опеки и попечительства по римскому праву. — СПб., 1872. — С. 1.

⁴ См.: Новицкий И.Б. Римское право. — 7-е изд., стереотип. — 2006. — С. 58.

⁵ Институции Юстиниана / Пер. с латинского Д. Расспера; Под ред. Л.Л. Кофанова, В.А. Томсинова. — Серия «Памятники римского права». — М., 1998. — С. 53.

⁶ Термины «душевнобольные» или «слабоумные» в римском праве являлись синонимами и обозначали категорию лиц, которую в современном законодательстве именуют лицами, страдающими психическими расстройствами.

Физические недостатки влияли на ограничение дееспособности в определенной сфере деятельности. Например, поскольку договор стипуляции совершался в форме устного вопроса и ответа, то его не могли совершать лица, страдающие глухотой или немотой¹. В таких случаях назначался попечитель, не заменявший собою личность глухонемого, а лишь восполнявший отдельные функции, которые последний, в силу своей болезни, не мог совершить самостоятельно.

Слабоумные не могли вступать в какие-либо гражданские сделки, заключать договоры, приобретать имущество, принимать наследство, завещать, быть свидетелем завещания². Между тем все права, как семейственные, так по состоянию и имуществу, сохранялись за ними до выздоровления и возвращались неприкосновенными.

Опеку над душевнобольными могло учреждать только правительство по требованию любого родственника больного. С момента назначения опеки больной считался правоспособным и в этом отношении по своему статусу приравнивался к малолетним детям до 7 лет (*infantes*).

Отметим, что изменение основания для учреждения опеки над одним и тем же лицом не влекло ее переназначения. Например, если опека устанавливалась по причине малолетства, а потом у подопечного обнаруживалось психическое заболевание, продолжала действовать первоначальная опека. Опекунами к душевнобольным назначались ближайшие родственники по восходящей, нисходящей и боковой линиям: к отцу — сын, брату — брат. К женщинам опека не назначалась, поскольку они находились под властью мужа, который являлся одновременно попечителем над имуществом жены в случае получения последней наследства. Если у душевнобольного имелись несовершеннолетние дети, то они находились под той же опекой, что и отец.

Все юридические акты, совершенные лицом в период болезни, признавались недействительными. Исключения составляли акты, заключенные в период так называемых «светлых промежутков», когда болезнь отступала, и человек находился в здравом уме, вполне отдавая отчет своим действиям.

Таковы основные положения римского права, касающиеся душевнобольных, совокупность которых позволяет сделать следующий вывод. Наличие душевной болезни влекло учреждение над лицом опеки или попечительства, в зависимости от степени характера умственного расстройства. В случае назначения опеки лицо признавалось правоспособным, что влекло недействительность всех заключенных им актов. При этом, римское право признавало частичное возвращение правоспособности в момент «светлых промежутков», когда лицо могло действовать самостоятельно и даже совершать определенный круг бытовых сделок.

В России комплексное законодательство об опеке над душевнобольными было сформировано во второй половине XIX века, когда в результате массовой кодификации был создан Свод законов Российской империи. Отдельные узаконения в отношении безумных и сумасшедших были переработаны и включены в главу 2 раздела 3 книги 1 тома 10 Свода законов гражданских³.

Первое узаконение о душевнобольных относится ко второй половине XVII века. В 1677 году был принят указ⁴, который ограничивал права «глупых и пьяниц» по распоряжению своими поместьями. Интересно, что глухих, слепых и немых эти ограничения не касались, им предоставлялось право «сдавать свои поместья вольно». При этом наличие болезни могло быть констатировано только после проведения соответствующего освидетельствования в каждом конкретном случае («их разыскивать... и поступки справливать»). Таким образом, российское законодательство переняло идею римского права об ограничении дееспособности душевнобольных, первоначально выразившееся в ограничении свободы распоряжения недвижимым имуществом, поскольку целостность поместий являлась основой приоритетного статуса землевладельцев.

Длительное время характерной чертой российского законодательства о душевнобольных являлось отсутствие четко сформулированных понятий, характеризующих лиц, страдающих психическими расстройствами. Встречались разные наименования в отдельных указах: слабоумные, душевнобольные, безумные, сумасшедшие, умалишенные, глупые. В результате анализа юридических норм, правоприменительной практики, научных трудов в отношении душевнобольных складывается следующее представление по поводу рассматриваемых понятий. Под душевнобольными, также их называли глупыми, подразумевались все лица, страдающие психическими расстройствами, они делились на две категории: безумные и сумасшедшие. По закону, безумными признавались «не имеющие рассудка с самого их младенчества»⁵. Сумасшедшими являлись лица, «чье безумие происходит от случайных причин» (например, вследствие душевных страданий)⁶. Таким образом, критерием разделения душевнобольных на безумных и сумасшедших служил момент возникновения болезни: либо человек страдал

¹ См.: Новицкий И.Б. Римское право. — 7-е изд., стереотип. — 2006. — С. 62.

² Исаченко В.Л. Лица в договоре. Душевнобольные // Юридический вестник. — 1883. — № 6 — С. 280.

³ СЗРИ. — Т. X. — Ст. 365—382. — СПб, 1900.

⁴ ПСЗ 1 — № 700. — Ст. 527.

⁵ СЗРИ. — Т. X. — Ч. 1. — Ст. 365.

⁶ Исаченко В.Л. Лица в договоре. Душевнобольные // Юридический вестник. — 1883. — № 6 — С. 298.

заболеванием с самого рождения (*был без ума*), либо родился здоровым, но приобрел его в течение жизни (*с ума сошел*). Тем не менее, термины «безумие» и «сумасшествие» не охватывали всех видов душевных болезней, что вынуждало судебную практику распространять эти понятия на случаи временного помешательства и слабоумия. Такое терминологическое разнообразие создавало дополнительные проблемы в правовом регулировании, особо проявляющиеся в деятельности судов.

Законодатель по-разному относился к указанным категориям душевнобольных с точки зрения регламентации их правового статуса, поскольку их восприятие объективной действительности не было идентичным: первые, за редким исключением, практически не имели шанса на выздоровление, в связи с чем находились под опекой пожизненно, а психическое расстройство вторых зачастую носило временный характер помешательства и в моменты выздоровления такие лица могли осуществлять свои права полностью или частично. Здесь прослеживается влияние римского права, признававшего «светлые промежутки» во время болезни.

Так, в Указе Петра I от 6 апреля 1722 года, который отстранял «дураков» от гражданской деятельности, как лиц, вредных для государства («доброе наследие в государственной пользе надеяться не можно от них»), под «дураками» подразумевались безумные, о чем свидетельствует формулировка: «которые ни в науку, ни в службу не годились и впредь не годятся»¹. Для сумасшедших же («сумасбродных или под видом изумления бываемых»²) возможно выздоровление, а, следовательно, возвращение к полноценной деятельности в качестве субъекта гражданских правоотношений.

Далее, в 1723 году, принимаются указы о запрещении посылать сумасшедших в монастыри³ и об освидетельствовании «дураков» в Сенате⁴. Следует отметить, что участие высшего государственного органа в освидетельствовании являлось мерой, направленной на ограждение в большей степени интересов государственной службы, нежели самих душевнобольных. Служилый характер общественных отношений требовал защитного механизма, направленного на пресечение уклонения от служебных обязанностей под предлогом душевной болезни.

Анализируя законотворческую деятельность Петра I в отношении душевнобольных, мы приходим к следующим выводам. Меры в отношении душевнобольных, в своей прерогативе, были направлены на защиту государственных интересов, что подтверждалось участием государства, в лице своего высшего органа, в процедуре освидетельствования, а также идея об ограничении душевнобольных в правах по распоряжению своими поместьями. Была разработана идея о градации душевнобольных в зависимости от степени психического расстройства. Основанием признания лица безумным или сумасшедшим являлась формальная процедура освидетельствования. Вопрос о лишении душевнобольных дееспособности находился на разрешении Сената на основании заключения присутствующих мест.

Далее, в течение почти 40 лет не было издано ни одного закона, касающегося безумных или сумасшедших. Только в 1762 году постановлением⁵ Сената было изменено отношение к душевнобольным в сторону увеличения заботы о них, вопреки ранее сложившемуся как к вредителям государству. Согласно указанному постановлению, безумным возвращались юридические права на принадлежащее им имущество.

Вскоре государство признало необходимой мерой помещение таких лиц в специальные учреждения (долгаузы), в связи с чем был издан ряд узаконений⁶, регламентировавших общий порядок выбора места для строительства (в каждой губернии по два — для женщин и мужчин), правовой статус таких учреждений, условия помещения больных и надзора за ними. Кроме того, жителям Петербурга было предписано сообщать в полицию, при обнаружении у своих родственников признаков психического расстройства, в противном случае они подвергались штрафу и должны были возмещать убытки, причиненные безумными⁷.

Указом от 27 октября 1767⁸ года безумные, по своему статусу, приравниваются к малолетним, теперь для них требовалось представительство ближайших родственников. Кроме того, Указ предписывал обязательное освидетельствование в Сенате не только для безумных, но и сумасшедших. Данная мера являлась способом пресечения преднамеренного уклонения от исполнения обязательств путем объявления о своей душевной болезни (ложной) и, соответственно, невозможности отвечать по долгам. С этой же целью Павел I издает указ⁹, который признает законными только опеки, установленные над малолетними и душевнобольными.

¹ Исаченко В.Л. Лица в договоре. Душевнобольные // Юридический вестник. — 1883. — № 6 — С. 299.

² ПСЗ 1. — № 4296.

³ ПСЗ 1. — № 4296.

⁴ ПСЗ 1. — № 4385.

⁵ ПСЗ 1. — № 11509.

⁶ См.: ПСЗ 1. — № 11647, 14061, 14392.

⁷ ПСЗ 1. — № 12754.

⁸ ПСЗ 1. — № 12994.

⁹ ПСЗ 1. — № 18090.

Дальнейшее свое развитие законодательство о душевнобольных получило в XIX веке. Деятельность государственных органов в данном направлении преследовала цель создать общие правила, регулирующие учреждение опеки над душевнобольными и их имуществом, на основе анализа и обобщения частных случаев, о чем говорилось в Указе от 15 октября 1841 года «О единообразном исполнении существующих узаконений об умалишенных»¹. Большая их часть касалась формальной стороны процедуры освидетельствования: места, времени, оснований и порядка², уполномоченных лиц³. Так, Указом от 8 июня 1815⁴ года было установлено правило, в соответствии с которым сумасшедшие проходили освидетельствование не в Сенате, как безумные, а в губернских городах через врачебное отделение губернского правления⁵. Устанавливалось обязательное участие губернатора, вице-губернатора, председателя окружного суда, прокурора или их товарищей, почетного мирового судьи и, смотря по состоянию исследуемого, управляющего казенной палатой, губернского или двух уездных предводителей дворянства, председателя сиротского суда с членом, депутата от военного ведомства, председателя коммерческого суда в портовых городах⁶. Сама процедура освидетельствования происходила в присутственном месте или на дому и заключалась в вопросах, обращенных к больному по предметам его быта и обыкновенных обстоятельств⁷, подлежала обязательному протоколированию. Отметим, что заключение Присутствия о болезни давало основание только для принятия мер призрения, а отнюдь не означало признания недееспособности больного и установления над ним опеки. В качестве окончательной инстанции выступал Сенат, который разрешал вопросы о признании больного недееспособным, подобно малолетнему, и необходимости учреждения опекунства. По отношению к крестьянам, в соответствии со статьей 374 Законов гражданских, решающую инстанцию составляют губернские правления.

Впоследствии, в примечании к статье 367 Свода законов гражданских издания 1900 года, которая была образована из положений указов 1723 и 1815 годов, оговаривалось, что безумные и сумасшедшие, не совершившие преступления, могут быть подвергнуты освидетельствованию в установленном порядке только по требованию их родственников, опекунов, попечителей или наследников. В случае, когда душевнобольные помещались в частные лечебные учреждения без предварительного формального их освидетельствования, начальство таких учреждений обязывалось сообщать о данных фактах в местные медицинские учреждения, руководство которых в свою очередь уведомляло губернатора. Данная мера, как представляется, была принята в целях защиты прав душевнобольных, ограждая их от неправомерного помещения в лечебные учреждения, когда болезнь этого не требует.

Следует отметить, что в законодательствах западноевропейских государств сформировалось два подхода к освидетельствованию душевнобольных. В соответствии с первым все сделки, совершенные лицом после официального признания его душевнобольным, признаются недействительными, даже если очевидно, что в момент ее совершения лицо находилось в здравом уме. И, наоборот, без официального освидетельствования никто не может быть ограничен в правах по распоряжению своим имуществом, и ни одна сделка не может быть уничтожена, хотя бы и очевидно, что она совершена в припадке помешательства. Эта позиция нашла свое отражение в Решении Правительствующего Сената № 19 от 1869 года, в соответствии с которым за основание лишения правоспособности принималось формальное освидетельствование, а не сам факт болезни. В дальнейшем стало ясно, что данное правило не соответствовало объективной реальности, придавая формализму приоритетное значение. Поэтому следующим Решением Сената № 235 того же года душевнобольные признавались неправомерными, независимо от прохождения процедуры формального освидетельствования. Нам представляется более рациональным последнее решение, поскольку явные признаки умственного расстройства сами по себе свидетельствуют о наличии болезни, а процедура освидетельствования является достаточно длительным процессом, поэтому в момент времени, когда болезнь уже наступила, а процедура еще не проведена, лицо не должно считаться формально дееспособным, при реальной его неспособности отдавать отчет своим действиям и руководить ими.

Сторонники второго подхода считают, что учреждение опеки влечет ограничение дееспособности только по отношению распоряжения своим имуществом, остальные сделки могут признаваться действительными, если они совершены в здравом уме. Наше законодательство занимает промежуточную позицию — оно не признает светлых промежутков по отношению к возмездным актам. Сделки, заключенные душевнобольным в свою пользу, могут признаваться действительными⁸.

¹ ПСЗ 2. — № 14932.

² ПСЗ 2. — № 21758.

³ ПСЗ 2. — № 15537, 24662.

⁴ ПСЗ 2. — № 25876.

⁵ ПСЗ 2. — № 9726.

⁶ СЗРИ. — Т. X. — Ч. 1. — Ст. 368.

⁷ СЗРИ. — Т. X. — Ч. 1. — Ст. 373.

⁸ См.: Исаченко В.Л. Лица в договоре. Душевнобольные // Юридический вестник. — 1883. — № 6 — С. 290—292.

По общему правилу, безумные и сумасшедшие отдавались под присмотр их ближайшим родственникам, либо, в случае отказа последних, в специальные дома для умалишенных, а их имущество — в управление наследникам, обязанностью которых являлось сохранение полученных от него доходов, за исключением издержек, с запретом продажи или залога какой-либо части при жизни владельца¹. Тогда же происходила потеря дееспособности.

С течением времени возникла необходимость на законодательном уровне урегулировать процесс возвращения бывшему больному гражданской дееспособности, поскольку закон не предусматривал случаи выздоровления². Впоследствии, Указ от 30 октября 1834³ года устанавливал пределы неправоиспособности умалишенных, которая могла быть восстановлена только по результатам официального освидетельствования врачебного учреждения, давшего заключение о наличии психического расстройства у данного лица. Эта мысль повторялась в законах «О силе и действии земской давности»⁴ от 23 апреля 1845 года, по которому официальное признание лица душевнобольным признается за конец его правоспособности, и «О дополнении законов относительно прекращения действия доверенности»⁵ от 28 декабря 1858 года, в соответствии с которым действие доверенности прекращается признанием доверителя или поверенного сумасшедшим.

Статья 378 Свода законов гражданских предусматривала полную свободу действий лица, прошедшего медицинское освидетельствование и признанного здоровым, в период времени, когда заключение о его выздоровлении находилось на рассмотрении в Сенате для принятия окончательного решения. Лишь имение такого лица продолжало оставаться под опекой.

Опека над безумными и сумасшедшими устанавливалась до их выздоровления, в случае, если его не наступало — пожизненно; над глухонемыми и немыми — до полного совершеннолетия (21 года). По достижении указанного возраста проводилось освидетельствование и, если глухонемые (немые) признавались способными к самостоятельной гражданской деятельности, они становились полностью дееспособными. В противном случае над ними учреждалось дальнейшее попечительство (при частичной самостоятельности или опека (в случае полной неспособности выразить свою волю)⁶.

Наличие болезни являлось основанием признания лица недееспособным и влекло за собой отсутствие ответственности больного за свои действия⁷.

Таким образом, наше законодательство предусматривало ряд ограничений для безумных и сумасшедших: 1) по своему статусу они приравнивались к малолетним, то есть являлись недееспособными; 2) над личностью душевнобольных учреждалась опека родственников, либо специализированных врачебных учреждений, а их имущество находилось в опекуновском управлении ближайших наследников; 3) запрет вступать в брак, но при этом состояние в браке на момент признания болезни не являлось основанием его расторжения⁸; 4) все гражданские акты, заключенные безумными или сумасшедшими без участия опекуна, признавались недействительными; 5) не могли составлять завещания⁹, быть тяжущимися сторонами, участвовать в уголовном¹⁰ и гражданском¹¹ судопроизводстве в качестве свидетелей.

Таким образом, в течение 150 лет, начиная с Указа 1722 года и, заканчивая Судебными уставами 1864 года, наше законодательство под недееспособными подразумевало не только лиц, официально признанных душевнобольными и прошедшими освидетельствование в установленном порядке, но и тех, кто явно страдали душевными недугами, хотя и не были формально освидетельствованы.

По итогам рассмотрения законодательства XVIII — XIX веков о душевнобольных, мы приходим к выводу, что оно во многом основано на соответствующих положениях римского права, откуда были заимствованы идеи об их гражданской недееспособности, отсутствии личной ответственности, недействительности совершенных ими юридических актов, формальном освидетельствовании как основания признания недееспособности, выделения различных категорий душевнобольных в зависимости от степени психического расстройства, отождествления их правового статуса с правовым статусом малолетних, учреждения опеки в отношении душевнобольных и принадлежащего им имущества.

¹ СЗРИ. — Т. X. — Ч. 1. — Ст. 375—376.

² Так как состояние безумия считалось пожизненным в соответствии с Указом 1722 года.

³ ПСЗ 2. — № 7507.

⁴ ПСЗ 2. — № 18952.

⁵ ПСЗ 2. — № 33941.

⁶ СЗРИ. — Т. X. — Ч. 1. — Ст. 381.

⁷ См.: *Сенкей*. Лекции о душевных болезнях. — СПб. — 1868. — С. 307—308.

⁸ СЗРИ. — Т. X. — Ч. 1. — Ст. 5.

⁹ СЗРИ. — Т. X. — Ч. 1. — Ст. 1017.

¹⁰ См.: *Гернет М.Н.* Устав уголовного судопроизводства. Систематический комментарий. — М., 1914. — Вып. 2 (ст. 85—248). — С. 327; М., 1915. — Вып. 4 (ст. 595—764). — С. 1153—1155.

¹¹ Устав гражданского судопроизводства от 20 ноября 1864 года. — Ст. 84, 371 // СЗРИ. — Т. XVI. — Ч. 1. — СПб, 1900.

Современное понимание правоспособности основывается на ее неотъемлемых признаках: равенство (в отношении всех граждан) и следование (пожизненная принадлежность гражданину).

Следует отметить, что само по себе наличие психического расстройства не является основанием ограничения право- и дееспособности лица. Для этого оно должно обладать признаком устойчивости и повлечь за собой неспособность лица осознавать свои действия и руководить ими (ч. 1 ст. 29 ГК РФ).

В современном законодательстве (ст. 22 ГК РФ) прослеживается идея ограничения, но не полного лишения правоспособности: данная прерогатива закреплена исключительно за государством в лице компетентных органов и только в установленных законом случаях. В отличие от правоспособности, дееспособность (способность приобретать и осуществлять гражданские права, создавать гражданские обязанности и исполнять их) не обладает свойством неотчуждаемости.

Целью признания лица недееспособным является обеспечение прав и юридической защиты интересов душевнобольного, следовательно, социально и экономически уязвимого человека. Заметим, что не всякое психическое расстройство есть причина признания недееспособности, а лишь такое, в результате которого человек не может осознавать характер своих действий и руководить ими (ст. 29 ГК РФ). Отсюда следует, что оно должно носить не временный, а постоянный, устойчивый характер.

Порядок признания лица недееспособным регламентирован гражданским процессуальным законодательством. Нормы главы 31 Гражданского процессуального кодекса содержат правила подачи и содержание заявления о признании лица недееспособным, порядок его рассмотрения и назначения экспертизы для определения психического состояния гражданина, возможные судебные решения по рассмотрению заявления, условия признания гражданина вновь дееспособным.

Заявление о признании лица недееспособным вследствие психического расстройства, согласно части 2 статьи 281 УПК РФ, может быть подано в суд определенным кругом лиц: членами его семьи, близкими родственниками (родителями, братьями, сестрами), органом опеки и попечительства, психиатрического или психоневрологического учреждения. Этот перечень лиц является исчерпывающим. Заявление подается по месту жительства больного, либо, если он находится в лечебном учреждении, по месту его нахождения.

Обязательным условием принятия заявления в суде является содержание в нем обстоятельств, свидетельствующих о наличии такого психического расстройства, вследствие которого он не может понимать своих действий и руководить ими (ч. 2 ст. 282 УПК РФ). При наличии достаточных данных, свидетельствующих о наличии психического расстройства у гражданина, он направляется судом в соответствующее учреждение для прохождения судебно-психиатрической экспертизы с целью определения его психического состояния. При явном уклонении (систематической неявке), лицо может быть подвергнуто данной процедуре в принудительном порядке (ст. 283 ГПК РФ).

Дела о признании гражданина недееспособным рассматриваются единолично судьей (ст. 7 УПК РФ) с обязательным участием заявителя, прокурора, самого гражданина, в отношении которого ведется дело о признании его недееспособным, органа опеки и попечительства (например, органа здравоохранения, иного подразделения органа МСУ), что вытекает из статьи 34 ГК РФ. Предусмотрены особые правила в отношении участия самого гражданина. По общему правилу, он принимает участие в рассмотрении дела. Однако, если состояние здоровья не позволяет ему участвовать в судебном заседании (например, он находится в стационарном госпитале, ведет себя явно агрессивно), то суд не вправе его вызывать.

Следует иметь в виду, что КС (в постановлении от 27 февраля 2009 г. № 4-п)¹ признал часть 1 статьи 284 не соответствующей Конституции, в той мере, в какой она позволяет суду принимать решение о признании гражданина недееспособным на основе одного лишь заключения судебно-психиатрической экспертизы без предоставления гражданину возможности изложить суду свою позицию лично либо через выбранных им представителей. Кроме того, признаны не соответствующими Конституции РФ положения части 1 статьи 284 (во взаимосвязи с положениями ч. 5 ст. 37, ч. 1 ст. 52, п. 3 ч. 1 ст. 135, п. 2 ч. ст. 379¹ ГПК РФ) в той мере, в какой не позволяют гражданину, признанному судом недееспособным, обжаловать решение суда в кассационном и надзорном порядке в случаях, когда суд первой инстанции не предоставил этому гражданину возможность изложить свою позицию лично либо через выбранных им представителей, при том, что его присутствие в судебном заседании не было признано для его жизни либо здоровья или для жизни либо здоровья окружающих.

К лицу, признанному судом недееспособным, органом опеки и попечительства назначается опекун, который совершает от его имени все сделки и несет ответственность за действия своего подопечного (ст. 29, 32 ГК РФ). Л.Ю. Михеева полагает, что в этих случаях опека выступает как форма

¹ Постановление Конституционного Суда РФ от 27 февраля 2009 года № 4-П «По делу о проверке конституционности ряда положений статей 37, 52, 135, 222, 284, 286 и 379¹ Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации и части четвертой статьи 28 Закона Российской Федерации «О психиатрической помощи и гарантиях прав граждан при ее оказании» в связи с жалобами граждан Ю.К. Гудковой, П.В. Штукатурова и М.А. Яшиной» // Собрание законодательства РФ. — 2009. — № 11. — Ст. 1367.

охраны интересов гражданина, то есть как вид правовой помощи¹. Нулевая сделко- и деликтоспособность недееспособных не предусматривает исключений. Это касается и круга мелких бытовых сделок, которые правомочны совершать малолетние (ч. 2 ст. 28 ГК РФ).

Отношения, возникающие в связи с установлением, осуществлением и прекращением опеки над лицами, признанными судом недееспособными вследствие психического расстройства, регулируются нормами гражданского законодательства. В 2008 году был принят и вступил в действие Федеральный закон «Об опеке и попечительстве»², который дополняет и детализирует общие начала правового регулирования, предусмотренные Гражданским кодексом РФ. Закон включает в себя 8 глав, посвященных отдельным сторонам правового регулирования опеки и попечительства: полномочию и задачам органов опеки и попечительства (ст. 6—9), правовому статусу, опекунов и попечителей (ст. 10—16), правовому режиму имущества подопечных (ст. 17—23), ответственности органов опеки и попечительства, а так же опекунов и попечителей (ст. 24—28), прекращению и государственной поддержке опеки и попечительства (ст. 29—31).

Законодательство наделяет опекунов рядом обязанностей по отношению к своим подопечным и по отношению к органам опеки и попечительства. Обязанности опекуна по отношению к своим подопечным сводятся к представлению их личности в гражданских правоотношениях с другими лицами, управлению, распоряжению и охране принадлежащим подопечным имуществом, а так же заботе о его личности (обеспечение надлежащего содержания, ухода и лечения (ч. 3 ст. 33 ГК РФ)). Главным правилом по распоряжению имуществом является соблюдение интересов подопечного (ст. 37 ГК РФ). В связи с этим, Закон предусматривает ограничения по распоряжению имуществом: все сделки, связанные с уменьшением имущества подопечного (отчуждение, дарение, сдача в аренду недвижимости) могут совершаться только с согласия органа опеки и попечительства.

Современное законодательство предусматривает заключение договора о доверительном управлении имуществом подопечных (ст. 38 ГК РФ). Часть имущества подопечного может быть передана в постоянное управление специальному лицу (управляющему), с которым заключается договор. Обычно это происходит в том случае, когда требуется наличие профессиональных навыков управления недвижимым и ценным движимым имуществом, которые отсутствуют у опекуна. Полномочия опекуна на такое имущество не распространяются. Следует отметить, что договор доверительного управления является современным вариантом опеки над имуществом, которая не предусмотрена нормами современного законодательства, но предусматривалась в римском праве и дореволюционном российском законодательстве.

Обязанность опекуна заботиться о личности недееспособного является отличительной чертой современного правового регулирования взаимоотношений опекунов и подопечных. В римском праве и дореволюционном законодательстве главной целью назначения опеки являлась охрана имущества недееспособных, а не забота о его личности, именно поэтому управляющими к имуществу назначались ближайшие наследники подопечного.

Обязанности опекунов по отношению к органам опеки и попечительства заключаются в предоставлении им отчетов о своей деятельности по отношению к подопечным. Таким образом, опекуны являются связующим звеном между органами опеки и попечительства и недееспособными лицами, находящимися под опекой, являясь своеобразным «мостиком» между публичным и семейным началом общественных отношений в сфере опеки над душевнобольными.

В случае, когда отпадают основания признания лица недееспособным по причине психического расстройства (выздоровление), установленная над ним опека подлежит прекращению. Процедура возвращения лицу дееспособности совершается в том же порядке, в каком и процедура признания недееспособности: по заявлению установленного круга лиц суд направляет лицо для прохождения экспертизы с целью определения его психического состояния. Если экспертизой будет установлен факт отсутствия заболевания, суд выносит решение о признании лица дееспособным.

Таковы основные положения современного российского законодательства, касающиеся правового статуса лиц, признанных судом недееспособным вследствие психического расстройства. Как отмечалось выше, многие нормативные положения были сформулированы еще в XVIII — XIX веках. Следует отметить значительное влияние римского права на формирование дореволюционного и современного российского гражданского законодательства в целом и его отдельных положений, касающихся опеки над взрослыми недееспособными, в частности. Конечно, качественный уровень современного нормативного регулирования, в силу усложнения и развития общественных отношений, а вместе с тем и законодательства, отличается от дореволюционного. Например, четко разграничены понятия право- и дееспособности лица (что не характерно для российского права XVIII—XIX веков),

¹ См.: *Михеева Л.Ю.* Опека и попечительство: правовое регулирование: Учебно-практическое пособие / Под ред. Р.П. Мананковой. — М., 2002. — С. 117.

² Федеральный закон от 24 апреля 2008 года № 48-ФЗ «Об опеке и попечительстве» // Российская газета. — 2008. — 30 апреля.

нормы, регулирующие установление, осуществление и прекращение опеки в отношении указанной категории лиц, носят комплексный характер, установлена взаимосвязь между отдельными отраслями права, регулирующими данные общественные отношения.

Между тем основные идеи правового регулирования сохранились и в настоящее время, именно они лежат в основе современного законодательства об опеке над душевнобольными: влияние психического состояния лица на его дееспособность, особое отношение к таким лицам со стороны государства, дифференциация категорий душевнобольных в зависимости от характера заболевания и степени расстройства умственных способностей, обязательное медицинское освидетельствование как официальное основание признания расстройства умственных способностей, судебный порядок признания лица недееспособным вследствие психического расстройства и др.

Таким образом, основные положения современного законодательства в отношении душевнобольных не возникли на пустом месте, они являются историческим наследием развития правотворческой мысли. Это закономерный процесс, являющий собой суть преемственности в праве, изучению которой посвятил свой труд болгарский правовед Нено Неновский. Мы согласны с мнением автора, который полагал, что «преемственность в праве означает связь между разными этапами (степенями) в развитии права как социального явления»¹. Динамика общественных отношений требует обновлений в правовом регулировании, что обусловлено общим историческим движением права как социального феномена.

¹ Неновски Н. Преемственность в праве. — М., 1977. — С. 19.

А.В. Федулов, Д.Р. Нерсеян

Федулов Андрей Владимирович — кандидат юридических наук, доцент, начальник кафедры уголовного процесса Нижегородской академии МВД России

Нерсеян Давид Роландович — адъюнкт кафедры уголовного процесса Нижегородской академии МВД России

Преемственность юридической техники формирования порядка принятия следователем (дознавателем) мер попечения о детях и иждивенцах подозреваемого или обвиняемого

Задержание и заключение под стражу являются мерами уголовно-процессуального принуждения, которые временно ограничивают свободу передвижения подозреваемого (обвиняемого). Несовершеннолетние дети, другие иждивенцы, престарелые родители¹, которые нуждаются в уходе со стороны лиц, получивших статус подозреваемого (обвиняемого) в результате задержания или заключения под стражу, лишаются возможности присмотра и помощи.

Очевидно, что в этих случаях государственные институты власти в современном цивилизованном обществе не могут оставить лиц, нуждающихся в постороннем уходе, на произвол судьбы. Государство обязано помочь этим людям и позаботиться о них.

Эта обязанность государства закреплена как в Конституции РФ, так и в международных правовых нормах. В частности, в Своде принципов защиты всех лиц, подвергаемых задержанию или заключению в какой бы то ни было форме, утвержденном Резолюцией № 43/173, принятой 43-й сессией Генеральной Ассамблеи ООН 9 декабря 1988 года. Записано, что «...соответствующие власти принимают меры для обеспечения согласно национальному законодательству, в случае необходимости, помощи членам семей задержанных или находящихся в заключении лиц, находящимся на их иждивении, в особенности несовершеннолетним лицам, и уделяют особое внимание надлежащей опеке над детьми, оставшимися без присмотра» (принцип 31).

В соответствии с частью 4 статьи 15 Конституции РФ и частью 2 статьи 1 УПК РФ, общепризнанные принципы и нормы международного права являются составной частью ее правовой системы. Таким образом, включение в УПК РФ статьи 160 «Меры попечения о детях, об иждивенцах подозреваемого или обвиняемого и меры по обеспечению сохранности его имущества», представляет собой шаг по реализации положений общепризнанных принципов и норм международного права, направленных на гуманизацию уголовного судопроизводства.

Наделение следователя (дознавателя) нравственной и юридической обязанностью принятия мер попечения о лицах, нуждающихся в постороннем уходе, является важной процессуальной гарантией, показателем нравственного роста законодателя и общества; предоставляет подозреваемому (обвиняемому), задержанному или заключенному под стражу нравственное и юридическое право требовать от следователя (дознавателя) принятия мер по их передаче на попечение.

Современное уголовно-процессуальное законодательство восприняло идеи и положения УПК РСФСР², в котором была закреплена новая, ранее не содержащаяся в отечественном уголовно-процессуальном праве норма о мерах попечения о детях и охране имущества заключенного под стражу (ст. 98 УПК РСФСР).

По сравнению со статьей 98 УПК РСФСР, современная статья 160 УПК РФ обязывает следователя принимать меры в отношении несовершеннолетних детей не только заключенного под стражу, но и задержанного. Кроме того, расширен перечень лиц, в отношении которых будут приниматься меры попечения. Если ранее следователь принимал меры в отношении несовершеннолетних детей, остающихся без надзора, то сейчас принимает меры в отношении несовершеннолетних детей, а также других иждивенцев и престарелых родителей, нуждающихся в постороннем уходе. Таким образом, в действующей норме закона, с точки зрения правотворческой техники, сделан шаг вперед, в сторону развития идей гуманизма и нравственности. Реализация этой юридической обязанности налагает на следователя (дознавателя) большую нравственную ответственность.

На следователя также возлагается и юридическая ответственность. В случае непринятия следователем (дознавателем) или принятия ненадлежащих (недостаточных) мер, в соответствии с частью 2 статьи 1070 и статьей 1069 ГК РФ, может наступить его гражданско-правовая ответственность.

¹ Далее по тексту статьи — лица, нуждающиеся в постороннем уходе.

² Закон РСФСР от 27 октября 1960 года «Об утверждении Уголовно-процессуального кодекса РСФСР» (вместе с кодексом) // СПС «КонсультантПлюс».

Несмотря на преюбилитность, норма не получила дальнейшего совершенствования юридической техники в своей формулировке и в условиях отсутствия подзаконных нормативно-правовых актов, регулирующих порядок применения статьи 160 УПК РФ, не позволяет следователю «качественно» воплотить ее в жизнь.

Структурирование статьи 160 УПК РФ позволяет нам выделить следующие ее элементы.

Среди участников уголовного судопроизводства, наделенных обязанностью принятия мер попечения о лицах, нуждающихся в постороннем уходе, статья 160 УПК РФ называет следователя и дознавателя.

Статья 160 УПК РФ начинает действовать с наступления следующих юридических фактов: 1) обвиняемый и подозреваемый должны быть задержаны или заключены под стражу и 2) у подозреваемого (обвиняемого) должны остаться без присмотра и помощи: несовершеннолетние дети; другие иждивенцы; престарелые родители, нуждающиеся в постороннем уходе.

Среди мер, которые должен принять следователь (дознаватель), статья называет: передачу лиц, нуждающихся в постороннем уходе, на попечение близких родственников, родственников или других лиц либо, если отсутствуют лица, перечисленные в пункте первом, помещение их в соответствующие детские или социальные учреждения.

Таким образом, содержание статьи 160 УПК РФ позволяет нам увидеть следующие проблемы.

Во-первых, в норме отсутствует императивное требование к следователю (дознавателю) об установлении лиц, нуждающихся в постороннем уходе. Хотя, с другой стороны, косвенное указание на это содержится в статье 97 УПК РФ. Так, например следователь (дознаватель) должен учитывать тяжесть совершенного преступления, сведения о личности подозреваемого или обвиняемого, его возраст, состояние здоровья, семейное положение, род занятий и другие обстоятельства. Очевидно, деятельность следователя (дознавателя) по установлению лиц, нуждающихся в постороннем уходе, не может подпадать под формулировку «...другие обстоятельства».

Эта обязанность отсутствует и при решении вопроса о задержании лица по подозрению в совершении преступления. По нашему мнению, вопрос о наличии у подозреваемого (обвиняемого) лиц, нуждающихся в постороннем уходе, должен быть отражен либо в протоколе задержания лица, либо в протоколе допроса его в качестве обвиняемого.

Однако с точки зрения юридической техники правильным будет формулировка обязанности установления следователем (дознавателем) наличия у обвиняемого (подозреваемого) лиц, нуждающихся в постороннем уходе, непосредственно в статье 160 УПК РФ.

Отметим, что в стороне от правового регулирования остался вопрос о прокурорском надзоре за деятельностью следователя (дознавателя) при оказании помощи лицам, нуждающимся в постороннем уходе. Эта обязанность прокурора могла быть включена в часть 2 статьи 37 УПК РФ.

Во-вторых, полагаем, что перечень юридических фактов, обуславливающих действие статьи 160 УПК РФ, не является полным. Так, в статье не предусмотрены случаи помещения подозреваемого (обвиняемого), не содержащегося под стражей, в медицинский или психиатрический стационар для производства судебной экспертизы (ч. 2 ст. 203 УПК РФ).

В-третьих, в статьях 46, 47 УПК РФ не предусмотрено право подозреваемого (обвиняемого) ходатайствовать о принятии мер попечения в отношении лиц, нуждающихся в постороннем уходе.

Здесь мы акцентируем внимание на лицах, нуждающихся в постороннем уходе, о необходимости выяснения мнения самого подозреваемого (обвиняемого) при решении вопроса о передаче на попечение конкретному близкому родственнику, родственнику или другому лицу либо помещение в соответствующие детские или социальные учреждения. Полагаем, что его мнение обязательно должно найти отражение в соответствующих уголовно-процессуальных документах. Вместе с тем, позиция подозреваемого (обвиняемого) по принятию мер попечения о лицах, нуждающихся в постороннем уходе, не должна являться обязательной для уполномоченных государственных органов и должностных лиц.

В-четвертых, очевидно, что полученная следователем (дознавателем) информация о наличии у подозреваемого (обвиняемого) лиц, нуждающихся в постороннем уходе, должна быть немедленно проверена.

Другими словами, пока не доказан этот юридический факт, следователь (дознаватель) не может твердо ответить на следующие вопросы: есть ли у подозреваемого (обвиняемого) лица, нуждающиеся в постороннем уходе, или нет; действительно ли они нуждаются в постороннем уходе и желают этого; действительно ли близкие родственники хотят и могут взять на себя обязанность по уходу и т. д.

В этой связи целесообразно было бы изложить пункт 3 части 1 статьи 73 УПК РФ в следующей редакции: «3. Обстоятельства, характеризующие личность обвиняемого, в том числе наличие у него на иждивении лиц, нуждающихся в постороннем уходе».

В-пятых, мы не согласны с самой постановкой вопроса о принятии следователем (дознавателем) мер по передаче лиц, нуждающихся в постороннем уходе, другим лицам или в соответствующие учреждения. Полагаем, что вопрос о передаче и дальнейшей судьбе лиц, нуждающихся в постороннем уходе, должны решать органы социальной защиты, учреждения социального обслуживания и органы опеки и попечительства.

Поэтому формулировка статьи 160 УПК РФ, касающаяся принятия соответствующих мер, должна выглядеть так: «Установив наличие у подозреваемого (обвиняемого) лиц, нуждающихся в постороннем уходе, следователь (дознатель) должен немедленно поставить в известность органы социальной защиты, учреждения социального обслуживания и органы опеки и попечительства и обязать их принять неотложные меры по организации присмотра, ухода и помощи лицам, нуждающимся в постороннем уходе».

Обязанность исполнения этих требований вытекает из части 4 статьи 21 УПК РФ, в соответствии с которой требования, поручения и запросы прокурора, руководителя следственного органа, следователя, органа дознания и дознавателя, предъявленные в пределах их полномочий, установленных УПК РФ, обязательны для исполнения всеми учреждениями, предприятиями, организациями, должностными лицами и гражданами.

О принятом решении следователь (дознатель) должен вынести постановление. Копия этого постановления немедленно направляется прокурору и подозреваемому (обвиняемому).

В-шестых, в уголовно-процессуальном законодательстве не урегулирован вопрос о том, относятся ли материальные расходы по оказанию помощи лицам, нуждающимся в постороннем уходе, процессуальными издержками и подлежат ли они возмещению лицу (организации), понесшим соответствующие затраты. Если эти материальные расходы подлежат возмещению, то возникают вопросы: на кого они должны быть возложены, в каком порядке, размере, в какие сроки, кто уполномочен производить расчет соответствующих затрат, как это процессуально оформить и обеспечить соответствующую компенсацию?

Отметим, что несмотря на всю важность правового регулирования вопросов, связанных с оказанием помощи лицам, нуждающимся в постороннем уходе, мониторинг реализации статьи 160 УПК РФ затруднен.

Приказом Росстата от 26 февраля 2009 года № 34¹ утверждены представленные Генеральной прокуратурой РФ формы федерального статистического наблюдения, сбор и обработка данных по которым осуществляется Главным информационно-аналитическим центром МВД России. Данный приказ предусматривает ежемесячные, полугодовые и годовые формы (1-ЕМ, 1-Е) по основным показателям: следственной работы следственных органов Следственного комитета РФ; следственной работы и дознания — органов внутренних дел и органов по контролю за оборотом наркотических средств и психотропных веществ; следственной работы органов Федеральной службы безопасности; работы дознания — таможенных органов, органов дознания Федеральной службы судебных приставов, органов дознания Государственного пожарного надзора Федеральной противопожарной службы.

Представленные Генеральной прокуратурой РФ формы федерального статистического наблюдения не содержат показателя, отражающего применение органом следствия и дознанием положений статьи 160 УПК РФ. Аналогичным образом не был предусмотрен указанный показатель и в ранее действовавших постановлениях Росстата от 15 февраля 2007 года № 19, от 31 марта 2006 года № 12, Госкомстата РФ от 20 апреля 2000 года № 31, от 26 марта 1997 года № 20.

Следует отметить, что приказом Следственного комитета РФ от 28 марта 2011 года № 40² предусмотрен ежеквартальный отчет с нарастающим итогом формы № 1-В-СК (ДСУС), в разделе 3 которого, имеющем название «Возбуждение уголовного дела (с повторными)», предусмотрена строка 32, содержащая позицию о принятых следователем мерах, закрепленных статьей 160 УПК РФ.

В разделе 18, имеющем название «Характер рассмотренных и разрешенных обращений (без дубликатов)», предусмотрены строки 9 и 21 о рассмотренных жалобах в порядке статьи 124 УПК РФ на действия (бездействии) и решения следователя, руководителя (заместителя) следственного органа на предварительном следствии по фактам непринятия мер, предусмотренных статьей 160 УПК РФ.

Позиция, аналогичная строкам 9 и 21 раздела 18, содержится и в приказе Следственного комитета РФ от 28 марта 2011 года № 41, в разделе 10, имеющем название «Характер разрешенных и удовлетворенных жалоб и обращений (без дубликатов) по вопросам рассмотрения сообщений и расследования коррупционных преступлений», в строках 9 и 21 соответственно. Указанные позиции впервые были введены приказом Следственного комитета при прокуратуре РФ от 19 марта 2009 года № 6, который утратил силу на основании приказа Следственного комитета РФ от 28 марта 2011 года № 40.

Такое положение вещей свидетельствует о том, что федеральные органы власти не располагают объективными данными о применении положений статьи 160 УПК РФ и, как следствие, не имеют возможности оценить ее эффективность и усовершенствовать данную норму.

¹ См.: Приказ Росстата от 26 февраля 2009 года № 34 «Об утверждении статистического инструментария для организации статистического наблюдения за деятельностью следственных органов и органов дознания, рассмотрением заявлений и сообщений о преступлении» // СПС «КонсультантПлюс».

² См.: Приказ Следственного комитета РФ от 28 марта 2011 года № 40 «Об утверждении статистического отчета «Сведения о деятельности следственных органов Следственного комитета Российской Федерации на досудебной стадии уголовного судопроизводства» // СПС «КонсультантПлюс».

А.М. Хужин

Хужин Альфир Мисхатович — кандидат юридических наук, доцент, докторант кафедры государственно-правовых дисциплин Нижегородской академии МВД России

О проблемах преемственности положений о невиновном поведении в публичном и частном праве

Правовая организация и устройство общественной жизни основаны на реализации общего блага, при котором реализуются интересы как общества в целом, так и интересы отдельных индивидов. В связи с этим, в рамках общего правопорядка, функционируют две взаимозависимые и взаимопроникаемые сферы: публичного и частного права.

Деление права на публичное и частное, признаваемое уже в Древнем Риме и сформулированное римским юристом Ульпианом, как «право публичное, которое отражает интересы государства и частное, которое относится к пользе отдельных (частных) лиц»¹, является достижением юриспруденции. Все современные правопорядки вобрала в себя идеи преемственности построения правовых систем на основе формирования частноправовой и публично-правовой сферы отношений. К сожалению, советский период развития отечественной правовой системы, отрицавший частную собственность, весьма негативно сказался на восприятии дуализма частного и публичного права. Отдельные положения, правовые конструкции, юридические понятия и термины, присущие частноправовой доктрине были искажены и переформулированы на требуемые «общественные» идеологические основы.

Изменение экономических и политических ориентиров в нашей стране, интеграция в современное правовое пространство, восстановление преемственности передовых идей юриспруденции, потребовали пересмотра некогда «неоспоримых постулатов» отечественной правовой системы. Невозможность применения в частном праве отдельных положений, заимствованных из публично-правовой сферы, негативно сказывалось как на практике применения, так и на уровне доктринального восприятия. Теория же права, долгое время, игнорируя «равновесность» дуализма правовой системы «впитала в себя» сущностное наполнение отдельных юридических понятий и конструкций, которые действительно обоснованы и востребованы в публично-правовой сфере, но не вписываются в концептуальные основы частноправовой сферы отношений. Касается эта проблема и вопросов о теории правонарушения и юридической ответственности. В частности, речь идет о таких положениях, как «состав правонарушения», «признаки правонарушения», «принципы и цели юридической ответственности», «основания освобождения и исключения юридической ответственности» и, непосредственно представляющих для нас научный интерес, проблем сущностного понимания вины, ее форм и соответствующего отграничения от фактов невиновного поведения.

Безусловно, прав В.К. Бабаев, указывающий на то, что за период своего существования и развития право накопило немало из того, что в полной мере относится к достижениям человеческой цивилизации. Не воспользоваться этим наследием — значит сделать шаг назад в поступательном правовом движении². Процесс пересмотра не приемлемых для той или иной части системы права положений, юридических категорий и конструкций должен происходить в практически пригодном и научно обоснованном формате.

В этой связи, огромная «объединяющая» роль должна принадлежать теории права, ибо именно она должна являться отражением преемственности общих передовых идей и выступать в качестве объединяющей, системообразующей, интегрирующей науки и учебной дисциплины.

Попытаемся рассмотреть вопросы преемственности положений о вине и невиновном поведении в публичном и частном праве с учетом вышесказанного.

Проблема разграничения публичного и частного права является сложной, так как в своей основе имеет ряд критериев, отличающихся в методологическом и историческом аспектах. Вместе с тем, полагаем, что в основе разграничения права на частное и публичное должен лежать принцип построения и регулирования юридических отношений, присущий системе частного и публичного права. В сфере публичного права обеспечивается приоритет публичного интереса, а в сфере частного, в своей основе, реализуется частный интерес. В то же время, будучи частями общей системы правопо-

¹ Цит. по: Азаркин Н.А. Всеобщая история юриспруденции. — М., 2003. — С. 146.

² См.: Бабаев В.К. Понятие права // Теория государства и права: Учебник / Под ред. В.К. Бабаева. — 2-е изд., перераб. и доп. — М., 2007. — С. 227.

рядка, публичное и частное право обеспечивают ее наиболее важную функцию — обеспечение стабильности в обществе за счет организации общего блага.

Дуализм публичного и частного права, исходя из обозначенных приоритетов, безусловно, сказывается на восприятии правом невинного поведения лица. Невинное нарушение частных интересов не всегда может обуславливать нарушение общих интересов. Более того, в самой частноправовой сфере может быть установлен различный уровень правопритязаний в зависимости от оценки субъективного отношения лица к установленным интересам. Речь идет о мерности границ нормативно-правового закрепления виновности и невинности поведения лица. Считаем, что проблема правового анализа невинного поведения в свете уяснения сущностных особенностей вины и ее границ с невинностью в частном и публичном праве, так и анализ внутриотраслевого построения пределов вины/невинности является задачей, требующей детальной проработки на общетеоретическом уровне. Именно общая теория права способна служить теоретической базой исследования в аспекте частноправового и публично-правового анализа пределов невинного поведения, ибо иное может означать непригодность для всех отраслей права единого и цельного восприятия учения об этом правовом феномене.

Определенная статичность и рутинность, существующая в объективно-юридической реальности и практике, требует пересмотра ряда методологических установок на прикладном и отраслевом уровне. Рассматривать невинное поведение как правовой феномен необходимо во всем спектре юридической действительности, при этом сама методология познания должна иметь взаимообусловленную связь с теорией. Полагаем, что реструктуризация предметного поля исследования в области отраслевого деления права и учета практической познавательной направленности, позволит глубже проникнуть в общетеоретическую сущность невинного поведения.

Разделение права на частное и публичное на отраслевом уровне не означает, что в частном праве отсутствует публичный интерес, а в публичном праве не реализуется частный, однако само деление показывает на приоритет применяемых методов в реализации того или иного интереса. Однако приоритет применяемого метода дозволительной направленности в сочетании с действием базовых принципов равенства участников, свободы договора, обеспечения восстановления нарушенных прав, свидетельствует о принадлежности данных институтов к сфере частного права. И, наоборот, приоритет вариантов проявления властеорганизирующего воздействия: прямое предписание определенного режима и порядка действий, запрет на совершение определенных действий, дозволение действовать по усмотрению или разрешению на выбор возможного и должного поведения указывает на «юридическое поле» публичного права. Дух частноправового или публично-правового характера права с его особой присущей системой методов, принципов, конструкций и понятий сохраняется всегда! Однако непонятно, когда отдельные институты и категории публичного права автоматически переносятся в сферу частного права без научного переосмысления (институт ответственности, состава правонарушения, необходимой обороны, крайней необходимости и т. д.). Либо, наоборот, такие категории и институты частного права, как юридическое лицо, законное представительство, неустойка пытаются неосмысленно адаптировать в публично-правовую сферу.

Концепция разделения права на частное и публичное подтверждает нетождественность тех основных начал и категорий, которые присущи той или иной сфере правового регулирования. Не исключением в сущностном различии частного и публичного является и категория вины. Это не означает, что данное правовое явление не может иметь единой общетеоретической описательной конструкции. Более того, цель нашего анализа как раз и заключается в отыскании общих методологических закономерностей, позволяющих выявить как сущностную «платформу» самой вины, так и определить ее нормативно-правовые границы с невинностью.

Реализация публичного интереса в праве формируется за счет обеспечения наиболее важной ее функции — охраны правопорядка и обеспечения стабильности общественных отношений посредством защиты нарушенных прав. В этой связи, в характеристике вины, как категории публичного права, первостепенное значение имеет психическое отношение субъекта к совершаемому деянию, нарушающему установленный правопорядок. Персонализация личности правонарушителя, как общественно опасного индивида и индивидуализация ответственности за совершенное деяние, безусловно, требуют уяснения именно психологических составляющих вины лица.

Частноправовые отношения ориентированы на реализацию интересов отдельных частных лиц и здесь при правонарушении на первое место выходит не сама личность, а результат ее действия, поведения. Как основополагающий принцип гражданского права — обеспечение восстановления нарушенных прав (ст. 1 ГК РФ), так и правовосстановительный характер гражданско-правовой ответственности, свидетельствуют о концентрации внимания в характеристике вины на поведенческий (объективно-субъективный) ее элемент.

Полагаем, что сущностное понимание вины в публичном и частном праве не тождественно. В связи с этим представляется необходимым провести анализ проблем вины/невинности с позиций публично-правовой и частноправовой доктрины. Безусловно, данный подход не означает, что публичный инте-

рес не проявляется в частноправовых отношениях, а частный интерес в публичных. Необходимо признать, что «обеспечение частному лицу условий реализации его признаваемых правом интересов возможно только при условии сохранения самого гражданского правопорядка. Поэтому гражданский правопорядок представляет собой нормативную систему, в которой одним из важнейших условий обеспечения реализации частных интересов выступает осуществление функции самосохранения правопорядка, а, следовательно, и защиты публичных интересов, стоящих за этой функцией»¹. Данное умозаключение уместно и для публичного права, где условием стабильности общественного порядка является возможность реализации частных интересов. Поэтому сущность вины/невиновности также может носить взаимопереходный характер, что должно быть подтверждено в рамках настоящего исследования.

Проанализируем сущностное понимание вины/невиновности в ведущих отраслях отечественной правовой системы соотносительно возможной правопреемственности положений в общей теории права.

Необходимо заключить, что для уголовного права, как с субъективной, так и с оценочной стороны установление невиновного поведения, в большей степени, связано с выявлением психического отношения конкретного лица к нарушенным нормам, охраняемым уголовным законом. Данное обстоятельство обусловлено основополагающим принципом виновного (субъективного) вменения, действующим в уголовном праве, в соответствии с сущностью которого, никто не может нести уголовную ответственность, если не установлена его личная вина в отношении общественно опасного деяния и наступивших последствий. Установление же личной вины требует выяснения «личного психического участия» в преступлении. Поэтому любое общественно опасное деяние, предусмотренное уголовным законом, является преступным лишь тогда, когда оно совершено виновно, то есть по умыслу или по неосторожности. Вина в форме умысла и неосторожности является свидетельством психического отношения лица к преступному деянию. Данное обстоятельство усиливается законодательным положением уголовного закона о том, что объективное вменение, то есть уголовная ответственность за невиновное причинение вреда не допускается (ч. 2 ст. 5 УК РФ).

Отнесение уголовного права к основополагающей отрасли публичного права подтверждает государственный приоритет охраны интересов общественного правопорядка и необходимости установления психического отношения лица к совершаемому преступлению в целях определения степени его опасности для общества.

На наш взгляд, восприятие психологической концепции вины (невиновности) неприемлемо для науки гражданского права и требует принципиального дополнения.

Так, в соответствии с пунктом 1 статьи 401 ГК РФ «Лицо признается невиновным, если при той степени заботливости и осмотрительности, какая от него требовалась по характеру обязательства и условиям оборота, оно приняло все меры для надлежащего исполнения обязательства». Ни одного слова о каком-либо психическом отношении, и тем более предвидения (не предвидения) своих действий со стороны лица не сказано! Иначе говоря, для гражданского права вина из области субъективных психических ощущений переводится в область объективно возможного поведения участников имущественного оборота, где их реальное поведение сопоставляется с требованиями заботливости и осмотрительности, которые должен проявлять разумный и добросовестный субъект. Данное обстоятельство не означает, что в гражданском праве не выявляются формы вины, более того, та же статья 401 ГК РФ, указывает на умысел и неосторожность, как общие основания ответственности. Однако необходимо учитывать, что нормы о выделении форм вины, влияющие на размер ответственности, носят, в большей степени, характер исключения, нежели общеустановленного правила. Для гражданского права первостепенное значение имеет сам правонарушающий факт деяния (принцип генерального деликта), а вторичность составляет наличие или отсутствие вины лица в этом, при чем законодательный упор делается на констатацию последнего, как обстоятельства, способствующего уменьшению размера ответственности.

Необходимо отметить, что поведенческая концепция вины не является каким-то новообразованием в отечественном гражданском праве. Еще в первой половине XIX века Сенат, опираясь на постулаты римского права, в одном из своих разъяснений давал определение вины с позиции поведенческой теории. Указывалось, что «под понятие вины подходит не только положительное действие, но и всякое упущение в исполнении обязанности, то есть отсутствие такой предусмотрительности и заботливости, которые могли бы предупредить нанесения вреда другим...»².

В ГК РСФСР 1922 года также содержалась «поведенческое» понимание вины³. Невозможность практического применения к организациям психологического понимания вины, закрепленного в Ос-

¹ См.: Параскевова С.А. Понятие и социальная сущность гражданского правонарушения (теоретические проблемы): Автореф. дис... д-ра юрид. наук. — М., 2007. — С. 29.

² См.: Гражданское Уложение. Проект высочайше учрежденной редакционной комиссии по составлению проекта гражданского уложения. — СПб., 1905. — С. 154.

³ Гражданский кодекс РСФСР 1922 года с постатейно-систематизированными материалами / Под ред. С. Александровского. — М., 1925.

новах гражданского законодательства 1961 года и ГК РСФСР 1964 года, потребовало от судебной практики разъяснений о применении норм о вине относительно юридических лиц. В этой связи, 6 октября 1969 года вышло Инструктивное указание Государственного арбитража СССР № И-1-33 «О практике применения арбитражами статьи 33 Основ гражданского законодательства»¹, где безоговорочно поддерживалась поведенческая концепция вины. В доктрине гражданского права поведенческая теория вины поддерживалась и поддерживается многими учеными на всем протяжении развития отечественной цивилистической мысли в нашей стране. Вместе с тем, само сущностное понимание вины с поведенческих позиций в современной науке гражданского права не всегда воспринимается однозначно.

Поведенческая концепция основана на выявлении не объективного факта нарушения нормативно-правовых предписаний, а анализа объективно-возможного поведения участников гражданского оборота, где их реальное поведение сопоставляется с требованиями заботливости и осмотрительности, которые должен проявлять разумный и добросовестный субъект. Наоборот, такие элементы поведенческой концепции как «внимательность», «осмотрительность» и заботливость» свидетельствуют о необходимости анализа субъективного отношения лица к сложившимся обстоятельствам частноправового оборота. Именно проявление со стороны лица достаточной степени заботливости и осмотрительности при определенных условиях гражданского оборота указывает на соответствующий уровень невиновного поведения лица.

Само поведение включает в себя психологические механизмы проявления определенных свойств личности, выраженных в осмотрительности, внимательности и осторожности, однако характер частноправовых отношений не может «фиксировать» непосредственный психологизм конкретного лица в этой сфере. Однако процесс выявления и доказывания «психического отношения» лица к деянию и последствиям не требуется ввиду затруднительности и трудоемкости процесса вменения, а, самое главное, ввиду отсутствия необходимости в этом в силу действия презумпции виновности нарушителя на основе базового принципа гражданского права о первичной необходимости восстановления нарушенных частных прав. Приоритетным сущностным наполнением вины в частноправовых отношениях выступает объективно возможная составляющая поведения лица, выраженная в не проявлении достаточной осмотрительности и заботливости, которая требовалась именно в непосредственных обстоятельствах гражданского оборота. Иными словами, при установлении пределов вины/невиновности анализу подвергается оценка характера поведения лица, нарушающего нормы гражданского законодательства, условия договорных отношений либо иные частные интересы участников гражданско-правовых отношений.

Нельзя критически заявлять, что вина в гражданском праве лишена всяческих психологизмов, наоборот, эти психологизмы присутствуют в поведении любого вменяемого лица в любых правоотношениях. Психические процессы сопровождают постоянную активную деятельность лица и составляют основу его интеллектуально-волевой регуляции. Однако сами пределы вины/невиновности в частноправовых отношениях многогранны и наполнены разнообразностью возникающих ситуаций гражданского оборота, его дозволительной направленностью, регулятивной основой, требующей соответствующего поведения. Поэтому именно нормативные требования к соответствующему поведению лежат в основе сущностного понимания вины в частном праве. Это обстоятельство ни в коей мере не означает, что структурный анализ вины в частном праве не может подвергаться выявлению психических процессов лица к совершаемому деянию или последствиям, наоборот, при законодательном требовании выявления умысленных действий лица, при процессуальной необходимости, это необходимо. При дальнейшем исследовании частноправовое сущностное понимание вины, а также его составляющие элементы, безусловно, будут объектом нашего пристального внимания при построении общетеоретической модели невиновного поведения лица.

На данный момент необходимо признать, что законодательное определение вины в частном праве сформулировать невозможно и не представляется целесообразным. Многогранность этого правового явления, его оценочный субъективно-объективный характер, «каучуковость» составляющих его основу характеристик не позволяет выработать единое понятие, отвечающее всем требованиям теории и практики. Это обстоятельство не означает, что на законодательном уровне не должно содержаться нормативных условий о вине, как основании применения мер юридической (гражданско-правовой) ответственности. Именно указание на наличие определенных форм вины и их содержания в гражданском законодательстве будет являться достаточным и обоснованным, рецепцирующим классическое римское право, нормативным построением. Таким образом, нормативное понимание невиновного деяния в частном праве можно охарактеризовать на основе толкования статьи 401 ГК и определить как деяние, при котором лицо при той степени заботливости и осмотрительности, какая от него требовалась по характеру отношений, приняло все меры для надлежащего исполнения своих обязанностей.

¹ См.: Бюллетень нормативных актов министерств и ведомств СССР. — 1990. — № 5. — С. 33—36.

Исходя из данного определения поведенческой концепции вины, можно сделать вывод, что границы нормативного установления виновного и невиновного деяния в частном праве будут напрямую зависеть от требований к заботливости и осмотрительности в связи с характером регулируемых отношений.

Существующее нормативное закрепление понятия вины юридического лица в административном законодательстве в полной мере отвечает сущностной и содержательной конструкции данного лица и особенностям административно-правового регулирования сферы отношений с участием этих лиц. Данная категория определяется исходя из поведенческой концепции вины, основанной на оценке субъективного отношения лица, выраженного в объективно-возможной форме деятельности. Аналогичной позиции придерживается и судебно-арбитражная практика. При рассмотрении споров о привлечении юридического лица к ответственности, суды стараются максимально выяснить все обстоятельства, позволявшие лицу принять меры по соблюдению соответствующих норм и правил.

Подводя итог анализа преемственности положений о вине и невиновном поведении в публичном и частном праве можно сделать следующие выводы, которые могут служить общетеоретическим посылом для анализа данных положений.

1. Сущностное понимание вины в публичном и частном праве различное. Если в публично-правовой сфере используется психологическая теория вины, основанная на психическом отношении субъекта к противоправному деянию и его последствиям, то для частноправовой сферы характерна поведенческая теория. Иначе говоря, для частного права вина из области субъективных психических ощущений переводится в область объективно-возможного поведения участников имущественного оборота, где их реальное поведение сопоставляется с требованиями заботливости и осмотрительности, которые должен проявлять разумный и добросовестный субъект.

2. Психологическая теория вины акцентируется на моментах непосредственного личного отношения лица к преступному деянию, тогда как поведенческая теория вины ближе к оценочным критериям должного поведения в частноправовой сфере. В первом случае возникает потребность проникнуть во внутреннюю глубинную сферу человека для того, чтобы понять его «суть в отношении» к охраняемому публичным законом общественному правопорядку, во втором — познать степень возможного поведения по предотвращению нарушения частных интересов. Полагаем, что данные теории вины/невиновности можно определить за константы двух начал: «публичное право — приоритет психологической теории» и «частное право — приоритет поведенческой теории».

3. Говорить об абсолютизации «поведенческих» начал в понимании вины в частном праве и «психологических» в публичном представляется не верным суждением. Более того, даже в так называемых «материнских» отраслях права: частного — гражданского и публичного — уголовного, речь о сугубо поведенческом или психологическом понимании вины не идет. Достаточно упомянуть нормы гражданского законодательства, предусматривающие умышленные действия лица при исполнении обязательств или причинении вреда, либо нормы уголовного законодательства, требующие разграничения небрежности и невиновности по его объективному критерию, то уже возникают достаточные основания, свидетельствующие о проблематичности однозначного восприятия соответствующей теории вины. Поэтому мы, на данной стадии исследования, можем лишь констатировать о доминировании психологической концепции вины в публичном праве и поведенческой — в частном. Анализ же ведущих отраслей современного российского права является дополнительным доказательством взаимопроникновения как публичных начал в частные и наоборот, так и взаимообусловленности психологической и поведенческой теории вины в эти отношения.

4. Относительно возможности формулирования единого определения нормативных пределов невиновного поведения путем «механического» соединения двух теорий вины и создания на этой базе единого понятия, отвечающего как публично-правовой, так и частноправовой доктрине и практике даже не может идти речи. Как было ранее отмечено, «дух» поведенческой и психологической теории вины/невиновности различен, а значит превратить это в одну «букву» невозможно. С общетеоретической позиции мы можем рассуждать лишь о возможности интегративного понимания виновного/невиновного поведения в праве с единых методологических оснований путем моделирования единой концепции.

5. При формировании теоретико-правовой модели невиновного поведения необходимо интегрировать в единую «методологическую плоскость» полученные знания о философской, социальной, психологической и правовой сущности данного правового явления в практическую «матрицу», устанавливающую нормативные пределы вины/невиновности в праве.

Только при таком совмещении сущностного и нормативно-правового понимания данного феномена, с учетом всех особенностей методологии моделирования и интегрирования в юриспруденции, можно будет утверждать о возможности создания единой преемственной общетеоретической концепции невиновного поведения в праве.

В.И. Червонюк

Червонюк Владимир Иванович — доктор юридических наук, профессор, профессор кафедры конституционного и муниципального права Московского университета МВД России

Традиции как выражение преемственности в правовом развитии, их регулятивные особенности, взаимосвязь с инновациями в сфере действия конституционного права

Современной юриспруденцией доказано, что правовая система в своем развитии базируется на прошлом опыте, каждый последующий этап правового развития вбирает в себя опыт предыдущего и воспроизводит его в последующем развитии. Это свойство правового развития получило название преемственности, которая может быть интерпретирована как связь между разными этапами или ступенями правового развития, сущность которого состоит в сохранении тех или других элементов права в целом или отдельных сторон его организации при переходе от одного этапа к другому. В социально-культурном контексте преемственность можно оценивать как передачу накопленных предшествующим развитием правовых ценностей от поколения к поколению, от формации к формации и усвоение этих ценностей новыми поколениями и новыми социальными системами. При этом основной принцип преемственности в правовом развитии (в конечном счете, основное значение преемственности) состоит в том, что восприятие предшествующего опыта способствует созданию более эффективного, адаптированного к изменяющимся социальным, политическим, экономическим и духовно-культурным условиям права.

Преемственность в праве имеет различные проявления, но его знаковой формой выступают правовые традиции. Не случайно в компетентной западной литературе понятие «правовая традиция» интерпретируется весьма распространительно и соотносится с понятием «правовая семья». Если правовая семья трактуется как совокупность национальных правовых систем, выделенная на основе общности их различных признаков и черт, то правовая традиция — это совокупность глубоко укоренившихся в сознании людей и исторически обусловленных представлений о роли права в обществе, природе права и политической идеологии, а также об организации и функционировании правовой системы. Соответственно классификации правовых систем на уровне макроклассификации выделяются религиозные и нерелигиозные правовые традиции, западные и незападные правовые традиции¹. Между правом и правовой традицией, таким образом, стоит знак равенства². При этом под западной правовой традицией (или западным правом) понимается та, которая построена на следующих четырех фундаментах: она берет начало из римского частного права и сохраняет его сильное влияние; в ней проявляется также сильное влияние канонического права; она имеет высокий уровень правовой культуры, основанный на принципах легализма и пуританизма, и придерживается общего понятия правового государства, сформированного под влиянием философии естественного права. Кроме того, что очень важно, западная традиция права немыслима без правового государства (*rule of law reschtsstaat*), понимание которого в западном праве измеряется (как и правовая культура) объективными критериями: политический плюрализм, равенство граждан перед законом, республиканское правление или конституционная монархия, разделение властей, неотчуждаемость основных прав человека, выборность государственных органов на основе альтернативности и честности выборов, конституционализм, верховенство закона (*superiority of law*), примат закона над актами главы государства (*superiority of statutory law*), независимость судебной власти от политических властей, неприкосновенность частной собственности, свобода предпринимательства и договора; минимальное вмешательство государства в рыночные отношения и свобода граждан.

Приведенное понимание, несомненно, важно для оценки правовых традиций, хотя следует сделать оговорку относительно правомерности и более «узкого» подхода к рассматриваемой проблеме, основанного на понимании традиции как исторически устойчивой нормативно-ценностной структуры (нормативно-ценностного правообразования), выступающей формой сохранения и передачи социального, практического и духовного опыта, оказывающей регулятивное воздействие на поведение индивидов и общностей.

Если не придерживаться ортодоксальных позитивистских взглядов в вопросе правопонимания, то следует признать, что конституционная действительность не сводима к позитивному конституцион-

¹ См., например: *Glendon M. Comparative Legal Traditions*. — 2nd ed. / M. Glendon, M. Gordon, C. Osakwe. — St. Paul, 1994; *Schlesinger H. Comparative Law*. — 6th ed. / H. Schlesinger, E. Wise, P. Herzog. — Oxford, 1998.

² См., например: *Осакве К. Сравнительное правоведение: схематический комментарий*. — М., 2008.

ному законодательству, действиям и деятельности субъектов конституционного права, складывающимся на этой основе правоотношениям. «Действительность есть то, что действует в человеческой душе, а вовсе не то, что некоторые люди признали “действенным” и с такой предвзятой точки зрения обобщили как “действительность”»¹. Давно замечено, что право не действует по кибернетической схеме: команда — действие. Чтобы воплотиться в правомерных актах поведения, правовые установления прежде должны быть «пропущены» через психический строй реализующего это установление². Следовательно, оценка регулятивного потенциала конституционного права невозможна вне связи с психосоциальной природой действующего в конституционном пространстве социального субъекта. Восприятие права и отображение его в психическом складе отдельной личности, социальной общности, общества в целом — необходимое условие действия права. При этом отмеченную сторону права не поглощает правосознание.

Между тем не только в отечественной, но и в зарубежной юридической литературе переоценивается значение правосознания как интрасубъективного регулятора. Однако достижения современной психологической науки убедительно доказывают, что являясь осознанием правовой действительности, правосознание не отображает всего многообразия проявлений психосоциального. Сфера малоосознаваемого и бессознательного в структуре правосознания не находит отражения. С этой точки зрения правовая традиция как сочетание сознательного, малоосознаваемого и бессознательного, действительное соединение когнитивных, рациональных и поведенческих компонентов в образе и в поведении социального субъекта, в том числе участников конституционно-правовых отношений, обладает значительным регулятивным потенциалом; они выступают как синоним абсолютного, вечного, существующего в разные времена, тождественны универсалиям.

Включая и правовую сферу, традиции реализуют ряд основных функций: кумулятивную, выраженную в способности накапливать жизненно важный правовой опыт; трансляционную, связанную с передачей духовно-практического опыта от поколения к поколению, осуществлением связи времен и преемственности поколений; адаптационную, означающую способность традиции пребывать в социальном пространстве между повседневными стереотипами масс и нарождающимися новациями, участвуя во взаимном приспособлении тех и других друг к другу; консолидирующую, предполагающую скрепление индивидуальных «я» в общее, интегральное «мы» — нацию, народ, сословие, корпорацию, коллектив; стабилизирующую, указывающую на внесение в социальные отношения начал устойчивости, позволяющих социальным связям сохранять свои основные признаки на фоне общей изменчивости внешних социально-исторических условий³. В юридической сфере, безусловно, наиболее значимой оказывается регулятивная функция, направленная на использование нормативного потенциала как фактора социального контроля за индивидуальным поведением, хотя, конечно, объектом регулирующего воздействия традиций выступает не только индивидуальное, но и коллективное поведение.

Устойчивость традиций в общественном бытии и сознании объясняется их укорененностью в бессознательных слоях коллективной и индивидуальной психики, их связью с основополагающими архетипами коллективного бессознательного, предрасполагающими сознание к стереотипизированным формам жизневосприятия и способствующими превращению традиций в общечеловеческий социокультурный механизм. Как культурное наследование и наследие, традиция, понятая, предстает как жизненная сила культуры, как механизм сохранения и воспроизведения культурных констант⁴. В таком понимании традиции являются неперменным полифункциональным атрибутом цивилизованного и культурного развития социальных систем всех типов, начиная с архаических и вплоть до наиболее модернизированных⁵. Культурно-правовые традиции выступают как обобщение длительной социальной практики и становятся общепринятым стереотипом поведения, на основе которого складывается поведенческий фон, в итоге и определяющий правовую культуру данного общества⁶.

Если выделить существенные характеристики правовой традиции, то прежде всего следует отметить следующее:

Во-первых, то обстоятельство, что правовые традиции аккумулируют в себе единство исторически сформированного, критически осмысленного коллективного опыта правовой деятельности, основанного на господствующих в обществе представлениях о праве и справедливости, сохранение и воспроизведение которого обеспечивает устойчивость всей правовой системы и ее последовательное, «плавное» развитие. Правовые традиции есть выраженный в социально-организованных коллективах опыт,

¹ См.: Юнг К.Г. Психологические типы. — СПб., 2001. — С. 106.

² См. об этом: Гойман (Червонюк) В.И. Действие права (Методологический анализ). — М., 1992.

³ См.: Бачинин В.А. Энциклопедия философии и социологии права. — СПб., 2006. — С. 918—919.

⁴ Сорокин В.В. Русская правовая доктрина // Правовая доктрина России: теоретические и исторические аспекты: Межвузовский сборник статей / Под ред. В.Я. Музыкина. — Барнаул, 2008. — С. 19.

⁵ См.: Бачинин В.А. Энциклопедия философии и социологии права. — СПб., 2006. — С. 919.

⁶ Овчиев Р.М. Правовая культура и российский правовой менталитет: Автореф. дис... канд. юрид. наук. — Краснодар, 2006. — С. 10—11; Тюрин М.Г. Архетипы национальной правовой культуры: Автореф. дис... канд. юрид. наук. — Ростов-на-Дону, 2008.

аккумулирующий правовые ценности, который в определенных пространственно-временных рамках передается от одного поколения к другому и приобретает устойчивые формы своего внешнего выражения, опосредуясь при этом в государственно-правовом пространстве данного общества. При этом правовая традиция есть средоточие правовых знаний, правового опыта, достигнутого предыдущими поколениями и воспринятого на нынешнем этапе развития права, который, воздействуя на духовную сферу жизни общества, участвует в формировании правовой системы государства, правосознания его граждан. Как правильно замечено, правовая система любого общества посредством укоренившейся правовой идеологии и правовой доктрины придает особое значение праву, его авторитету. В рамках сложившейся правовой традиции юридическая и моральная сила всех правовых систем так или иначе покоится на их неразрывной связи с прошлым, и все они сохраняют эту связь на уровне юридического языка и юридической практики. Правильно сказано, что традиция сохраняет правовую систему, обеспечивает ее качественное своеобразие, самовоспроизводимость, самоидентичность в истории. Очевидно, если право призвано придать устойчивость и стабильность социальной системе, то эту миссию оно в значительной мере оказывается способным выполнить благодаря традициям, которые отображая своим содержанием признаки, свойства прошлого, настоящего и будущего в развитии права, обеспечивают тем самым связь времен, преемственность социогуманитарного потенциала права, соотношение его с демократическими (общечеловеческими) ценностями и идеалами.

Во-вторых, основу формирования правовых традиций составляют правовые ценности, включающие ценности, оценки, ценностные ориентиры, формирующие у социального субъекта (личности, общностей людей, общества в целом) отношение (мотивацию, психологический настрой) и образ поведения в сфере действия права¹. Правовые традиции аккумулируют эти ценности, привнося их в правовое пространство посредством воздействия на духовную сферу жизни общества и, таким образом, сохраняют богатейшее правовое наследие, накопленное за все предшествующие этапы правового развития. В указанном смысле правовые традиции воспроизводят смыслообразующие принципы права, обеспечивающие трансляцию и преемственность прежнего правового опыта, а также ориентацию правовой деятельности на укрепление и восполнение правового наследия. При этом традиции могут зеркально отображать сложившиеся в сфере действия права принципы, но могут сообразно правовой ментальности социальных субъектов «корректировать» их, привнося в их содержание «свой» национальный, этнический, социально-культурный и иной контекст. Данное обстоятельство следует иметь в виду, чтобы не ставить знак равенства между правовыми традициями и принципами права. Это важно еще и потому, что заимствование «чужих» правовых традиций («чужого» правового опыта), перенос их в инонациональную правовую среду может и не вызвать ожидаемого позитивного эффекта. Более того, возможен и эффект «бумеранга». С этой точки зрения национальный законодатель, копируя иностранное законодательство, должен иметь четкое представление об этой особенности правовых традиций которые простым способом не переходят в право другого государства, поскольку, как подчеркивает Н. Рулан, «зависимость между обществом и правом такова, что передача права от одного общества другому неосуществима, разве что эти общества мало различаются»².

В-третьих, для того чтобы традицию можно было квалифицировать правовой, необходимо соблюдение ряда условий: традиция должна содержать в себе именно юридическое воззрение, так как никакое другое воззрение не может породить право; традиция не должна противоречить нравственности: общество не может признавать права, несовместимые с доброй нравственностью; традиция должна показывать именно единообразную практику регулирования общественных отношений и должна найти отражение в правосознании граждан³. Кроме того, традиции основываются на правовых чувствах (законности, солидарности с правом, уважении к закону, праву и др.), правовых верованиях, отражают психологический, внутренний мир взаимодействующих в правовой сфере социальных субъектов, отражают специфические способы восприятия ими (субъектами) права, его оценок и воспроизведения в практической деятельности.

В-четвертых, специфическая черта правовой традиции — ее регулятивная направленность. Являясь разновидностью социальных норм, правовая традиция, кроме характеристик информационной модели, содержит предписание, императивное требование. Поскольку «регулятивный потенциал, заключенный в норме, обуславливает наличие в ней, наряду со стереотипностью, также и признака императивности»⁴, то правовые традиции фиксируют требования социальной общности к поведению ее

¹ Ценности представляют собой «квинтэссенцию социального опыта общества, в рамках которого собраны наиболее оправдавшие себя и показавшие наибольшую социальную эффективность принципы осуществления жизнедеятельности: нравы, обычаи, традиции» (Никулин А.С. Правовая культура как фактор формирования современных культурных ценностей: Автореф. дис... канд. филос. наук. — М., 2009. — С. 16).

² Рулан Н. Юридическая антропология: Учебник для вузов. — М., 1999. — С. 25.

³ См.: Сулипов Р.С. Понятие и признаки правовых традиций: теоретический аспект // Вестник Пермского университета. — Серия: «Юридические науки». — 2010. — № 4. — С. 49—52.

⁴ Сарингулян К.С. Культура и регуляция деятельности. — Ереван, 1986. — С. 102.

членов, которое должно соответствовать социально одобряемым образцам и не противоречить правовой системе. Определяя границы приемлемых, ожидаемых и одобряемых, социально допустимых действий, правовые традиции упорядочивают, контролируют, регулируют общественные отношения; реализуясь в деятельности людей, они (правовые традиции) делают ее общезначимой, повторяющейся, выводят ее на горизонт общественно-правовой целесообразности. Правовая традиция в этом контексте имеет непосредственно регулирующий характер. Причем это такой регулятор, который невозможно декретировано ввести или отменить. Она (правовая традиция) внепозитивна и надпозитивна, ее действие, безусловно, экстерриториально, не стеснено временными параметрами и нормами; по своему содержанию она одновременно отражает и национальное и инациональное в правовом развитии. И, кроме того, традиции в современном мире имеют значение мощного регулятивного средства, исполненного большого гуманистического и практического смысла и подкрепленного мощной этнокультурной сферой¹.

Регулятивная функция правовой традиции проявляется в том, что она выступает общей методологической ориентацией (средой) для а) восприятия права массовым и индивидуальным сознанием, б) имплементации его в позитивные нормы и в) последующего перевода в правомерное поведение. Наличие или отсутствие правовых традиций самым непосредственным образом влияет на проникаемость возможности иностранного права в национальное право той или иной страны. Данное обстоятельство можно проиллюстрировать на примере взаимоотношения европейского права (права Европейского Союза) с правовыми системами государств Европы. Вместе с процессом европеизации наблюдается и «тихая контрреволюция» в национальных правовых порядках. Этим объясняется расхождение между национальным и коммунитарным правом².

Прочные правовые традиции, сформированные на национальной почве и привитые национальному правосознанию, формируют приоритеты и в правовой политике. Поэтому такие страны, как Австрия, Франция, особенно Великобритания (страна многовекового прецедентного права), Республика Ирландия, североевропейские государства, относящиеся к смешанной правовой семье, сложно интегрируются в европейский правовой порядок. Именно в этих странах в 2006—2007 годах парламенты или население в процессе проведенных референдумов выступили против единого кодифицированного конституционного акта — Европейской Конституции, в то время как страны, которые находятся в поиске правовой ориентации (Испания, Португалия, Греция, страны Восточной Европы, а равно некоторые бывшие республики СССР, ныне — самостоятельные государства), сравнительно проще адаптированы к новым европорядкам. Понятно, почему: в этих странах европейское право «легло» на благодатную почву.

В-пятых, правовые традиции имеют полифункциональное выражение, проявляют себя в таких формах права, как конституции, кодексы, прецеденты, договоры, в правовых принципах, аксиомах и презумпциях, в правовой терминологии, в правовой процедуре». В то же время, являющиеся одним из важнейших источников и одновременно «хранилищ» правовой памяти народа, правовые традиции в том числе выражены в правовой ментальности социального субъекта, его правовой культуре, образе жизнедеятельности в правовой сфере, в правовых практиках. Правовые традиции в том числе проявляют свое действие через правовые обычаи, нравы, обряды, привычки, иные стереотипные формы человеческого поведения, хотя полностью к ним не сводимы. Они представляют собой нормы, принципы, конституционные (правовые) ценности, запечатленные духовным обликом человека, социальной общности, нации (народа) их сознанием, мировоззрением, всем строем психических образований; это отображенный конституционной (правовой) памятью образ права, публичных институтов власти, формы правления, государственно-территориального устройства, образ закона, включая образ конституции³.

¹ См.: *Овчиев Р.М.* Правовая культура и российский правовой менталитет: Автореф. дис... канд. юрид. наук. — Краснодар, 2006. — С. 10.

² См.: *Клемин А.В.* Европейское право и Германия: баланс национального и наднационального. Европейское Сообщество, Германия, право: национальный консерватизм, коллизии и единство. — Казань, 2004.

³ Традиции, как нормы права вообще, можно оценивать в контексте их онтологии (то есть как социальных реалий) и гносеологии, то есть с позиции их истинности, правильности, праведности, адекватности (П.Е. Недбайло, В.К. Бабаев, В.М. Баранов и др.). В последнем случае следует выделять традиции ложные и истинные. Очевидно, что и те, и другие присутствуют как в реальной жизни, так и в представлениях людей о них. В частности, достаточно распространена традиция, согласно которой российскую правовую систему относят к романо-германской правовой семье. Между тем наличие некоторых сходств с этой семьей права еще не означает, что в действительности правовую систему России следует квалифицировать именно таким образом. Достаточно сказать, что правовая ментальность, правовая культура российских граждан (равно как и властных структур) принципиально отличаются от граждан тех стран, которые входят в данную правовую семью. Вполне возможна идентификация российской правовой системы с так называемыми локальными цивилизациями (евразийской). Россия, следовательно, развивается в рамках иной правовой традиции. Это обстоятельство, как представляется, должно иметь методологическое значение для определения стратегии правового развития (правовой политики) страны, организации и функционирования законодательной деятельности, сферы правоприменения, всей правореализующей практики, правоохраны, системы профессионального правового обучения юристов (формирования юридической элиты страны).

В-шестых, являясь частью права, правовые традиции подчиняются закономерностям его действия и, вместе с тем, имеют свои особенности. Так, если в своем движении право (статутное, позитивное) проходит через все описанные нами в более ранней работе циклы — правовое воздействие, правовое восприятие, правовые действия и правоотношения, правовой порядок¹, то для правовых традиций этот путь несколько «короче», благодаря тому, что они не являются продуктом стадии правовой регламентации (правотворческой деятельности). В отличие от «позитивных» норм у традиций иными оказываются ретрансляторы и, очевидно, отличающиеся механизмы восприятия и воспроизведения (экстериоризации присвоенного личностью правового опыта в практику). Поскольку авторитет традиций как социального регулятора обеспечивается их социальной полезностью, распространимостью, массовостью применения, самореализуемостью, а отсюда и высокой результативностью в правовом регулировании, то действие правовых традиций в большинстве случаев не требует применения мер принуждения². Как отмечается, культурно-правовые традиции выступают как обобщение длительной социальной практики и становятся общепринятым стереотипом поведения, на основе которого складывается поведенческий фон, в итоге и определяющий правовую культуру данного общества³.

Всеми отмеченными характеристиками обладают конституционные традиции и, вместе с тем, последние отличаются от универсальных своей самобытностью. Как отмечается в специальной литературе, в понятие государственно-правовой традиции включаются те качества, которые характеризуют вмешательство мифологии в образование политико-правовых убеждений, образов закона, государства; качества мировоззрения, состав ценностей, принципов, идей, положенных в основание государственного права и выражающих его смысл; навыки правового и неправового поведения, сопряженные с государственным правом; нормативность как способность понимать, чувствовать и воспроизводить в поведении нормы, ее участие в государственном праве; содержание правовой информации; состав архетипов, связанных с государственным правом⁴.

Думается все же, что специфика правовых традиций в рассматриваемой сфере обусловлена не только отмеченным выше, но, главным образом, предметным содержанием, выражающим предельно значимые ценности личности, общества и государства, нормативной структурой, субъектным составом конституционного права, присущими ему моделями поведения и механизмами его обеспечения, своеобразием юридических форм (источников) выражения нормативных регуляторов, их наивысшей юридической силой, особым набором методов правового регулирования, публично-правовой и частноправовой сферами распространения и иными самобытными характеристиками, придающими обособленность и особую роль в структуре национального права⁵. И, кроме того, то, что цитируемый автор называет государственно-правовой традицией, отнюдь не сводится исключительно к «устойчивым навыкам», «верованиям», «мировоззрению», «чувствам», «качеству потребляемой информации и восприятия»⁶, но имеет объективированные формы выражения, представляя собой вполне реальные стандарты поведения в конституционно-правовой сфере. Отрицание этого означало бы, что количество традиций можно было бы исчислять количеством проживающего в стране населения. Понятно, что о регулятивных возможностях традиций в этом случае речь не может идти. Принципиально важно то, что традиции и в сфере действия конституционного права не лишены национальной окраски⁷.

¹ См.: Гойман В.И. Действие права (Методологический анализ). — М., 1992; Червонюк В.И. Теория государства и права: Учебник. — М., 2006. — С. 299—307.

² См.: Оборотов Ю.Н. Традиції та новації в правовому розвитку: загальнотеоретичні аспекти: Автореф. дис... д-ра юрид. наук. — Одеса, 2003; Дудченко В.В. Традиції правового плюралізму: західна та східна інтерпретація: Автореф. дис... д-ра юрид. наук. — Одеса, 2007.

³ См.: Скасырский И.В. Российская культурно-правовая традиция и ее институционализация в современных условиях: Автореф. дис... канд. юрид. наук. — Ростов-на-Дону, 2002. — С. 12.

⁴ См.: Арановский К.В. Конституционная традиция в российской среде. — СПб., 2003. — С. 28—29.

⁵ См. об этом: Червонюк В.И. Конституционное право зарубежных стран: Курс лекций: В 10 вып. — М., 2008. — Вып. I: Введение в конституционное право. — Ч. I. — С. 58—117.

⁶ См.: Арановский К.В. Конституционная традиция в российской среде. — СПб., 2003. — С. 138.

⁷ По мнению К.В. Арановского, «конституции (в представлении автора это и есть конституционная традиция) не хватает в российской среде протестантского индивидуализма, рациональности и убежденного прагматизма» (Арановский К.В. Конституционная традиция в российской среде. — СПб., 2003. — С. 647). Однако, как не трудно представить, наличие этих составляющих конституционной традиции все же не связано с «русской средой», как, впрочем, не образует «универсальной среды», типичной для всех без исключения стран, относимых к западной цивилизации. Как точно замечено, некорректно рассматривать явления правовой культуры вне национально-культурных особенностей правовой жизни в рамках того или иного общества, а также постулировать наличие общей универсальной правовой культуры, общечеловеческой иерархии правовых ценностей. Любые ценностно-нормативные явления будут восприняты в соответствии с определенным контекстом, сформированным правовой культурой той или иной этнической общности (см.: Овчинников А.И. Правовое мышление: Автореф. дис... д-ра юрид. наук. — Краснодар, 2004). См. также: Батурина С.В. Традиции российской правовой доктрины: Автореф. дис... д-ра юрид. наук. — Краснодар, 2008. — С. 11.

Можно сказать, что правовые традиции образуют своеобразную среду действия конституционного права, которая в зависимости от различных обстоятельств может быть как благоприятной, так и действовать со знаком «минус», оказывая мощное противодействие конституционным установлениям. Правовые традиции в этом смысле не только способствуют или усложняют действие норм и институтов конституционного права, но и сами обладают большим или меньшим регулятивным потенциалом. Это обстоятельство указывает на то, что конституционное право представляет собой не только собрание разнообразных форм права и публичных учреждений, обеспечивающих их исполнимость, но и правовую культуру образований, неразрывно связанных с личностным началом. В этом смысле можно согласиться с тем, что отождествление правовой традиции с правовой культурой вообще имеет все основания¹.

Таким образом, обращение к изучению юридической природы, особенностей действия правовых традиций является тем обязательным компонентом, который дополняет картину конституционного регулирования. В этом контексте регулятивные средства конституционного права приобретают личный смысл и аксиологическую направленность.

Сферы распространения традиций в конституционном пространстве

Применительно к различным конституционным системам регулятивные возможности конституционных традиций проявляются по-разному. В одних странах и правовых системах они включены в систему нормативной регуляции и тем самым значительно усиливают потенциал норм и институтов конституционного права. В других конституционных системах сложившиеся традиции, напротив, «блокируют» действие конституционных установлений. При этом поведение властных институтов находится в зоне активного действия самых различных традиций. Так, открытость органов публичной власти, ответственность и компетентность должностных лиц, соблюдение ими прав и свобод традиционно для демократических государственно-правовых систем. В то же время клиентелизм, восприятие должности как способа удовлетворения собственных интересов, использование публичной лжи в профессиональной деятельности и тому подобное — характерно для государств с неразвитыми конституционно-правовыми традициями.

Правовая традиция в сфере действия конституционного права подчас настолько значима, что именно в соответствии с ней определяется вес конституционных норм. Так, в большинстве государств, исповедующих ислам, Коран признается актом, обладающим более высокой силой, чем конституция и действующее законодательство. Так, согласно статье 3 Конституции Сирийской Арабской Республики от 13 марта 1973 года «мусульманское право — основной источник законодательства»; «Ислам — основной источник законодательства. Ни один закон не может быть принят, если он противоречит установленным нормам ислама» (ст. 2 Конституции Ирака); «Шариат является главным источником законодательства» (ст. 3 Конституции Йеменской Республики). Специальный раздел Конституции Пакистана 1999 года «Положения ислама» (Islamic Provisions) в статье 227 провозглашает, что «все действующие законы должны соответствовать священному Корану и сунне». Согласно статье 2 Конституции Египта «принципы исламского шариата — главный источник права»². Аналогичны положения конституций Арабской Республики Египет от 11 сентября 1971 года (ст. 2), Йеменской Республики (одобрена на референдуме 16 мая 1991 г.) (ст. 2). То же самое можно сказать о конституциях Объединенных Арабских Эмиратов, Катара и др. По существующим данным, более двадцати государств провозгласили ислам в качестве государственной религии.

В ряде правовых систем так называемые традиционные формы права приобретают непосредственно регулирующее значение. Это конституционные обычаи, которые в конституционном праве все подразделяют на две группы: обычаи, складывающиеся в практической деятельности конституционного механизма, на основе конституционных (законодательных) положений (так называемые конституционные соглашения или конвенционные нормы), и обычаи, складывающийся вне рамок конституционного механизма и лишь санкционируемый государством (традиционный правовой обычай). Первые имеют широкое распространение в странах, не имеющих писаных конституций, они представляют важнейшую часть конституционного законодательства. Именно по этой причине на основе конституционных соглашений (данное понятие сложилось в Великобритании) возникли ряд институтов конституционного права (кабинет, ответственное правление, королевская прерогатива и др.). Конституционными соглашениями регулируется формирование правительства лидером партии, победившей на парламентских выборах, коллективная и индивидуальная ответственность министров, процедуры созыва палат Парламента и роспуска Палаты общин, осуществление Коронай властных полномочий только с согласия Кабинета и др. В США соглашения определяют содержание так называемых приви-

¹ См.: Голландская правовая культура. — М., 1998.

² См.: Конституции государств Азии: В 3 т. / Под ред. Т.Я. Хабриевой. — М., 2010. — Т. 1: Западная Азия, 2010. — С. 58.

легий исполнительной власти, регулируют поведение выборщиков в процессе проведения президентских выборов¹. В странах континентального права данный обычай находит применение в процессе формирования правительства, определения его конституционного состава, а также в практике регулирования отношений, складывающихся в парламентской, избирательной практике (так называемые конституционные обыкновения). Традиционные нормы находят применение в практике «развивающихся» стран с монархической формой правления, сохраняющих сильные позиции родоплеменной и феодальной знати (Лесото, Свазиленд, Непал — до 2007 г.). В странах Персидского залива такие обычаи — элемент нормативной основы регулирования (часть мусульманского права) института монархии (порядок престолонаследия, prerogative монарха).² Кроме того, традиционные (точнее говоря, неотрадиционные) обычаи применяются и как нормативный регулятор в странах с квазидемократическими государственными режимами, в которых клиентарные отношения — неотъемлемый атрибут государственно-властной организации. Именно посредством такого рода обычаев выстраивается иерархия отношений между властными институтами. Доступ истинных форм права в эту сферу ограничен, действие закона, конституции имеет избирательный характер³.

В англо-американском, равно как и в континентальном праве, кроме того, различают (1) обычаи как самостоятельную часть действующей конституции (именно такие обычаи распространены в Великобритании)⁴; (2) обычаи, явно или скрыто дополняющие действующую писаную конституцию и из нее вытекающие.

Регулятивные особенности традиций таковы, что не только массовое, но и профессиональное правосознание порой не хочет замечать появившихся наряду с ними иных правовых форм (источников права), которые по юридической силе, несомненно, превосходят нормативность традиций. Так, компаративисты справедливо обратили внимание на то обстоятельство, что появление в Англии писаного права не привело к поколебанию старой традиции. И только в двух последних третях XIX и в XX веке парламент принял большое количество законов и постепенно стал осознавать, что именно закон может обеспечить модернизацию и прогресс права⁵.

Традиция, традиционное оказывает существенное влияние на предмет конституционного регулирования, «вторгаясь» в его содержание, вследствие чего конституционная лексика обогащается новыми понятиями и соответствующими им терминами. Это, в частности, касается закрепления в системе конституционного права России так называемых специальных прав⁶, которые являются следствием правового регулирования статуса коренных малочисленных народов Севера. В этой связи в контексте способов использования традиционного природопользования выделяют права на традиционные знания: знания способов использования природных ресурсов и форм хозяйственной деятельности коренных малочисленных народов, связанных с оленеводством, рыболовством, зверобойным промыслом, охотой и собирательством и др.; знания территории с биологическими ресурсами, составом популяций животных, видами и свойствами культурных и дикорастущих съедобных и лекарственных растений; знания традиционной системы самоуправления и хозяйственной организации, обеспечивающей долговременность использования возобновляемых природных ресурсов (традиционного хозяйственного календаря, способов лова, сбора и обработки продукции, навыков изготовления орудий труда и предметов домашнего обихода...⁷. Это также предусмотрено Федеральным законом от 7 мая 2001 года № 49-ФЗ «О территориях традиционного природопользования коренных малочисленных народов Севера, Сибири и Дальнего Востока Российской Федерации» право применять обычаи при осуществлении традиционного природопользования, право на традиционный образ жизни, право на занятие народной медициной и др.⁸

Как и правовые вообще, конституционные традиции могут иметь универсальное, так сказать, трансграничное значение, распространяясь на все страны и континенты, так и иметь значение внутри одной правовой семьи и даже отдельной правовой системы. Так, в странах общего права и заимство-

¹ См.: Мишин А.А. Государственное право США. — М., 1976. — С. 181—182.

² Чиркин В.Е. Государственная власть в развивающихся странах. — М., 1990. — С. 72—74.

³ Подробно см.: Червонюк В.И. Конституционное право зарубежных стран: Курс лекций: В 10 вып. — М., 2009. — Вып. 2: Введение в конституционное право. — Ч. II. — С. 82—87.

⁴ По образному выражению П. Бромхеда, такие соглашения в Великобритании представляют собой «неписанные поправки к неписаной конституции» (Бромхед П. Эволюция Британской конституции. — М., 1978. — С. 37).

⁵ См.: Леже Р. Великие правовые системы современности: сравнительно-правовой подход / Пер. с фр. А.В. Грядова. — 2-е изд., перераб. — М., 2010. — С. 25.

⁶ По мнению исследователей, специальные права коренных малочисленных народов и протекционизм по отношению к ним — типичная практика современных государств, включая приполярные государства (см.: Кряжков В.А. Коренные малочисленные народы Севера в российском праве. — М., 2010. — С. 157).

⁷ См.: Значение традиционных знаний для устойчивого развития коренных малочисленных народов: Пособие по сбору, документированию и применению традиционных знаний для организации коренных народов / Сост. О.А. Мурашко. — М., 2007. — С. 3.

⁸ См.: Кряжков В.А. Коренные малочисленные народы Севера в российском праве. — М., 2010. — С. 429—435.

вавших Вестминстерскую систему правления, безусловный приоритет в нормативной структуре права отдается процессуальным правовым институтам. Тем самым по-прежнему действует доминанта, соответственно которой общее право рассматривается как совокупность процессуальных решений; средства защиты предшествуют праву и т. д. Отсюда, несмотря на обилие принятых в последние годы статутов (Акты о Парламенте 1911 и 1949 гг., Акты о народном представительстве 1949, 1969, 1974, 1983, 1985, 1989 гг., Акт о гражданстве 1981 г., Акт о правах человека 1998 г. Акт о Шотландском парламенте 1998 г., Акт о реформировании полиции 2002 г., Акт о безопасности и борьбе с терроризмом 2001 г., Акт о доступе к правосудию 1999 г., «О конституционной реформе» 2005 г. и др.), и даже если будет принята писаная конституция (при том, что отмеченные акты имеют конституционное значение), исследователи утверждают, что это не лишит английское право оригинальности, проявляющейся в доминировании судебных решений¹.

В рамках различий типов правовых семей и конституционных систем конституционная традиция формулирует особенные подходы к фундаментальным понятиям, в частности, к пониманию закона. Так, в странах общего права юридическая теория и практика исходят из понимания закона в материальном и формальном значениях. В материальном смысле под законом понимается любая норма писаного права, в то время как собственно принимаемые парламентом статуты представляют закон в его формальном значении.

Соответственно сложившейся в отечественной истории традиции различают две основные формы правления: монархию и республику. При этом в основу организации верховной публичной власти традиционно берется способ замещения должности главой государства, в то время как в зарубежной литературе в отличие от отечественной определяющим при определении формы правления считаются взаимоотношения парламента, правительства и главы государства (без акцента на способ замещения этого поста). Такой подход отличается известным прагматизмом и позволяет учесть типовые сущностные черты сходных по форме правления государств. Так, очевидно, что парламентарная монархия отличается теми же взаимоотношениями главы государства и правительства, которые характерны для парламентарных республик. Поэтому в зарубежной литературе и выделяется в качестве особого парламентарный режим («парламентское правление»), объединяющий эти виды форм правления. Терминологически данная форма правления в конституциях зарубежных стран обозначается по-разному, одинаково широко распространена как в условиях монархического, так и республиканского строя. Способ замещения поста главы государства, как отмечалось, принципиального значения не имеет. Соответственно парламентская монархия и парламентская республика, объединяемые общим понятием «парламентское правление», являются аналогами, хотя исторически среди современных форм правления вначале возникает парламентская монархия².

В сфере действия конституционного права традиция оказывает определяющее влияние и на технико-юридический контекст конституционных актов, в частности на форму и стиль языка конституций. Так, конституции государств континентальной правовой системы по композиции нормативного материала представляют собой кодифицированные акты, в то время как значительное число конституций в странах общего права, в странах так называемой смешанной правовой семьи представлены неконсолидированными актами, симбиозом писаных и неписаных норм.

В европейских странах с романской правовой системой можно наблюдать тенденцию к общедоступному словоупотреблению и сравнительно простым формулировкам (то же можно сказать о японской Конституции). Для конституций стран германской правовой ветви характерны местами усложненные конструкции, однако они, хотя и представляют известную трудность для «среднестатистического» гражданина, но обеспечивают зато высокую юридическую точность.

Считается, что особо сложны для восприятия тексты конституций многих стран общей правовой семьи, что объясняется наличием в них ряда институтов, не имеющих аналогов в европейском континентальном праве, специфической стилистикой изложения нормативного материала; такие конституции характеризуются детализированным изложением норм с включением множества параграфов, пунктов и подпунктов, растянутостью изложения, почти всегда обязательным обозначением названия статьи (часто публикуемого на полях официального издания). Присущая актам общего права детализация регулирования обеспечивает необходимую точность толкования соответствующих правовых норм.

Для группы стран Индостана характерно наличие в структуре конституционных текстов такого необычного для основных законов компонента, как приложения. Так, в Переходной Конституции Непала от 15 января 2007 года в качестве приложения представлено изображение государственного флага³;

¹ См.: Леже Р. Великие правовые системы современности: сравнительно-правовой подход / Пер. с фр. А.В. Грядова. — 2-е изд., перераб. — М., 2010. — С. 30.

² См. об этом: Червонюк В.И. Конституционное право зарубежных стран / В.И. Червонюк, И.В. Калинин, И.С. Назарова. — М., 2009. — С. 109—111.

³ Конституции государств Азии: В 3 т. / Под ред. Т.Я. Хабриевой. — М., 2010. — Т. 2: Средняя Азия и Индостан. — С. 602.

конституции Бангладеш и Королевства Бутан соответственно включают по четыре приложения¹, Конституция Исламской Республики Пакистан содержит семь приложений², а Конституция Индии в ее современной редакции имеет 12 (ранее 18) приложений³; в Конституции Демократической Социалистической Республики Шри-Ланка содержится одно приложение, а также нетипичная для основных законов глава XXII «Толкование терминов»⁴.

Если в традиции европейских стран основные законы представляют собой относительно компактный текст (может быть, небольшим исключением является Конституция Швейцарии), то некоторые конституции стран неевропейского ареала отличаются необычайно объемным содержанием конституционных текстов, детализированностью конституционного регулирования (Бразилия, Индия, Пакистан).

Значительное место в структуре конституционного права занимают парламентские традиции, парламентские обычаи (конвенционные нормы), парламентские обыкновения и прецеденты. Парламентские обычаи представляют собой правила установительного характера, сложившиеся за многие годы мировой и национальной парламентской практики. К этому можно отнести способы обычного, неэлектронного голосования: вставанием, поднятием рук, расхождением в разные стороны, даже аккламацией — перекрикиванием одной группой другой и т. д. Будучи инкорпорированы в регламенты, они обретают форму парламентских прецедентов, то есть актов, обязательных к исполнению. Обычными нормами предусмотрены механизмы, применяемые в законодательной практике парламента. Это, в частности, правила: «кенгуру», прием, применяемый в Палате общин британского Парламента для ограничения свободы прений по законопроекту; «флибустьерство» — практикуемый в Сенате США способ блокирования принятия негодных представленной в парламенте политической партии законопроектов; «коровий шаг» — применяемые в японском парламенте действия, направленные на отсрочку или вообще срыв поименного голосования по законопроектам⁵.

Именно с традицией, берущей начало в Древнем Риме, связывают процедуру квалифицированного голосования двумя третями голосов. Разумность этой традиции была определена еще в древности, когда три человека составляли коллегию. Именно в Дигестах говорится о законе, установившем, что решения принимают двумя голосами из трех. С XII столетия правило двух третей получило еще большее распространение, поскольку стало использоваться при выборах папы римского⁶. В современных условиях эта правовая традиция получила свое официальное признание и закрепление в нормах конституций и других нормативных актах многих современных государств, а также в международных правовых документах.

Значительное место в структуре конституционного права занимают традиции, складывающиеся в сфере федеративных отношений. В частности, то обстоятельство, что в штатах США губернатор избирается путем прямых выборов, основано на получившей законодательное оформление сложившейся традиции. Напротив, идея прямых выборов губернаторов в штатах Индии не получила поддержки вследствие обстоятельства ментального свойства: «наличие двух центральных фигур в системе высших органов власти, а именно губернатора и главного министра — главы Правительства, определяемых электоратом, может привести к возникновению между ними трений»⁷ — таков традиционный взгляд индийских граждан на данную проблему.

В аспекте конституционной традиции национальные правовые системы отличаются специфическими разновидностями законов. Так, развитие статутного права в Англии способствовало появлению законов, которые только воспроизводили решения общего права, делая их более ясными и понятными; такие акты получили название закрепляющих законов. В то же время принимались законы, реформировавшие некоторые аспекты традиционных институтов, не приспособленные к жизненным реалиям (Акт о продаже товаров 1893 г.). Те законы, которые создавали новое право, — пример инновационных законов⁸. В настоящее время две последние разновидности преобладают; при этом законодатель максимально возможно учитывает закономерности и тенденции, проявляющиеся в судебной практике и практике судебного правотворчества.

Развивающаяся конституционная практика обусловила появление в XX веке в целой группе стран конституционных законов, имеющих наивысшую юридическую силу после конституций. Преимущест-

¹ Конституции государств Азии: В 3 т. / Под ред. Т.Я. Хабриевой. — М., 2010. — Т. 2: Средняя Азия и Индостан. — С. 110—128, 166—168.

² См. там же. — С. 725—744.

³ См. там же. — С. 370—448.

⁴ См. там же. — С. 996—1120.

⁵ См.: Червонюк В.И. Законодательная власть в зарубежных странах: Учебное пособие: В 2 ч. — М., 2009. — Ч. 1: Организация законодательной власти.

⁶ Карбонье Ж. Юридическая социология. — М., 1986. — С. 337.

⁷ Касаткина Н.М. Глава исполнительной власти субъекта федерации // Очерки конституционного права иностранных государств. — М., 1999. — С. 251.

⁸ Леже Р. Великие правовые системы современности: сравнительно-правовой подход / Пер. с фр. А.В. Грядова. — 2-е изд., перераб. — М., 2010. — С. 25.

венно они предназначены для частичных пересмотров основных законов (по Конституции Бразилии такие законы именуется «дополняющими»). Однако инонациональное и национальное в данной традиции сочетается по-особенному. Во Франции конституционными именуют также источники Конституции 1958 года — совокупности законов, относящихся к конституционным по одному предмету регулирования, объединяемых общим понятием «конституционный блок». В правовой системе России, как известно, этому виду законов действующей Конституцией придано принципиально иное значение (ст. 108), вследствие чего они по своему назначению больше напоминают органические законы. Сходство с российским аналогом в понимании данного вида закона существует и в некоторых других странах (Чехия, Австрия, Швеция, Нидерланды, Словакия, Италия).

С принятием Конституции Франции 1958 года в конституционную практику ряда государств введен такой вид законов, как органические законы (Алжир, Тунис, Мали, Португалия, Испания, Румыния, Молдова и др.). Конституцией Испании предусмотрено принятие базовых законов, определяющих порядок, объем, цель, принципы, критерии и все иные условия делегирования законодательных полномочий от парламента к правительству; в Италии принимаются специальные законы, призванные дополнять существующие кодексы и регулировать те общественные отношения, которые не охвачены ими; в ряде зарубежных государств принято выделять законы *публичные* (*degenal*) и *частные* (*local*). Публичные устанавливают общие правила, частные (регулируют вопросы, связанные с интересами отдельных лиц или корпораций, то есть определяют правовое положение отдельных физических лиц.

Применительно к российской правовой системе, очевидно, правомерно говорить о традиции появления так называемых распорядительных законов. Это законы, как следует из решений Конституционного Суда РФ, о прекращении полномочий выборного органа местного самоуправления, о досрочном прекращении полномочий регионального парламента субъекта РФ; это также принимаемые на федеральном уровне законы об образовании (упразднении) федеральных судов, о разделе продукции и др.

Господствующие в том или ином обществе традиции существенно влияют на конституционное устройство страны, «композицию» высших органов государства, их структуру, статус. Так, сохранение конституционной монархии в Великобритании, главным образом, связано именно с этим обстоятельством. То же самое можно сказать и о Японии, некоторых других странах¹. Сохраняющийся у Австралийского Союза, Канады, Новой Зеландии и ряда других государств статус доминионов Соединенного Королевства Великобритании в равной мере обусловлен соответствующей традицией. Именно живущие в конституционном правосознании испанцев идеи монархической формы правления способствовали реставрации после упразднения франкистского тоталитарного режима конституционной монархии («парламентского правления»).

В рамках исламской правовой традиции в странах, исповедующих ислам, учреждаются специализированные охранительные механизмы для того, чтобы «обеспечить согласованность законодательных актов, издаваемых исламским консультативным собранием, с исламом». В частности, Конституцией Исламской Республики Иран 1979 года учрежден Охранительный совет (*Gardian Gouzil*); Конституция Пакистана 1999 года учредила Федеральный шариатский суд (включающий не более восьми судей, назначенных Президентом страны на 3 года), который по собственной инициативе или по заявлению граждан Пакистана, а равно федерального Правительства или правительства провинции возбуждает производство о соответствии конституционно-правового закона или его положений предписаниям ислама, содержащихся в его источниках — Коране и сунне².

В конституционном праве традиции находят широкое применение в качестве правовых оснований формирования публичных институтов власти³. Так, принадлежность к определенной религии является обязательным условием для замещения в ряде стран поста главы государства. К примеру, британский монарх должен принадлежать к англиканской церкви, Король Швеции должен быть лютеранином, глава государства в мусульманских странах, независимо от формы правления, должен быть мусульманином.

Соответственно сложившимся традициям в ряде стран с парламентарной формой правления формируется институт премьер-министра. Согласно существующей традиции в Соединенном Королевстве Великобритании осуществляется назначение премьер-министром лидера политической

¹ По мнению бывшего премьер-министра Японии Я. Накасонэ, средством сохранения монархии в стране служит ограждение монарха от его вмешательства в повседневную жизнь (*Накасонэ Я. Политика и жизнь. Мои мемуары / Пер. с япон. — М., 1994. — С. 291*). Другими средствами сохранения привлекательности монархии называют конституционные обычаи (*Bogdanov V. The Monarchy and the Constitution. — Oxford, 1995. — P. 197—200*); поддержка монархии религией (*Салыгин Е.Н. Теократические государства. — М., 1999. — С. 60—67*).

² См.: *Московичи С. Машина, творящая богов / Пер. с фр. — М., 1998. — С. 332*.

³ В государственно-правовых системах ушедших эпох именно традиции выступали важнейшим механизмом регулирования отношений властвования. Так, в тех немногих странах, где монарх воцарялся на свой пост посредством выборов, действующие традиции определяли круг претендентов. К примеру, в Польше король пожизненно избирался сеймом из числа высшей государственной знати или из числа иностранных монархов.

партии, одержавшей победу на выборах в Палату общин. Сложившимися в США традициями предопределен способ распределения «портфелей» при формировании состава правительства и государственной администрации. К примеру, при формировании правительства (исполнительного аппарата Президента) традиционно применяется так называемый принцип «заслуг».

Именно традицией, в последующем получившей закрепление в Конституции США (разд. I поправки XXII), обусловлен запрет не избираться на пост Президента страны более двух раз.

В отдельных странах традиции положены в основу определения избирательной системы при проведении выборов президента. Так, в абсолютном большинстве стран при проведении таких выборов применяется мажоритарная избирательная система, соответственно абсолютного большинства — в первом туре и относительного большинства при проведении второго тура. Между тем в США традиционно применяется архаичная и не отвечающая современным конституционным реалиям избирательная система с использованием института выборщиков.

Правовая традиция определяет отношение к правам и свободам, способам их признания в конституционном законодательстве. К примеру, в США абсолютное большинство социально-экономических и культурных прав не получили закрепления в Основном законе страны и не признаются Верховным Судом в качестве фундаментальных прав. В странах англо-американской правовой традиции гражданские и так называемые процессуальные права оформляются в конституционных актах с использованием негативного способа, в то время как конституции других стран при конституционализации таких прав применяют позитивный способ.

В связи с отмеченным значением конституционных традиций возникает вполне резонный вопрос о пределах регулятивного их действия. Очевидно, что за ними нельзя признавать абсолютно-регулирующего значения, не соизмеряя с социально-гуманитарным контекстом права. Конституционные традиции не могут и не должны входить в противоречие с общими интересами, приоритетами и ценностями личности. Если это имеет место, то в развитых конституционных системах вступают в действие механизмы коррекции традиционных представлений. Так, обладая компетенцией на монопольное толкование европрава, Суд Европейского Союза закрепил во многих своих решениях прямое действие и приоритет права ЕС перед национальным законодательством, включая и конституционное. В рамках этой созданной наднациональной юридической традиции должны были действовать все национальные органы государства — законодатель, правительство, суды.

Юридическим средством коррекции этой традиции стали решения национальных органов конституционного контроля. Значимую роль в этом процессе сыграл Федеральный конституционный суд Германии, который в решении от 18 октября 1986 года Solange 11 «выразил свои опасения в связи с отсутствием надлежащей защиты Основного закона правом Европейских Сообществ», установив, что отныне Европейский суд рассматривается как законный и главный судья в смысле статьи 101 абз. 1 Основного закона ФРГ. По мнению специалистов, Суд, основываясь на § 57 закона о Федеральном конституционном суде 1985 года удалось оказать «воспитательное» воздействие на свое федеральное правительство. Последнее, голосуя в Совете или вырабатывая свою позицию по проектам коммунитарных актов, было просто вынуждено считаться с решениями Суда. В последующем аналогичное решение ранее было принято Конституционным судом Италии от 23 апреля 1985 года. Решением от 20 октября 1989 года Государственный совет Франции вслед за Италией отменил свое прежнее оговорку против приоритета вторичного права ЕС перед национальными законами¹.

Симптоматично, что под воздействием отмеченных обстоятельств в проект Европейской Конституции 2004 года, а затем в Лиссабонский договор 2007 года, заменивший не вступивший в силу упомянутый проект, включен комплекс норм, гарантирующий сохранность национальных конституций в их соотношении с правом Европейского Союза². В частности, одной из важнейших таких гарантий является положение статьи 50 Договора о Европейском Союзе, устанавливает, что «любое государство — член в соответствии со своими конституционными правилами может принять решение о выходе из состава Союза»³.

¹ См.: Клемин А.В. Европейское право и Германия: баланс национального и наднационального. Европейское Сообщество, Германия, право: национальный консерватизм, коллизии и единство. — Казань, 2004. — С. 437.

² В отечественной литературе роль права ЕС в отношении законодательства его членов постулировалась несколько однозначно (см., например: Энтин М.Л. Суд Европейских Сообществ. — М., 1984). Справедливости ради, надо сказать, что политическая практика тех лет в определенной мере предрасполагала к подобному рода выводам. Несмотря на изменившиеся реалии, в новейшей литературе прослеживается та же позиция. Так, отмечается, что положение дел в Союзе... более сходно с ситуацией в федеративном государстве, где именно федеральные суды решают споры о соответствии актов субъектов федерации общегосударственному праву. Суд Европейских сообществ, таким образом, выступает в роли «верховного» или «конституционного» суда Европейского Союза» (Право Европейского Союза: Учебник / Под ред. С.Ю. Кашкина. — 3-е изд., перераб. и доп. — М., 2011. — С. 12).

³ См.: Европейский Союз: основополагающие акты в редакции Лиссабонского договора с комментариями. — М., 2008. — С. 208.

Проблема соотношения традиций и инноваций в российском конституционном праве

Как отмечалось, правовые традиции являются выражением преемственности в правовом развитии. В современных условиях эволюционное развитие права сталкивается с процессом глобализации и его следствием — интернализацией правовых и государственных систем. Вследствие этого правовое развитие во всемирном масштабе характеризуется непрерывным влиянием одной правовой системы на другие, менее развитые, происходит сближение национальных правовых систем, унификация их отраслей и институтов. В этой связи получает новое осмысление феномен правовой аккультурации — передача права принудительно или без принуждения одним обществом другому (Н. Рулан). При этом правовая аккультурация приобретает глобальное измерение, правовое развитие отдельно взятой страны подчиняется законам движения права в его планетарном масштабе, происходит заимствование, то есть перенос элементов развитой правовой системы в правовую систему, уступающую в развитии, и, как следствие этого, ее реинтеграция. Заметным явлением можно, в частности, считать американизацию права. Усиливается взаимозависимость, взаимовлияние правовых систем разных государств. Наблюдается прежде всего прямое и непосредственное заимствование нормативного материала. Оно заключается в том, что одна правовая система инкорпорирует в свой состав нормативные комплексы другой (отрасль права, законодательства, крупный законодательный акт, институт права). С этим направлением связано восприятие идей, принципов правового регулирования, а нередко, форм (источников) права, формы законодательного акта, юридических конструкций. Особой формой восприятия является заимствование юридической терминологии, правил и приемов законодательной техники, толкования, использование специфических для правовой системы той или иной страны технологий законотворческой деятельности, законодательных процедур и т. п.

Происходит взаимное влияние друг на друга различных типов правовых систем, что наиболее отчетливо проявляется в сближении континентальной системы права и системы общего права. Наблюдаются две взаимообуславливающие друг друга тенденции: интервенция закона и законодательной культуры в сферу общего права, с одной стороны, и возращение роли судебной деятельности и прецедентной практики в системе континентального права — с другой. По утверждению правоведов, это сближение есть лишь проявление более глубоких процессов, преобразующих мир права, которые могут быть названы правовой конвергенцией. Вследствие правовой конвергенции (интеграции), при которой происходит взаимное обогащение права в различных ареалах, в правовых системах демократических стран появляются известные черты общности, своего рода «новой однотипности»¹. Вместе с тем, национальные правовые системы не утрачивают своей идентичности, сохраняя относительную самостоятельность, присущую им самобытность. Интернационализация национального права переплетается с доместикацией (интернационализацией) международного права, проявляющейся в признании его частью внутреннего права страны. Все большее число международных норм инкорпорируется внутренним правом и там обретает свое полное значение².

Процессы правовой аккультурации, принявшие глобальный характер, взаимовлияние правовых систем мира неизбежно ведут к сближению последних, к определенной их *унификации*. Если ранее унификация протекала стихийно, то в условиях глобализации она приняла целенаправленный характер *стандартизации правовой жизни*: в сфере законодательства — это распространение общемировых стандартов (техико-юридического наследия, испытанных технологий законодательства), а также сетей коллективной солидарности, охватывающих большинство стран. Значительную модернизацию претерпевает правоприменительная практика. Стандартизируются механизмы и процедуры осуществления унифицированных норм права. В этой связи актуализируются проблемы стандартизации многих процедурно-процессуальных производств, в особенности конституционных, административных, гражданско-процессуальных, происходит гармонизация и сближение норм права, регулирующих однопорядковые правовые отношения в разных странах. Стандартизация все более проникает в сферу прав человека. Государства — члены сообщества ориентируются на международно-правовые стандарты в области гуманитарного права. Приобретают устойчивый интерес наднациональные механизмы защиты прав человека. Это одна (положительная) сторона проблемы. Другая (негативная) состоит в том, что защита прав человека в условиях глобализации приобретает особую остроту, что прежде всего характерно для сферы частной жизни. Глобализация сопровождается накоплением информации о гражданах, их поведении, а также созданием электронных баз данных о телеметрических параметрах каждого человека, о структуре ДНК, отпечатках пальцев и т. д.

¹ См.: *Алексеев С. С.* Право на пороге нового тысячелетия. Некоторые тенденции мирового правового развития — надежда и драма современной эпохи. — М., 2000. — С. 225; *Цвайгерт К.* Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права: В 2 т. / К. Цвайгерт, Х. Кетц; Пер. с нем. — М., 1998. Нередко эти процессы описываются понятием гармонизации права (Б.Н. Топорнин, И.И. Лукашук и др.).

² См. об этом: *Лукашук И. И.* Глобализация, государство, право, XXI век. — М., 2000. — С. 205.

С явлением глобализации связано возникновение наднациональных нормативных правовых массивов, которые находятся вне национальной юрисдикции и территориального суверенитета государства. Примером этого западные специалисты считают возникновение глобального торгового и договорного права. Возникновение глобальных общностей права наблюдается, по утверждению специалистов, в сфере защиты и охраны окружающей среды. Несомненно, к новым правовым общностям следует отнести интенсивно развивающееся *гуманитарное право*, которое давно уже стало наднациональным и тенденция его обособления все более проявляет себя, приобретая, по-видимому, характер правовой закономерности¹. Колоритным проявлением глобализации является возникновение *информационного права*. Правовой общностью экстерриториального действия является региональное право, в частности, европейское право, а также право Европейского Союза — нормативно-юридический комплекс, которому одновременно присущи как черты наднационального, так и внутригосударственного права.

Глобализация и универсализация культуры самым непосредственным образом влияют на некогда замкнутые правовые семьи: происходит стирание граней между различными типами правовых систем, основывающихся на общности типов культур и цивилизаций. Происходит то, что можно назвать стандартизацией или мутацией правовых систем и правового образа народов, населяющих разные страны и континенты. Это в особенности заметно на уровне европейского континента. Расширение числа государств Европейского Союза и Совета Европы унифицирует правовое развитие стран, входящих в эти сообщества. Как образно замечено (А.И. Ковлер), история европейского права пишется в Брюсселе и Страсбурге.

Правовая жизнь современного человека все более выходит за пределы национальных правовых и государственных систем, приобретая глобальное измерение. Под влиянием глобализации происходит разрушение сформировавшихся типов правосознания и типов правовой культуры; отрицание самодостаточности национальных правовых систем ощущается все очевиднее. Ослабление государственной власти и действия права снижают как у отдельного человека, так и социальной общности чувствительность к национальным государственно-правовым институтам. В правовой психике людей поселяется напряженность как реакция на угрозы, которые, по мнению людей, нельзя устранить. В то же время, под влиянием негативных процессов глобализации (силовых акций властей, попирающих права отдельных людей и целых народов, пагубного влияния транснациональных предприятий и пр.) наблюдается консолидация правовых чувств и настроений народов самых разных стран и континентов, правовая и политическая активность людей даже противоположных убеждений, вероисповеданий все чаще и сильнее заявляет о себе как важнейший институт формирующегося транснационального (глобального, всемирного) гражданского общества. Можно сказать, что впитавшие гуманистические идеи идеалы правовые традиции приобретают в этих условиях поистине универсальное значение.

Но если правовая аккультурация, являясь следствием заимствования положений других правовых культур, подрывает преемственность собственной правовой культуры, то вопрос о том, могут ли существовать одновременно традиции и инновации в сфере действия конституционного права или же последние есть отрицание первых, имеет не только теоретическое но и принципиально важное практическое значение. Попутно с этим требует уточнения вопрос о том, существуют ли на российской «правовой почве» такие правовые, а равно и конституционные, традиции, которые требуют сохранения и развития. Либо же такие традиции — результат их заимствования из иной правовой среды.

В современной литературе данная проблема решается по-разному. В представлении зарубежных исследователей, «Россия принадлежит *par excellence* к той категории государств, которую политическая и социологическая литература обычно определяет, как «вотчина» (*patrimonial*). В таких государствах политическая власть мыслится и отправляется как продолжение права собственности, и властитель является одновременно и сувереном государства и его собственником. Трудности, с которыми сопряжено поддержание режима такого типа... породили в России состояние перманентного внутреннего напряжения, которое не удалось преодолеть и по сей день»².

Основываясь на сходных доводах, российские ученые подчеркивают, что «особенностью социокультурной системы российской цивилизации является то, что ее системообразующим элементом

¹ Обоснование этому см.: *Червонюк В.И.* Конституционное право зарубежных стран: Курс лекций: В 10 вып. — Вып. I: Введение в конституционное право. — Ч. II. — С. 147—152.

² *Пайпс Р.* Россия при старом режиме. — М., 2004. — С. 10. По мнению американского историка, «при всей своей необъятности территорий и звонких речах об имперской мощи Российское государство было слабым, искусственным образованием, целостность которого обеспечивали не естественные связи правителя с его подданными, но механистические скрепы, накладываемые чиновничеством, полицией и армией». Аналогичные по своей идеологии подходы к оценке правовых и государственных институтов и у зарубежных юристов. Так, в представлении Рене Давида, «до Октябрьской революции русский народ не считал право основой социального строя» (*Рене Д.* Основные правовые системы современности. — М., 1988. — С. 179); для Х.Дж. Бермана «советское право — незаконнорожденный сын западного права» (цит. по: *Ткаченко С.В.* Рецепция западного права в России: проблемы взаимодействия субъектов: Монография. — Самара, 2009. — С. 21).

является не религия, не религиозно-нравственные учения, а государство. И это государство в течение столетий характеризовалось самовластием, вотчинностью (то есть нераздельностью власти и собственности), централизмом, зыбкостью правовой основы, которой можно пренебречь во имя интересов государства, периодической сменой неустойчивости стабильностью и наоборот¹. Если принять за основу такие доводы, то вопрос о традициях российской государственности отпадает сам собой.

Делается вывод, что изначальная антиличностная, антизаконническая позиция пронизывала всю систему государственности в России, создавала основы системоцентристского генотипа², который получил развитие в и оправдание в последующей истории Российского государства.

Предпринявший специальное монографическое исследование по рассматриваемой проблеме К.В. Арановский исходит из того, что Россию вряд ли можно отнести к странам, имеющим основательную конституционную историю», что «Россия относится к странам, которые взялись устраивать конституционный порядок, пользуясь обширными заимствованиями», соответственно ее конституция не «оригинальная», а «заимствованная»; «первый опыт учреждения конституции» в России имеет место «в ответ на революцию 1905 года», что «появление конституции в России можно пытаться объяснить тем, что распад мировоззрения утрата веры, и смыслов... дают тому подобный случай» и т. д.³

Конечно, длительное время российская действительность не предрасполагала к утверждению действительно конституционных ценностей. Можно согласиться с тем, что преодоление вотчинности, раздробленности, центробежных тенденций возможно было лишь путем создания сильного централизованного государства, которое могло удержать в повиновении завоеванные земли с населением, не имевшим единых традиций, единой религии как консолидирующих факторов, единых правовых начал⁴. Вряд ли приходится возражать и против того, что сильная государственность, не опирающаяся на право, неизбежно сопряжена с отсутствием личностного начала и свободы в общественном сознании. У подданных были только обязанности⁵. Известно, что исследователи российской истории обращали внимание на то обстоятельство, что «сословия в России различались не правами, а повинностями» (В.О. Ключевский). Очевидно и то, что византийское наследие нашло развитие в имперской политике Российского государства. Расширение территории России в результате завоеваний закрепило важную тенденцию российской государственности — централизм⁶.

Все это, не рискуя предать забвению принцип объективности научного анализа, не приходится отрицать. В то же время компетентная литература и беспристрастные аналитики указывают на то, что у российского общества есть свои незыблемые правовые ценности, легшие в основу правовых традиций, — это идеи гуманизма, веротерпимость, соборность. Подчеркнем, что исторические факты доказывают наличие в государственно-правовом развитии России традиций, которые остались незамеченными для многих отечественных и, в особенности, зарубежных исследователей российской государственности. В частности, задолго до появления в Европе первых конституционных актов, учреждающих конституционные учреждения, фундаментальные начала формирования конституционализма как принципиально новой системы государственного устройства, такие акты уже в начале XVII века принимались в Российском государстве. Как отмечает В.О. Ключевский, ни в одном акте Смутного времени русская политическая мысль не достигает такого напряжения, как в договоре М. Салтыкова (посол России в Польше) и его товарищей с королем Сигизмундом, заключенном 4 февраля 1610 года под Смоленском⁷. Текст Договора не оставляет сомнений в том, что перед нами учредительный акт конституционного значения. Этот «политический документ представляет довольно разработанный план государственного устройства⁸, который: во-первых, «устанавливает порядок высшего управления». В.О. Ключевский на основании анализа Договора от 17 августа 1610 года, представлявший укороченный вариант договора от 4 февраля 1610 года, сделал вывод о том, что это «целый основной закон конституционной монархии, устанавливающий... устройство верховной власти...»; во-вторых, «в договоре впервые разграничивается политическая компетенция» структур государства; договор предусматривал создание некоторых механизмов сдержек и противовесов во взаимоотношениях высших органов государства и таким образом, пусть и достаточно осторожно, говорит о разделении властей в государстве, хотя и достаточно своеобразно, но весьма смело для того времени: «Государь делит свою власть с двумя учреждениями, земским собором и

¹ Лукашева Е.А. Человек, право, цивилизации: нормативно-ценностное измерение. — М., 2009. — С. 314.

² Оболонский А. В. Драма российской политической истории: система против личности. — М., 1994. — С. 24.

³ См.: Арановский К.В. Конституционная традиция в российской среде. — СПб., 2003. — С. 393, 397, 398 и след.

⁴ Лукашева Е.А. Человек, право, цивилизации: нормативно-ценностное измерение. — М., 2009. — С. 319.

⁵ Там же. — С. 320

⁶ Ильин В.В. Российская государственность: истоки, традиции, перспективы: истоки, традиции, перспективы / В.В. Ильин, А.С. Ахиезер. — М., 1997. — С. 143.

⁷ Ключевский В.О. Русская история: Полный курс лекций: В 3 кн. — М., 1993. — Кн. 2. — С. 159—160.

⁸ Там же. — С. 159—164.

Боярской думой»¹; в-третьих, «Договор формулирует права и преимущества всего московского народа и его отдельных классов»².

Несмотря на то, что отмеченный документ мало знаком не только широкому кругу читателей, но и специалистам³, он, несомненно, послужил основой для конституционных преобразований Российского государства, которые наступили по происшествию почти трех столетий. Положения Договора от 4 февраля 1610 года легко угадываются в ряде конституционных проектов XVIII—XIX веков и, в особенности, в Основных Государственных законах от 23 апреля 1906 года.

Сочетание в указанном документе традиционного и инновационного В.О. Ключевский объясняет следующим образом: «Люди хватаются за писанный закон, когда чувствуют, что из-под ног ускользает обычай, по которому они ходили. Салтыков с товарищами живее первостепенной знати чувствовали совершавшиеся перемены, больше ее терпели от недостатка политического устава и от личного произвола власти, а испытанные перевороты и столкновения с иноземцами усиленно побуждали их мысль искать средств против этих неудобств и сообщали их политическим понятиям более широты и ясности. Старый колеблющийся обычай они и стремились закрепить новым, писанным законом, его осмыслившим»⁴.

Модернизация традиций в соответствии с духом времени — естественный процесс. На смену отжившим и устаревшим традициям должны прийти новые. Поскольку традиции по своему содержанию могут быть прогрессивными и регрессивными⁵, действительными и мнимыми, то очевидно, что восприятие инновационного в конституционном развитии должно основываться на двух взаимно сосуществующих тенденциях: во-первых, в сохранении, упрочении и развитии апробированных временем, соответствующих духу и букве конституции прогрессивных традиций⁶; во-вторых, в отказе от отживших (не отвечающих принципам конституционного строя, правам и свободам человека и гражданина, его приоритетам и действительным конституционным ценностям) традиций⁷ и, активном внедрении

¹ Значение земского собора, отмечает В.О. Ключевский, определяется двумя функциями. Во-первых, исправление или дополнение судного обычая, как и Судебника, зависит от «бояр и всей земли», а государь дает на то свое согласие. Обычай и московский Судебник, по которым отправлялось тогда московское правосудие, имели силу основных законов. Значит, земскому собору договор усваивал учредительный авторитет. Ему же принадлежал и законодательный почин. Боярская дума имеет законодательную власть: вместе с ней государь ведет текущее законодательство, издает обыкновенные законы. Думе принадлежит и высшая судебная власть: без следствия и суда со всеми боярами государю никого не карать, чести не лишать, в ссылку не ссылат, в чинах не понижать. договор настойчиво повторяет, что все эти дела, как и дела о наследствах после умерших бездетно, государю делать по приговору и совету бояр и думных людей, а без думы и приговора бояр таких дел не делать (см.: *Ключевский В.О.* Русская история: Полный курс лекций: В 3 кн. — М., 1993. — Кн. 2. — С. 162—163).

² Как отмечает В.О. Ключевский, идея личных прав, столь мало заметная у нас прежде, в договоре 4 февраля впервые выступает с несколько определенными очертаниями. Все судятся по закону, никто не наказывается без суда. По договору ответственность за вину политического преступника не падает на его невиновных братьев, жену и детей, не ведет к конфискации их имущества. Совершенной новизной поражают два других условия, касающихся личных прав: больших чинов людей без вины не понижать, а малочиновых возвышать по заслугам; каждому из народа московского для науки вольно ездить в другие государства христианские, и государь имущества за то отнимать не будет. статью о возвышении незнатных людей по заслугам, заменив ее новым условием, чтобы «московских княжеских и боярских родов приезжими иноземцами в отечестве и в чести не теснить и не понижать». Мелькнула мысль даже о веротерпимости, о свободе совести. Договор обязывает короля и его сына никого не отводить от греческой веры в римскую и ни в какую другую, потому что вера есть дар божий и ни совращать силой, ни притеснять за веру не годится: Договор обязывает блюсти и расширять по заслугам прав» и преимущества духовенства, думных и приказных людей, столичных и городских дворян и детей боярских, часть и торговых людей (*Ключевский В.О.* Русская история: Полный курс лекций: В 3 кн. — М., 1993. — Кн. 2. — С. 161).

³ Достаточно сказать, что ни в одном из учебных изданий по истории государства и права данный документ не получил отражения.

⁴ *Ключевский В.О.* Русская история: Полный курс лекций: В 3 кн. — М., 1993. — Кн. 2. — С. 164.

⁵ В рамках последних выделяются реакционные традиции. К последним, в частности, относят различные модели этноэтатизма (см.: *Куриленко М.А.* Исламские государственно-правовые традиции в этнократических режимах в республиках на Северном Кавказе: Автореф. дис... канд. полит. наук. — Ростов-на-Дону, 2008. — С. 10, 15).

⁶ В этой связи очевидно, что государство должно стремиться сохранять традиции своего народа и, прежде всего те, которые передают социальный опыт поколений и составляют неотъемлемую часть социо- и правогенеза. В этом смысле правовые традиции представляют собой не только часть духовного наследия данного общества, но и его культурно-правовой феномен (см.: *Скасырский И.В.* Российская культурно-правовая традиция и ее институционализация в современных условиях : Автореф. дис... канд. юрид. наук. — Ростов-на-Дону, 2002. — С. 5).

⁷ Сюда же следует отнести и согласование взаимоисключающих традиций. Так, в литературе обращено внимание на то, что традиция о правовом государстве представляет собой череду непрекращающихся попыток совместить взаимоисключающие начала: автономию личности и внешний по отношению к человеку порядок принуждения (устанавливаемое государством право); «пространство свободы» и создаваемое властью «публичное пространство» (проблема «государства и общества»); демократические ценности (законодательствующая воля большинства) и либеральные ценности, выразившиеся в классической концепции прав человека (*Федотов А.С.* Гражданское общество в России: параметры адекватной модели: Дис... д-ра полит. наук. — Саратов, 2004. — С. 17).

научно обоснованных и апробированных опытным путем инноваций в сферу конституционного регулирования. При этом, чтобы приобрести действительное значение, инновации должны «вписаться» в систему имеющихся значений социокультурного и правового опыта, согласоваться с уже действующей правовой традицией или создать новую традицию. Процесс этот непрерывный, как непрерывной является правовая жизнь общества. Таким образом, традиционное и инновационное в конституционном строительстве не противодействуют, но дополняют друг друга и тем самым способствуют эволюционному развитию и совершенствованию конституционной практики.

И.Л. Честнов

Честнов Илья Львович — доктор юридических наук, профессор, профессор кафедры государственно-правовых дисциплин Санкт-Петербургского юридического института (филиала) Академии Генеральной прокуратуры Российской Федерации

Преемственность права в контексте постклассической науки

Проблема преемственности права чрезвычайно актуальна как для историко-правовой науки, так и для политики права, которые очевидным образом взаимообуславливают друг друга. Особую актуальность этот вопрос приобретает сегодня, когда складывается постклассическое мировоззрение и соответствующая научная картина мира. Как разумно проводить правовую политику, соблюдая меру преемственности и новаторства, заимствования зарубежного опыта и умеренного консерватизма, может ли история и рефлексия над прошлым помочь в этом — вопросы, принципиально важные для современной отечественной юриспруденции.

Традиционно, с позиций классического науковедения преемственность в социальных науках трактуется как «связь между явлениями в процессе развития, когда новое, снимая старое, сохраняет в себе некоторые его элементы. Преемственность есть одно из проявлений диалектики *отрицания отрицания закона и перехода количественных изменений в качественные*. Преемственность носит объективный и всеобщий характер, проявляясь в природе, обществе и познании. Применительно к обществу различают две стороны преемственности: передачу социальных и культурных ценностей от поколения к поколению, от формации к формации и усвоение этих ценностей каждым новым поколением, каждой новой социальной системой. Преемственность — особый механизм «памяти общества», который осуществляет накопление и хранение культурной информации прошлого, на основе которой создаются новые ценности. Преемственность может быть непрерывной, когда культурные ценности прошлого постоянно функционируют в жизни общества, и прерывной, когда какие-либо ценности на время исчезают из культурного обихода. Преемственность обозначает также всю совокупность действия *традиций*, воспроизводящих нормы социального поведения, характерные для исторически прошедшей общественной реальности. При этом следует различать наследование подлинных ценностей культуры и сохранение *пережитков* прошлого. ...На принципе преемственности основаны все социальные институты обучения и воспитания»¹.

С.К. Бондырева и Д.В. Колесов преемственность рассматривают как «*ненасильственное заимствование чего-либо одним индивидом у другого (или одним сообществом у другого) с последующим воспроизведением этого (заимствованного) в своей жизнедеятельности...* Преемственность предполагает повторение заимствованного и его развитие, а также продолжение участия в процессе и поддержание этого процесса, если заимствован процесс. Таким образом, **преемственность — это явление, сущность которого заключается в усвоении опыта (действий) одних индивидов другими и воспроизведении его в собственной деятельности**». По их мнению, традиция теснейшим образом связана с преемственностью: «*Традиция реализует именно отношения преемственности, но обязательно между поколениями*. Акты преемственности происходят постоянно и в пределах одного поколения: учение всегда предполагает реализацию полученных знаний, и такая реализация — это тоже проявление преемственности»².

Известный антрополог М. Мид рассматривает проблему преемственности между поколения применительно к классификации культур. «Разграничение, которое я делаю между тремя типами культур — *постфигуративной*, где дети прежде всего учатся у своих предшественников, *кофигуративной*, где и дети и взрослые учатся у сверстников, и *префигуративной*, где взрослые учатся также у своих детей,— отражает время, в котором мы живем. Примитивные общества, маленькие религиозные или идеологические анклавы главным образом постфигуративны, основывая свою власть на прошлом. Великие цивилизации, по необходимости разработавшие процедуры внедрения новшеств, обращаются к каким-то формам кофигуративного обучения у сверстников, товарищей по играм, у своих коллег по учебе и труду. Теперь же мы вступаем в период, новый для истории, когда молодежь с ее префигуративным схватыванием еще неизвестного будущего наделяется новыми правами»³. «Постфигуративные культуры, культуры, в которых взрослые не могут вообразить себе никаких перемен и потому передают своим потомкам

¹ Большая советская энциклопедия // Эл. версия: www.bse.sci-lib.com/article092423.html

² Бондырева С.К. Традиции: стабильность и преемственность в жизни общества: Учебное пособие / С.К. Бондырева, Д.В. Колесов. — М.: Воронеж, 2004. — С. 10.

³ Мид М. Культура и мир детства. — М., 1983. — С. 1 // эл. версия: www.countries.ru/library/texts/mid.htm

лишь чувство неизменной преемственности жизни, по современным данным, были характерны для человеческих сообществ в течение тысячелетий или же до начала цивилизации»¹.

Характеризуя постфигуративную культуру, она пишет: «...преемственность в каждой культуре зависит от одновременного проживания в ней по крайней мере представителей трех поколений. Существенная черта постфигуративных культур — это постулат, находящий свое выражение в каждом деянии представителей старшего поколения, постулат, гласящий, что их образ жизни, сколь много бы изменений в нем в действительности ни содержалось, неизменен и остается вечно одним и тем же»². Тем самым преемственность традиционного общества противопоставляется инновационному типу современной культуры.

Собственно эти же мотивы господствуют и в немногочисленных юридических работах, посвященных преемственности в праве.

Ф.Ф. Литвинович актуальной задачей современной юриспруденции видит «исправление некоторого методологического искривления, которое проявилось на предыдущем этапе развития права и государства в России — в разрыве конструктивной преемственности с дореволюционной российской юридической мыслью, многие положения которой становятся актуальными именно сегодня, на новом витке истории России»³. При этом постулируется, что до автора диссертационного исследования «преемственность в праве исследовалась с позиций одномерного, линейного, прогрессивного развития, анализ преемственной связи осуществлялся лишь по глубине и степени влияния правового наследия на современное право и государство. По нашему мнению, преемственность в праве — это неизмеримо более сложная связь, чем просто одномерная и линейная, требующая для раскрытия своего сложного содержания сущностных оснований нелинейного развития. Именно поэтому исследование проблемы преемственности в праве с позиций не абсолютного линейного, прогрессивного развития, а под углом относительности снятия, предполагающего бесконечное возвращение субъекта деятельности к прошлому правовому наследию в свете новых задач, позволит в цепи многоактных отрицаний и «снятий» обнаружить соотношение непреходящего и преходящего в развитии права и на основе этого выработать научно обоснованные рекомендации для правотворчества и государственного строительства»⁴. Развивая идеи синергетики, преемственность в праве трактуется автором «как проявление объективной существенной связи между различными этапами развития права, связи, которая реализует себя не в одноактном отрицании и «снятии», а в бесконечной цепи «снятий», вбирающих в себя непреходящие формы и ценности правового бытия»⁵.

Анализируя соотношение понятия «преемственность» с другими близкими понятиями, Ф.Ф. Литвинович полагает, что, имея объектную общность, понятия «преемственность в праве» и «повторяемость» различаются в аспекте соотношения их как сущность и явление. Понятие «преемственность» выражает объективную связь явлений, в то время как понятие «наследование» отражает деятельно-субъективный момент этой связи, заключающий в себе ее осознание, критическую оценку, но в онтологическом плане можно говорить об определенном совпадении этих понятий. Наследование исторического правового опыта поколений является специфической формой действия закона преемственности в развитии права. Понятие «заимствование» характеризует преемственность в праве со стороны влияния и взаимовлияния сосуществующих правовых культур, причем уровень развития субъекта заимствования должен не только соответствовать уровню развития заимствуемого содержания, но и быть способным к приумножению, обогащению этой правовой культуры. Если же заимствование не соответствует этому критерию, оно превращается в простое повторение предыдущих результатов, в иллюзорную видимость преемственности. Рецепция правовых ценностей предшествующей культуры и перенос ее достижений в актуальную деятельность реализуется как заимствование, которое должно быть приумножено и обогащено, в противном случае оно превращается в простое повторение предыдущих результатов и только видимость преемственности и рецепции⁶.

В другой работе он пишет: «Преемственная связь, выступая важнейшим элементом механизма переходных ситуаций развития права, выражает в этом механизме тот момент, который обуславливает целостность развивающейся системы права не только за счет генетического единства, но и за счет единства связей сосуществования, что находит свое отражение в понятиях «наследование», «заимствование», «рецепция права», с разных сторон выражающих процесс преемственности в праве»⁷.

¹ Мид М. Культура и мир детства. — М., 1983. — С. 1.

² Там же. — С. 2.

³ Литвинович Ф.Ф. Преемственность в праве: Вопросы теории и практики: Дис... канд. юрид. наук. — Уфа, 2000. — С. 3—4.

⁴ Там же. — С. 4—5.

⁵ Там же. — С. 5.

⁶ Там же. — С. 13—14.

⁷ Литвинович Ф.Ф. Преемственность в праве и методология права // Вестник ВЭГУ — 2010. — № 5 (49). — С. 21—22. Справедливости ради заметим, что некоторые идеи автора, например, о нелинейности процесса преемственности права, могут быть квалифицированы как неклассические.

Собственно, об этом же идет речь в диссертации В.А. Рыбакова, содержащей несколько поразительных совпадений с работами Ф.Ф. Литвиновича, в которой автор дает «обоснование оригинального понимания преемственности в праве. Из него исключаются рецепция права, правовой опыт, правовое наследие, повторения в праве, которые представляют собой самостоятельные правовые явления»¹.

Известный французский историк и антрополог права Н. Рулан использует несколько иную терминологию: перенесение права, заимствование, аккультурация, рецепция, включающая возрождение старого права, трансплантацию и привнесение права извне². Им, в частности, выделяется два типа перемещения права: добровольное и принудительное (последнее подразделяется на перемещение как результат аннексии и результат колонизации). Отсюда вытекает и две разновидности результата перемещений права: принятие и сопротивление. При этом чаще всего встречается взаимное проникновение перенесенного и туземного права. «Перенесенные права вообще присваиваются элитами или некоторыми этническими группами. Те, что держат в своих руках политическую и экономическую власть, пользуются ими, чтобы истолковать по-своему туземные права. Но возможно и обратное соотношение»³. Интересно, что «принятие римского права в средневековой Франции произошло условно. Оно испытало многочисленные повторные толкования и урезания под влиянием ученых юристов, а иногда даже фальсификации (превосходство суверена над законом, смешение имущества, принадлежащего жене, с римским приданым и т. д.) Но также под влиянием практики (оговорки об отказе от римского права): нравы к этому не были готовы. В Германии отмечается то же явление, которое позднее должно было послужить предлогом для нацистов, чтобы разоблачить “иностраный” характер этого права»⁴.

Таким образом, в современной юридической науке постулируется важность преемственности права и показывается отличие этого процесса от таких явлений (процессов), как заимствование, рецепция, перенос, аккультурация и др. В то же время граница между этими явлениями — процессами остается дискуссионной: преемственность включает развитие (эволюционное), но любое развитие всегда предполагает в определенном смысле разрыв с прошлым. Преемственность — это сохранение ядра прошлого при изменении «периферийных» элементов. Но что считать ядром и периферией? Существуют ли объективные критерии этих аспектов традиции? Каковы критерии инновации? Сколько статей в новом уголовном кодексе должно быть сохранено из старого, чтобы полагать преемственность в эволюции уголовного права? Допустимы ли здесь количественные подсчеты? На эти и подобные вопросы классическое науковедение дать вразумительный ответ не в состоянии⁵. Это связано с осознанием ограниченности человеческого разума, невозможности открыть и описать якобы объективно существующие законы истории. В общем и целом, это связано с признанием неадекватности классического науковедения изменившимся социокультурным и историческим условиям. Таким образом, проблема относительности различия преемственности и инновации все более остро осознается в связи с приходом постклассического мировоззрения.

Классическая научная картина мира, сформированная идеями лапласовского детерминизма и декатровского рационализма, исходит из объективности законов природы и общества и возможности их аподиктического описания для однозначного целесообразного использования в практической деятельности. Уже начало XX века, совпавшее с квантовой революцией в физике, перечеркнуло многие надежды «законодательного разума» (термин И. Канта), продемонстрировав зависимость представления о бытии от позиции наблюдателя, его описывающего. Ограничительные теоремы К. Геделя, имеющие междисциплинарное (семиотическое) значение, показали ограниченность классической рациональ-

¹ Рыбаков В.А. Преемственность в отечественном праве в переходный период: общетеоретические вопросы: Автореф. дис... д-ра юрид. наук. — Омск, 2009. — С. 6.

² Рулан Н. Историческое введение в право: Учебное пособие для вузов. — М., 2005. — С. 360—402.

³ Там же. — С. 390.

⁴ Там же. — С. 389.

⁵ С позиций классического науковедения можно доказать, что любое изменение — это одновременно и преемственность, и разрыв с прошлым. Элементы преемственности можно найти в современном праве, взятые из римского права, а его — из ритуалов жрецов-понтификов и т. д. В то же время, как справедливо замечает Р. Кабриак, кодификация как рационализация права маскирует историческую обусловленность и человеческий произвол, находящийся в сердцевине любой юридической конструкции и «сопровождается «эффектом разрыва», отделяющим право от собственных корней и скорее осложняющим, нежели облегчающим, его понимание». Кабриак Р. Кодификации. — М., 2007. — С. 215, 216, 221. В другом месте по этому же поводу он пишет: «...всякая кодификация вызывает эффект разрыва, т.е. она прекращает действие старого юридического порядка и дает рождение новому юридическому порядку... Сопровождающая любую кодификацию отмена ранее действовавших правовых норм, подчас имеющая почти тотальный характер, является техническим воплощением интересующего нас эффекта разрыва, что, впрочем, вовсе не подразумевает отсутствие немалого числа положений старого права, переходящих в право новое. Прямая отмена предшествующих правовых норм тем самым одновременно играет как политическую роль, подчеркивая разрыв с прошлым и утверждая авторитет новой власти, так и роль техническую, помогая избежать трудностей, неизбежно вызываемых наложением друг на друга двух сводов правовых норм — старого и нового». Там же. — С. 146—147.

ности в плане невозможности формализовать более или менее сложные системы (множества или системы знаков) непротиворечивым способом и обосновать систему ее же методами. Тем самым доказывается неполнота и противоречивость описаний, объяснений и тем более предсказаний реальности. Открытие диссипативных структур И. Пригожина в химии, демонстрирующих сложнейшую зависимость случайности, вытекающей из «точек бифуркации» и необходимости, поставили крест на причинности как содержании принципа детерминизма¹. Эти идеи, именуемые в философии науки как неклассическая эпистемология, были радикализированы постмодернистами² в конце XX века и вынудили многих мыслителей искать ответы на вызовы нового образа (пост) современности. Таким ответом и стала концепция постклассической или постнеклассической (по терминологии В.С. Степина) эпистемологии³, которая постепенно проникает и в юридическую науку⁴.

Основными положениями постклассической научной картины мира можно считать следующие:

— наивный онтологический объективизм заменяется на интерсубъективный рефлексивный образ бытия, а представление о данности (или заданности «природой вещей» или трансцендентным основанием) реальности — ее скоструированностью человеком, хотя и не по произволу;

— законы природы и общества, включая историю, воспринимаются сегодня как седиментированные, хабиутализированные представления, реализуемые в повседневных практиках людей;

— познание социальной реальности (как и реальности «природной») всегда неполно и приблизительно, «перерешаемо», зависит от позиции «наблюдателя» и входит в само бытие: бытие не существует независимо от представлений о нем и практик действующих людей.

С точки зрения методологии эти идеи стали результатом трех «поворотов», случившихся во второй половине XX века, ознаменовавших революцию в социогуманитарном знании: лингвистического, антропологического и прагматического. Лингвистический поворот привлек внимание к языку и его роли в структурировании социального мира. В зависимости от языковой картины мира, отличающейся у разных народов (типов культур-цивилизаций), зависит различие восприятия мира и поведения. Так как право формулируется и интерпретируется в языке, то очевидно, что в различных языковых картинах мира одни и те же юридические термины (прежде всего, принципы права, дефиниции, но также и формулировки конкретных норм права в статьях нормативно-правовых актов) приобретают разные значения. Например, понятие «свобода», без которого невозможна формулировка прав человека, в японском языке означает «эгоизм» и выступает антиценностью, а в славянских языках предстает вольностью, то есть произволом, в то время как в английском — правом, ограниченным свободой другого человека⁵. Антропологический поворот акцентирует внимание на культурном релятивизме — необходимости изучения социального (и правового) института с позиций характеристик данной культуры и практик людей, в ней социализированных. Прагматический поворот также утверждает контекст социокультурных практик человека, его употребления языковых выражений — значений слов и понятий — в своей практической жизнедеятельности. Прагматический поворот, нашедший свое концептуальное выражение в идеях Л. Витгенштейна, Г. Райла и М. Полани, ознаменовал изменение акцента в гносеологии с вопроса «Что?» на вопрос «Как?», с онтологической (буквально — бытийствен-

¹ «Ныне мы знаем, что человеческое общество представляет собой необычайно сложную систему, способную претерпевать огромное число бифуркаций, что подтверждается множеством культур, сложившихся на протяжении сравнительно короткого периода в истории человечества. Мы знаем, что столь сложные системы обладают высокой чувствительностью по отношению к флуктуациям. Это вселяет в нас одновременно и надежду и тревогу; надежду на то, что даже малые флуктуации могут усиливаться и изменить всю их структуру (это означает, в частности, что индивидуальная активность вовсе не обречена на бессмысленность); тревогу — потому, что наш мир, повидимому, навсегда лишился гарантий стабильных, непреходящих законов», — пишут И. Пригожин и И. Стенгерс. *Пригожин И. Порядок из хаоса: Новый диалог человека с природой / И. Пригожин, И. Стенгерс. — М., 1986. — С. 386.*

² Постмодернизм, будучи критическим относительно эпохи модерна мировоззрением, деконструирующим его метафизический логоцентризм, не несет в себе позитивной программы.

³ См.: Постнеклассика: философия, наука, культура: Коллективная монография / Отв. ред. Л.П. Киященко, В.С. Степин. — СПб., 2009; *Степин В.С.* Цивилизация и культура. — СПб., 2011; *Лекторский В.А.* Эпистемология классическая и неклассическая. — 2-е изд. — М., 2006; На пути к неклассической эпистемологии / Отв. ред. В.А. Лекторский. — М., 2009.

⁴ В этом направлении делаются пока первые, но достаточно перспективные шаги. См.: *Поляков А.В.* Прощание с классикой, или как возможна коммуникативная теория права // Российский ежегодник теории права. — 2008. — № 1; *Честнов И.Л.* Диалогическая антропология права как постклассический тип правопонимания: к формированию новой концепции // Российский ежегодник теории права. — 2008. — № 1; *Кравиц В.* Пересмотр понятия права: директивы и нормы с точки зрения нового правового реализма // Российский ежегодник теории права. — 2008. — № 1; *Мелкевик Б.* Философия права в потоке современности // Российский ежегодник теории права. — 2008. — № 1; *Овчинников А.И.* Юридическая герменевтика как правопонимание // Правоведение. — 2004. — № 4; *Стовба А.В.* О проблеме сущности, или «Что есть» право в эпоху постметафизики // Правоведение. — 2008. — № 1.

⁵ *Wierzbicka A.* Cross-cultural pragmatics: The semantics of social interaction. — Berlin, 1991; Idem. Understanding Cultures through their Keywords: English, Russian, Polish, German, Japanese. — Oxford, 1997.

ной) проблематики на функциональную: вопрос «Что это такое?» переформулируется в «Как это действует?». Анализ личностного, неявного знания как раз и позволяет ответить на него.

Наиболее перспективными методологическими программами в этой связи представляются социальный конструктивизм¹, теория социальных представлений² и дискурс-анализ³. Именно они позволяют раскрыть новое «воскрешение» человека после «смерти субъекта», наступившего вслед за «смертью Бога», провозглашенного сперва Ф. Ницше, а затем постструктуралистами М. Фуко и Р. Бартом.

Теория социального конструктивизма говорит о том, что в основе любого социального института лежит «первичный произвол» и последующая «социальная амнезия» (по терминологии П. Бурдьё, воспринявшего ее у Б. Паскаля). Отсюда идея «созданности традиций» Э. Хобсбаум⁴ и концепция «воображаемого сообщества» Б. Андерсона⁵. Концепция социальных представлений показывает влияние ментальных процессов на жизненные практики, их нерасторжимое единство и взаимозависимость. Методология дискурс-анализа исследует практики использования структуры в повседневной жизнедеятельности, которые эти структуры вместе с субъектами, ответственными за этот процесс, порождают и воспроизводят⁶.

Что все это означает применительно к проблеме *преемственности права*? Во-первых, то, что нет универсальных объективных критериев определения преемственности или инновационности в развитии права⁷, хотя можно говорить о косвенных признаках преобладания либо первого, либо второго. И то, и другое определяется наблюдателем — властью, референтной группой и легитимируется населением (которое соглашается с навязанным представлением)⁸. Так, например, революционность Ко-

¹ См.: Gergen K. The social constructionist movement in modern social psychology // *American Psychologist*. — 1985. — № 40 (3); Бергер П. Социальное конструирование реальности. Трактат по социологии знания / П. Бергер, Т. Лукман. — М., 1995.

² Moscovici S. Social Representations / S. Moscovici, R. Farr. — Cambridge, 1984.

³ Fairclough N. Critical Discourse Analysis. — London, 1995; Laclau E. Discourse // *The Blackwell Companion to Contemporary Culture* / Ed. By R. Goodin, P. Pettit. — Oxford, 1993; Laclau E. Hegemony and Socialist Strategy. Towards a Radical Democratic Politics / E. Laclau, C. Mouffe. — London, 1985.

⁴ Hobsbawm E. The Invention of Tradition / E. Hobsbawm, T. Ranger. — Cambridge, 1983.

⁵ Андерсен Б. Воображаемые сообщества. Размышления об истоках и распространении национализма. — М., 2001.

⁶ В юриспруденции концепция дискурс-анализа пока только зарождается. Сложность перенесения идей дискурс-анализа на юридическую почву состоит в том, что сама эта концепция пока еще не сложилась, существует несколько подходов к анализу дискурса. Один из вариантов юридического дискурса как аргументации предлагает авторитетный немецкий юрист Р. Алекси. Alexy R. Die juristische Argumentation als rationaler Diskurs // Alexy R., Koch H.-J., Ruhlen N., Russmann H. Elemente einer juristischen Begründungslehre. — Baden-Baden, 2003. — S. 113—122.

⁷ Это связано с тем, что индивидуальные артикуляции (термин Э. Лакло и Ш. Муфф) и действия никогда не бывают точными копиями сложившегося образца; они, исходя из изменяющегося контекста, постоянно видоизменяют его сперва в рамках допустимого «люфта», а затем могут трансформировать в новый институт. Эта потенциальная изменчивость любой устойчивой структуры (института) обусловлена тем, что всякий знак (следовательно, и всякий институт как совокупность знаков с семиотической точки зрения) не имеет однозначного объективного значения. Каждая конкретная фиксация значения знака условна, поэтому дискурс никогда не бывает зафиксированным настолько, чтобы не изменяться из-за разнообразия значений из области дискурсивности, — пишут Э. Лакло и Ш. Муфф. Laclau E. Hegemony and Socialist Strategy. Towards a Radical Democratic Politics / E. Laclau, C. Mouffe. — London, 1985. — P. 110. Социальная практика, оперирующая знаками, переопределяет их значения, как в рамках структуры, так и выходя за ее границы и создавая тем самым новую структуру. Так формируется представление об объективности социальной структуры (института), ее естественности. Однако так понимаемая объективность — это исторический результат политических процессов и борьбы за гегемонию навязывания своего символического видения мира. Объективность, как утверждает Э. Лакло, — это маскировка изменчивости, сокрытие альтернативных возможностей иных значений. Laclau E. New Reflections on the Revolution of Our Time. — London, — 1990. — P. 89.

⁸ Следует заметить, что социальный релятивизм в постклассической методологии трактуется не как вседозволенность, но как относимость каждого общественного явления к социальному целому и к другим общественным явлениям. Только через сопоставление права с культурой, экономикой, политикой и т. д. можно выявить их взаимообусловленность, которая в соотношении с функциональным назначением права в обществе и выражает его сущность.

Универсальность социальных институтов опровергается теорией онтологической относительности, частным случаем которой можно считать теорию лингвистической относительности, принципом несоизмеримости ценностей современного гуманитарного знания. По мнению У. Куайна, смысл языкового выражения нельзя рассматривать вне определенной аналитической гипотезы, как и истинность положений научной теории вне самой теории, вне определенной концептуальной системы. В этом состоит суть его теории онтологической относительности. См.: Quine V. W. O. Ontological Relativity and Other Essays. — N.-Y., 1969.

Известный английский антрополог Э. Лич в этой связи пишет, что любое социальное (в том числе, юридическое — например, законность или преступность) понятие наделяется различным смыслом в разных контекстах: преступным может стать законное и наоборот. Поэтому, по его мнению, не может быть вечных законов человеческого общежития и неотъемлемых прав человека⁸. Leach E. Fundamentals of structuralism theory // *Sociological approaches to law*. / Ed. by A. Podgorecki, Ch. J. Whelan. — London, 1981. — P. 30.

Таким образом, можно сделать вывод, что любой социальный институт исторически и социокультурно контекстуален: его содержание задается эпохой и особенностями культуры данного социума.

декса Наполеона для развития правовой системы Запада может быть поставлена под сомнение его консервативностью и эклектичностью¹. Доказать либо одну точку зрения, либо другую «полностью» и «окончательно» (однозначно) невозможно, хотя можно привести более весомые с точки зрения научного сообщества аргументы (которые, впрочем, со временем как правило пересматриваются). Поэтому история — это не события прошлого, но их интерпретация с позиций сегодняшнего дня властью, научным сообществом, широкими слоями населения и седиментация в исторической памяти социума. Это связано с тем, что прошлое дано нам не «само по себе», но как образы, представления о прошлом, всегда неполные, огрубляющие прошедшие события.

Важно заметить, что преемственность — это социальный конструкт, создаваемый властью номинации и воспроизводимый практиками людей. На этом аспекте следует остановиться несколько подробнее. Антропологический тип правопонимания, включающий упоминавшийся выше прагматический поворот, методологию социального конструктивизма, социальных представлений и дискурс-анализа, предполагает «человекоцентристское» измерение права: право предстает в виде практик и социальных представлений по формированию и воспроизведению общеобязательных образцов поведения². Именно человек создает право — новый общеобязательный образец (образцы) поведения. В силу авторитета и власти номинации (по терминологии П. Бурдьё) этот (эти) образец распространяется среди широких слоев населения, которые легитимируют его (их) своими практиками и представлениями. Поэтому право как социальный институт существует и действует только тогда, когда оно обладает трансцендентным критерием — объективно служит самосохранению социума и когда воспроизводится населением (как правоприменителями, так и обывателями). Эти два аспекта очевидным образом взаимообуславливают друг друга, демонстрируя диалог трансцендентного и имманентного: самосохранение общества (или целостность — по терминологии Л.И. Спиридонова) возможно только тогда, когда большинство населения (или, по крайней мере, значимая его часть) совершает действия и имеет об этом определенное представление, которые самосохранение и обеспечивают (без действий и их оценки, шире — ментального образа достичь целостность невозможно); массовые действия и ментальные представления только тогда могут считаться правовыми (с трансцендентной точки зрения), если они достигают цели — самосохранение общественного целого: в противном случае, если эти действия приведут к аномии, то правовыми они названы не могут быть ни при каком типе правопонимания.

Исходя из антропологической методологии дискурс-анализа можно констатировать, что право существует и действует только через людей, воспроизводящих его своими практическими действиями и ментальными представлениями. Поэтому норма права — это не только ее формулировка в статье нормативного правового акта, но ее интерпретация субъектом, соотнесение с индивидуальной интенцией и реализация в соответствующих действиях³. Другими словами, норма права — это модель юридически значимого с точки зрения данного социума поведения, включающая так называемое личностное, практическое знание (умения и навыки) юридической квалификации и принятия решения в конкретной жизненной ситуации. Причем это личностное, неявное знание, формирующееся в процессе юридической социализации, свойственно как для правоприменителя, облакающего официальные формулировки законодательства в профессиональные стереотипы⁴, так и для широких слоев населения, не отягощенных специальными юридическими знаниями, но обладающими ментальными обыденными (доксическими) представлениями о юридически значимых ситуациях и правильном типичном поведении в них⁵.

¹ «С точки зрения содержания Гражданский кодекс несет на себе явные отпечатки политического консерватизма и экономического либерализма, господствовавших во Франции в начале XIX столетия», и выражает технический компромисс между юристами писаного права и юристами обычного права, политический компромисс между идеями Старого режима и идеями Революции», — пишет Р. Кабриак. *Кабриак Р.* Кодификация. — М., 2007. — С. 67, 65.

² При этом общеобязательность включает как его имманентный аспект — представление об общеобязательности, навязываемое населению правящей элитой и референтной группой, так и трансцендентный — обеспечиваемость самосохранения социума. Общеобязательность во втором смысле полагал сущностным признаком права Л.И. Спиридонов. См.: *Спиридонов Л.И.* Теория государства и права: Курс лекций. — СПб., 1995. — С. 93—94. См. также: *Честнов И.Л.* Наследие Льва Ивановича Спиридонова в контексте постклассического науковедения // История государства и права. — 2010. — № 24. — С. 13—15; *Честнов И.Л.* Научное наследие Л.И. Спиридонова // Правоведение. — 2009. — № 5. — С. 208.

³ Значение понятия — перефразируя Л. Витгенштейна — это его использование в дискурсивных практиках конкретными субъектами.

⁴ Например, навыки и умения проведения осмотра места происшествия, допроса, вынесения постановления об отказе в возбуждении уголовного дела, юридической оценки действий и событий и т. п.

⁵ Обыденное мышление также осуществляет процесс юридической квалификации — соотнесение ситуации с ее типизацией в доксических стереотипах здравого смысла и установках. В этой связи представляется перспективным анализ обыденного правосознания в прагматическом аспекте с помощью типизаций и идеализаций, разрабатываемых социальной феноменологией.

Таким образом, *преемственность права нельзя сводить только к формальной стороне законотворчества*. Если нормативные правовые акты по какой-либо причине не воспринимаются населением (а иногда и правоприменителем) как важные, социально значимые, не оцениваются положительно населением и не воспроизводятся их многократными действиями, то они не могут быть названы правовыми в антропологическом смысле¹. Это, как правило, свидетельствует о «мертворожденности» такого нормативного правового акта, который фактически не вошел в правовую культуру (и правовую систему) данного общества и об отсутствии преемственности в правовой политике. «Вообще-то правовые передачи проходят удовлетворительно, — пишет Н. Рулан, то есть без особых потрясений в обществе — рецепторе, только тогда, когда это общество побуждается к изменениям, которые делают необходимым принятие нового права, и когда передовое право исходит от общества, основные черты которого больше не отличаются от черт общества — рецептора..., или рассматривается им как независимое от общества, в котором оно родилось, и возможное для принятия любым другим обществом... Итак, если колонизация вызвала глубокие изменения в традиционных обществах, то два других условия не могут быть выполнены. Так что в большинстве случаев... либо передача права не что иное, как иллюзия, либо цена этой передачи очень высока: это может быть распад структуры общества — рецептора либо искажение сути передаваемого права»². С другой стороны, любой нормативный правовой акт всегда адаптируется практикой его правоприменения и реализации обывателем. Так, например, судебная практика, давая расширительное толкование нормативному правовому акту, адаптированное к запросам социума, обеспечивает тем самым «продолжение жизни» такому устаревшему акту³.

Подводя итог, можно заключить, что преемственность права играет принципиально важную роль в правовой политике. Последняя может быть успешна только в том случае, если сумеет обеспечить легитимацию населением нововведений, неизбежных в современном мире перманентных социальных изменений.

¹ В большинстве случаев имеет место относительная легитимация правовой инновации. Интересный пример в этой связи демонстрирует история реформы законодательства Японии в конце XIX века: принятые в эпоху Мэйдзи Уголовный кодекс и Кодекс уголовного следствия, Гражданский и Гражданский процессуальный и Торговый кодексы по образу и подобию европейских, не стали, тем не менее, органической частью правовой системы Японии, хотя и нельзя сказать, что они были «мертворожденными» нормативными правовыми актами. Еще в большей степени это характерно для законодательства бывших колоний, обретших в XX веке независимость, и мусульманских государств, отличающихся правовой культурой от законоцентристской культуры Запада, выступающей образцом для правовых заимствований. — *Рулан Н.* Историческое введение в право: Учебное пособие для вузов. — М., 2005. Р. Кабриак по этому поводу пишет: «Впрочем, все эти кодексы не должны вводить в заблуждение: для японцев, как и для китайцев, в праве заложен риск смятения и неопределенности. Социальные отношения прежде всего регулируются *гири* — традиционными правилами поведения, обеспечивающими гармонию. Такая духовная гармония смогла даже устоять перед натиском западных кодексов, заимствование которых началось в конце XIX столетия». *Кабриак Р.* Кодификация. — М., 2007. — С. 39—40.

² *Рулан Н.* Юридическая антропология: Учебник для вузов. — М., 1999. — С. 190—191.

³ См. подробнее: *Кабриак Р.* Кодификация. — М., 2007. — С. 184—193. В частности, он пишет: «Современные кодификаторы прекрасно поняли важность свободы, которую необходимо оставить тем, кому предстоит толковать кодекс, обеспечивая его планомерное развитие. Об этом свидетельствует опыт Гражданского кодекса Квебека. В сопровождающих его комментариях уточняется, что «роль Кодекса заключается в том, чтобы установить правила, способные адаптироваться к самым разнообразным человеческим и социальным ситуациям, а также способные интегрировать научные и общественные достижения». Здесь же добавляется, что «так или иначе, но ни кодекс, ни какой-либо иной закон никогда не заменят человеческий разум, необходимый, чтобы толковать законодательные тексты и открывать перед ними новые пути развития». Если говорить конкретнее, то, согласно преамбуле к Гражданскому кодексу Квебека, «Кодекс составляет совокупность норм, являющихся общим правом для всех сфер, которые, как может прямо указываться или подразумеваться, подпадают под букву, дух или объект соответствующих положений Кодекса». Цель данного принципа заключается в том, чтобы создать благоприятные условия для динамического толкования новой квебекской кодификации». — Там же. — С. 193.

А.Ю. Чупрова

Чупрова Антонина Юрьевна — кандидат юридических наук, доцент, профессор кафедры уголовного права и криминологии Российской правовой академии Минюста России

Имущественные наказания в уголовном праве: вопросы правопреемственности

Еще И.Я. Фойницкий указывал, что имущественные взыскания утратили свое преобладающее место в системе наказаний. «Но, утратив первенствующее значение, имущественные взыскания остаются, однако, в системе наказаний частью как низшая карательная мера — для случаев маловажных, частью как наказание специфическое — для таких случаев, когда, по народному выражению, следует наказывать рублем, а не дубьем, частью как объективное последствие преступных деяний, применяемое в видах отвращения их вредных результатов, частью как мера, хотя и применяемая в порядке судебном, но рассчитанная на предупреждение преступлений в будущем, частью, наконец, как мера удовлетворения потерпевшего»¹.

К сожалению, в реальности российский законодатель и правоприменитель не учитывают превентивный потенциал имущественного воздействия. Рассмотрим это на видах наказания, включенных в санкции норм, содержащих признаки деяний, совершаемых в сфере электронной коммерции.

Штраф как вид уголовного наказания представляет собой денежное взыскание, назначаемое в пределах, предусмотренных законом, и может выступать как в качестве основного, так и в качестве дополнительного наказания. В настоящее время законодательство содержит три вида штрафа: денежная сумма в размере от пяти тысяч до одного миллиона рублей; сумма, исчисляемая в размере заработной платы или иного дохода осужденного за период от двух недель до пяти лет; величина, кратная стоимости предмета или суммы коммерческого подкупа или взятки. При этом крупные штрафы в сумме от пятисот тысяч до одного миллиона рублей или в размере заработной платы или иного дохода осужденного за период свыше трех лет, содержатся в санкциях норм, предусматривающих ответственность за тяжкие и особо тяжкие преступления. В то же время, преступления в сфере электронной коммерции зачастую не относятся к числу последних, за следующим исключением: преступления, посягающие на интеллектуальную собственность — часть 3 статьи 146 УК РФ, часть 3 статьи 180 УК; преступления, нарушающие порядок начала осуществления экономической деятельности — части 2 статей 171—172 УК РФ; преступления в банковской сфере — части 3, 4 статьи 174 и часть 3 статьи 174¹ УК РФ; преступления, совершаемые на фондовом рынке — часть 2 статьи 185², часть 2 статьи 185³, части 2 статей 185⁶, 186 УК РФ; посягательства на собственность — части 3, 4 статьи 158, части 3, 4 статьи 159, часть 3 статьи 160 УК РФ; преступления, связанные с торговлей людьми — статьи 127¹, 242¹, часть 3 статьи 240 УК РФ; должностные преступления коррупционной направленности — части 2 и 3 статьи 285, части 2 и 3 статьи 286, часть 2 статьи 285³ УК РФ. В то же время, далеко не все преступления, совершенные в сфере электронной коммерции, караются штрафом в качестве основного или дополнительного наказания. Такие тяжкие деяния, как торговля людьми и сопряженные с торговлей людьми квалифицированные виды вовлечения в проституцию и обращения порнографических материалов с изображением несовершеннолетних, штрафом не наказываются, хотя и относятся к наиболее доходным и востребованным сегментам сферы нелегальной электронной коммерции и мотивированы исключительно получением криминального дохода.

В законе практически не встречаются нормы, штрафные санкции которых были бы адекватны причиненному вреду. Один из немногих «положительных» (хотя и с определенными оговорками) примеров — часть 2 и пункт «в» части 3 статьи 146 УК РФ. Незаконное использование объектов авторского права или смежных прав, а равно приобретение, хранение, перевозка контрафактных экземпляров произведений или фонограмм в целях сбыта, совершенные в крупном размере, влекут за собой штраф в размере до двухсот тысяч рублей, в особо крупном — до пятисот тысяч рублей.

Определенный эффект, направленный на минимизацию доходности контрафактных сделок, в данном случае может быть достигнут, поскольку крупный и особо крупный размер в статье 146 УК РФ составляет пятьдесят и двести пятьдесят тысяч рублей и рентабельность такого бизнеса применительно к части 2 статьи 146 УК РФ будет либо отрицательной, либо минимальной. Однако при особо крупном размере контрафактных операций рентабельность будет расти, так как в законе указан лишь минимальный уровень дохода, но максимальный размер штрафа, который не может быть изменен.

¹ Фойницкий И.Я. Учение о наказании в связи с тюремоведением. — М., 2000. — С. 173.

В других нормах об ответственности за экономические преступления, совершаемые в виртуальной сфере, изначально заложен высокий уровень криминальной доходности, провоцирующий на правонарушения.

Посягательства, нарушающие установленный порядок начала экономической деятельности, относятся к числу наиболее доходных. Крупный размер извлеченного дохода, разграничивающий преступление и правонарушение, колеблется в пределах от полутора до шести миллионов рублей, а особо крупный превышает шесть миллионов рублей для всех входящих в эту группу деяний (ст. 171, 171², 172 УК РФ). Однако штрафы не столь высоки. Их размеры: для части 1 статьи 171 УК РФ — до трехсот тысяч рублей, части 1 статьи 171² УК РФ — до пятисот тысяч рублей, статьи 172 УК РФ — от ста до трехсот тысяч рублей. Таким образом, на каждый рубль штрафа при незаконном предпринимательстве приходится от пяти до двадцати рублей валового дохода, аналогичные результаты достигаются и при незаконной банковской деятельности; нарушение законодательства об организации азартных игр приносит несколько меньший доход — от трех до двенадцати рублей.

Криминальные нарушения законодательства о ценных бумагах также имеют высокий уровень доходности. Злоупотребления при эмиссии ценных бумаг, злостное уклонение от раскрытия или предоставления информации, воспрепятствование осуществлению или незаконное ограничение прав владельцев ценных бумаг, фальсификация решения общего собрания акционеров в случае причинения ущерба государству, гражданам, организациям в сумме от одного до двух с половиной миллионов рублей (крупный размер) и штрафе от ста тысяч до трехсот тысяч рублей позволяют получить доход на каждый рубль штрафа от трех (минимум) до двадцати пяти рублей. Финансовые результаты нарушения порядка учета прав на ценные бумаги, манипулирования рынком, неправомерного использования инсайдерской информации с учетом штрафа в размере от трехсот тысяч до пятисот тысяч рублей также свидетельствуют, что субъектам стоит рисковать: увеличение штрафа лишь незначительно уменьшает потенциальные выгоды. Более того, незаконная предпринимательская деятельность в различных ее проявлениях требует определенных материальных затрат, манипуляции на фондовом рынке в каких-либо имущественных вложениях не нуждаются, самыми значительными затратами в данном случае являются сами штрафные санкции, причем их назначение, с учетом численности осужденных за эти преступления (2 человека за 2009 год и ни одного за шесть месяцев 2010 года) маловероятно. Высокий уровень рентабельности (от 100% до 2500%) при минимальном риске свидетельствует о том, что субъектов указанных деяний можно поздравить с удачной, коммерчески выгодной сделкой. Аналогично соотношение доходов, причиненного ущерба и штрафов и в преступлениях против собственности, посягательствах в банковской сфере, должностных преступлениях коррупционной направленности и, тем более, в таких видах криминальной экономики как торговля людьми, во всех ее проявлениях во всемирной паутине.

В российском законодательстве (УК РСФСР 1926 г.) имели место примеры эффективного (с позиции экономики и предупреждения преступлений) использования штрафа, размеры которого вынуждали потенциальных нарушителей уважать закон. Неуплата налогов (ст. 60 УК РСФСР 1926 г.) влекла штраф в размере, равном сумме платежей, а при совершении этого деяния группой лиц, величина штрафа могла достигать десятикратного размера причитающихся платежей. Таким образом, уклонение от уплаты налогов становилось делом достаточно нерентабельным, что и повлекло заметное снижение числа этих преступлений.

Появление нового вида штрафа, размер которого составляет величину, кратную стоимости предмета или суммы коммерческого подкупа или взятки, можно было бы расценить как обращение к действительно экономически выверенному методу воздействия на субъектов экономических преступлений, однако уже изначально позиция законодателя вызывает возражение.

Во-первых, не совсем понятно, почему законодатель в рамках борьбы с коррупцией так сузил свои усилия в антикоррупционной деятельности и направил их только на взяточничество и коммерческом подкуп, проигнорировав отраженный в международных правовых актах подход к коррупции.

Международные документы, в том числе и ратифицированные Россией, рассматривают явление коррупции более широко. Так, Конвенция ООН против коррупции 2003 года относит к числу наиболее опасных и подлежащих криминализации в национальных законодательствах ряд деяний, в частности, злоупотребление служебными полномочиями или служебным положением, то есть совершение какого-либо действия или бездействия, в нарушение законодательства, публичным должностным лицом при выполнении своих функций с целью получения какого-либо неправомерного преимущества для себя самого или иного физического или юридического лица (ст. 19). Для предупреждения подобных общественно опасных проявлений документ предлагает ряд мер, которые сводятся в целом к двум аспектам: ограничению возможности оставаться на службе и лишению возможности пользоваться неправомерными доходами¹. Европейские страны формируют свою политику противодействия коррупции в различных ее проявлениях на основе Конвенции об уголовной ответственности за коррупцию

¹ Собрание законодательства РФ. — 2006. — № 26. — Ст. 2780.

(ETS N 173) (Страсбург, 4 ноября 1999 года). Конвенция об уголовной ответственности детализирует содержание понятия коррупции, указывая на спектр уголовно-наказуемых коррупционных деяний, включающий помимо подкупов должностных лиц и злоупотребление влиянием в корыстных целях. Данная норма предлагает признать в качестве уголовных правонарушений в соответствии с внутренним правом конкретной страны преднамеренное обещание, предоставление или предложение, прямо или косвенно, любого неправомерного преимущества любому лицу, которое утверждает или подтверждает, что оно может оказать неправомерное влияние на принятие решения публичным должностным лицом за вознаграждение, независимо от того, предоставляется ли такое преимущество ему самому или кому-либо еще, а также просьбу, принятие или согласие с предложением или обещанием предоставить такое преимущество за вознаграждение, независимо от того, оказано ли такое влияние и был ли получен или нет в результате предположительно оказанного влияния желаемый результат (ст. 12 Конвенции)¹.

Во-вторых, без внимания осталась и позиция граждан России, которые не сводят коррупцию исключительно ко взяточничеству. Проводимые автором исследования восприятия коррупции гражданами, населением и представителям бизнеса свидетельствуют о том, что понятие коррупции не тождественно понятию взяточничества и трактуется значительно более широко. В 2010—2011 годах проведено исследование, в ходе которого удалось изучить отношение к проблеме коррупции 6 931 человека из числа представителей бизнес-сообщества. В результате анкетирования было выявлено, что большая часть опрошенных предпринимателей (34%) рассматривает содержание коррупции как получение взятки; 32% — использование служебного положения в личных целях; 19% — хищение бюджетных средств; 13% — недобросовестное исполнение должностных обязанностей. Среди другой категории респондентов (опрошено 5 664 человека, в том числе 3 659 граждан и 2 005 государственных гражданских и муниципальных служащих) 35,4% опрошенных рассматривает коррупцию как использование служебного положения в личных целях, 31,3% считают, что это — получение взятки, 27,4% — хищение бюджетных средств, 4,8% — недобросовестное исполнение должностных обязанностей и 1,1% опрошенных рассматривают коррупцию как нечто иное, не раскрывая при этом смысла этого явления. Таким образом, опасность взяточничества не представляется гражданам более весомой в сравнении с другими должностными преступлениями, однако авторы законопроекта не уделили этому обстоятельству какого-либо внимания. Наказание, которое может быть назначено за иные коррупционные преступления (ст. 285—285³, ст. 286, ст. 289, 292 УК РФ) изменений не претерпело, хотя опасность этих проявлений коррупции значительна, поскольку они оказывают разрушительное, дестабилизирующее воздействие на все государственные институты, препятствуют поступательному развитию экономической и социальной сферы в России. Это обстоятельство ощущается гражданами. В ходе опроса предпринимателям было предложено определить последствия распространения коррупции в государственных и муниципальных структурах. По мнению опрошенных, коррупция нарушает права человека — 33%; ведет к замедлению темпов экономического развития страны — 25%; негативно влияет на уровень жизни населения — 18%; угрожает безопасности государства — 22%. Наиболее целесообразными и эффективными мерами по противодействию коррупции представители бизнес-сообщества и граждане называли усиление ответственности за коррупцию (введение более жестких санкций и обеспечение выполнения законодательства) — 33%, сотрудники государственных и муниципальных структур — повышение вознаграждения и социальных гарантий государственным гражданским и муниципальным служащим (57,8%).

Таким образом, исходя из логики противодействия коррупции представляется целесообразным распространить кратную систему штрафов на все деяния, имеющие коррупционную основу, такие как злоупотребление должностными полномочиями, нецелевое расходование бюджетных средств, нецелевое расходование средств государственных внебюджетных фондов, присвоение полномочий должностного лица, внесение в единые государственные реестры заведомо недостоверных сведений, незаконное участие в предпринимательской деятельности, служебный подлог, а не только на взяточничество.

В-третьих, не совсем понятно, какие доводы были положены в основу размера штрафа (от двадцати пяти тысяч рублей до пятисот миллионов рублей). Проведенное исследование показало, что размер взяток в виде денег, подарков или услуг, переданных представителям государственных и муниципальных органов за 12 месяцев 2010 года в 56% случаев составил менее 10 тыс. рублей (что говорит не столько о низких ставках незаконных вознаграждений, а скорее о повсеместной распространенности бытовой коррупции, обусловленной необходимостью платить должностному лицу за выполнение им своих обязанностей), от 10 тыс. до 100 тыс. рублей передали 34% опрошенных, от 100 тыс. до 500 тыс. рублей — 6%, от 500 тыс. до 1 млн рублей — 3%, свыше 1 млн рублей — 1%.

В части 2 статьи 46 УК РФ подчеркивается, что штраф не может быть менее 25 тысяч рублей, что при небольшой сумме взятки (одна — полторы тысячи рублей) фактически повышает установленный в

¹ Информационно-аналитический бюллетень Национального Центра Бюро Интерпола в России. — 1999. — № 1 (27). — С. 53—60.

санкции нормы минимальный размер наказания в виде штрафа для таких преступлений небольшой тяжести как дача взятки и посредничество во взяточничестве (ч. 1 и 2 ст. 291, ч. 1 ст. 291¹ УК РФ). В примечании 1 к статье 290 УК РФ минимальный размер не определен, поэтому любые ценности вне зависимости от их стоимости, переданные субъекту статьи 290 УК РФ за совершение действий в пользу дающего или представляемых им лиц, если такие действия входят в служебные полномочия должностного лица, либо если оно в силу должностного положения может способствовать таким действиям, а также за общее покровительство или попустительство по службе, следует рассматривать как предмет взятки. Таким образом, возникает коллизия между частью 2 статьи 46 УК РФ и вышеозначенными нормами Особенной части.

В данном случае коллизия норм является следствием законодательной небрежности, и порождает такое правоприменительное состояние, когда две нормы равной юридической силы исключают действие друг друга и возможность применения какой-либо из норм. Часть 1 статьи 60 УК РФ устанавливает, что лицу, признанному виновным в совершении преступления, назначается справедливое наказание в пределах, предусмотренных соответствующей статьей Особенной части УК, и с учетом положений Общей части уголовного закона. Поскольку традиционно коллизии между нормами Общей и Особенной частей разрешаются в пользу норм Общей части УК¹, приоритетны положения части 2 статьи 46 УК РФ. Данную коллизию устранить непросто, поскольку сложившаяся в течение последних лет законодательная практика, ставит суды перед выбором: руководствоваться при назначении наказания положениями Особенной либо Общей части. К сожалению, зафиксированные в статье 60 УК общие принципы назначения наказания зачастую нарушаются.

Как справедливо отмечается в теории, в механизме уголовно-правового устрашения важную роль играют представления населения о надлежащей или ненадлежащей суровости наказания, корреспондирующей с определенными видами преступных посягательств. Соответственно игнорирование требований общественного правосознания при построении и применении уголовно-правовых санкций вряд ли способствует эффективности уголовного закона².

Формулируя норму, часть 2 статьи 46 УК, законодатель не принял во внимание ни категорию указанных деяний, ни реальные размеры коррупции, в которую, вольно или нет, оказались вовлеченными десятки миллионов граждан, ни то обстоятельство, что значительная часть мелких взяток передается от безысходности с учетом прямо выраженных пожеланий чиновника, ни крайне низкий жизненный уровень населения. В проведенном исследовании респонденты подчеркнули, что инициатива передачи взятки в 65,8% эпизодов исходила от должностных лиц, в 34,1% — от граждан, для представителей бизнес-сообщества эти цифры составили 79% и 21% соответственно. В данном случае в глазах общества взяткодатель выступает скорее в роли пострадавшей стороны, в силу чего не заслуживает столь сурового, не адекватного совершенному наказанию, не учитывающего установленного санкцией норм соотношения между величиной штрафа и размером взятки. Поэтому более справедливым было бы отказаться от фиксации в законе минимальной суммы кратного штрафа, назначаемого за преступления коррупционной направленности и не указывать в части 2 статьи 46 УК РФ нижний предел такого вида штрафа.

В-четвертых, нельзя не обратить внимание, и на то, что положения части 2 статьи 46 и части 3 статьи 46 УК РФ, касающиеся кратного штрафа коллизионны. В части 2 статьи 46 УК, как уже отмечалось, прямо указана минимальная величина, ниже которой не может быть назначен штраф за взяточничество. В части 3 статьи 46 УК обращается внимание правоприменителей на то, что размер штрафа определяется судом с учетом тяжести совершенного преступления, имущественного положения осужденного и его семьи, а также с учетом возможности получения осужденным заработной платы или иного дохода. Как известно, уровень жизни в Российской Федерации достаточно низок, причем это касается не только обычных граждан, но и рядовых чиновников государственных или муниципальных органов, представителей правоприменительных органов. А именно их должностные злоупотребления формируют на 98% структуру коррупционной преступности: к уголовной ответственности крайне редко привлекаются высокопоставленные чиновники и эти факты сразу же становятся достоянием общественности. Общеизвестно, что коллизии внутри норм Общей части Кодекса разрешаются согласно принципу гуманизма с использованием положений менее строгой нормы УК и суды, скорее всего, будут следовать этому правилу и в данном случае, определяя размер штрафа с учетом влияния наказания на исправление лица и условия жизни его семьи.

Применительно к экономической преступности Ч. Беккариа отмечал: «Кто хочет обогащаться за счет других, должен отдать часть своего»³. Однако возникает вопрос, насколько были необходимы штрафы, носящие откровенно конфискационный характер, и почему нельзя было использовать более

¹ См. Кузнецова Н.Ф. Проблемы квалификации преступлений: Лекции по спецкурсу «Основы квалификации преступлений» — Городец, 2007.

² Осипов П.П. Теоретические основы построения и применения уголовно-правовых санкций. — Л., 1976. — С. 61.

³ Беккариа Ч. О преступлениях и наказаниях. — М., 1995 — С. 146.

щающиеся, но от этого не менее эффективные экономически выверенные коэффициенты, тем более, что в подавляющем большинстве ситуаций речь ведется о незначительных по величине взятках.

Рассрочка выплаты штрафа, возможность которой предоставляет закон, вряд ли решит проблему: если штраф будет не адекватен материальному положению лица, его не удастся заплатить, не ущемив интересы членов семьи осужденного, что противоречит провозглашенным в УК общим началам назначения наказания.

В этом плане интересен опыт иных государств. Так, английский законодатель постарался учесть тот факт, что для разных людей в зависимости от их имущественного положения адекватным наказанием за совершенное преступление будут различные суммы штрафа. При определении величины штрафа, как и при назначении иного наказания, суд, прежде всего, руководствуется фактическими обстоятельствами преступного деяния, серьезностью совершенного преступления. Однако и иные аспекты играют существенную роль. Поэтому, а также для того, чтобы избежать возложение заведомо невыполнимой обязанности, прежде чем определить сумму штрафа, суду предписано выяснить финансовое положение обвиняемого¹. Для этого судом издается приказ, обязывающий подсудимого сообщить о себе определенную информацию финансового характера в течение установленного срока. Непредставление информации или представление информации, несоответствующей действительности, сами по себе представляют уголовно наказуемые деяния. При этом в случае, если лицо не представит о себе требуемую информацию без уважительных причин, представляет заведомо ложную информацию, допускает ошибки по небрежности или опускает какие-либо существенные факты, то сумма штрафа может быть более значительной.² Законодатель чаще всего использует при назначении штрафа судами магистратов так называемую стандартную шкалу, введенную Актом об уголовном правосудии 1982 года³, суть которой состоит в том, что суд за определенные категории преступлений не может назначить наказание в размере, превышающем законодательно установленный уровень. Следует отметить, что отдельные законодательные акты могут предусматривать иные способы исчисления или устанавливать иную максимальную ответственность в виде штрафа⁴.

Таким образом, современные виды кратного штрафа аналогичны действовавшим в советском законодательстве лишь внешне. В реальности по содержанию между ними мало общего, в первую очередь это касается тех целей, которые с помощью таких штрафов могут быть достигнуты.

¹ Criminal Justice Act 2003. S. 162.

² Section 20A of the Criminal Justice Act 1991 (c. 53) (offence of making false statement as to financial circumstances) // Criminal Justice Act. — 2003. — S. 162.

³ Criminal Justice Act 1982. Всего установлено пять возможных максимальных уровней назначения наказания, размер которых неоднократно пересматривался в сторону увеличения и составляет для уровня 1 — 200 фунтов, для уровня 2 — 500, для уровня 3 — 1 000, 4 — 2 500 и 5 — 5 000 фунтов стерлингов.

⁴ См., например, Criminal Justice Act. — 1991. — S. 53.

В.А. Шавин

Шавин Василий Анатольевич — кандидат юридических наук, адвокат Второй Нижегородской коллегии адвокатов «Нижегородский адвокат», доцент кафедры гражданского права и гражданского процесса Нижегородского филиала Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики»

К вопросу о негативных последствиях преемственности в трудовом праве России

Само по себе слово «преемственность» несет ярко выраженную стилистическую окраску. Преемственность однозначно воспринимается как сугубо положительное явление, которое можно только приветствовать¹.

Из определения данного термина: «преемственность — связь между явлениями в процессе развития в природе, обществе и познании, когда новое, сменяя старое, сохраняет в себе некоторые его элементы. В обществе означает передачу и усвоение социальных и культурных ценностей от поколения к поколению, от формации к формации. Обозначает также всю совокупность действия традиций»², также следует, что преемственность чего-либо изначально позитивный феномен. В том числе и в правовой сфере.

Проблемы преемственности в праве исследованы представителями юридической науки в значительной степени. Изучение данного вопроса прошло необходимые стадии, начиная от исследования преемственности с позиций одномерного, линейного, прогрессивного развития, при котором анализ преемственной связи осуществлялся по глубине и степени влияния правового наследия на современное право и государство, заканчивая пониманием преемственности как более сложной связи, предполагающей бесконечное возвращение субъекта деятельности к прошлому правовому наследию в свете новых задач, которое позволит обнаружить соотношение непреходящего и преходящего в развитии права.

В настоящее время в научной литературе преобладающим является мнение о преемственности как «обязательном условии прогрессивного развития права»³, «условии непрерывного развития»⁴. Понимая под преемственностью в праве связь между перманентно сменяющимися друг друга последовательными этапами эволюции права, заключающуюся в сохранении тех или иных элементов права (начиная от сущности права заканчивая приемами юридической техники) при одновременном их изменении, полагаем, что подобная точка зрения абсолютно оправдана и вряд ли возможны какие-либо иные, противоположные оценки.

Применительно к отрасли трудового права также отмечается, что преемственность является «необходимым моментом его развития», обеспечивающим «эффективное правовое регулирование» и «стабильность» права⁵.

Так, многие исследователи обращают внимание на возможные негативные последствия преемственности. И.И. Андриановская отмечает две стороны преемственности: позитивную и негативную. Последняя «проявляется, когда устоявшееся положение не «вписывается в реальные условия», оно не адекватно новым (уже сложившимся) отношениям, нуждающимся в новых подходах к регулированию. Получается, что «старая норма» «не выживает» в новых условиях. Так бывает и когда введенная норма не «согласуется» с нормами устоявшимися — она, попадая в неподготовленную почву, отторгается. Образуется правовой дисбаланс, в результате которого ряд норм не действует либо трудно применим, либо вообще не применим на практике. Иногда неадекватная норма права может повлечь различное толкование этих норм, различные оценки и варианты применения, а впоследствии — ее отмену»⁶. Причем автор усматривает «наличие одновременно с негативным и позитивного аспекта», точ-

¹ Ср., например, с понятием «консервативность», которое для части людей и в ряде случаев имеет положительный оттенок, в основном же — несет негативную эмоциональную окраску.

² Большой энциклопедический словарь // <http://dic.academic.ru/dic.nsf/enc3p.242874>

³ Рыбаков В.А. Преемственность в отечественном праве в переходный период: общетеоретические вопросы: Автореф. дис... д-ра юрид. наук. — Омск, 2009.

⁴ Волков Г.Н. Этнопедагогика: Учебник для студентов средних и высших педагогических учебных заведений. — М., 1999. — С. 40.

⁵ См.: Андриановская И.И. Преемственность в трудовом праве: понятие, виды и условия применения // Социальное и пенсионное право. — 2008. — № 1. — С. 21.

⁶ Андриановская И.И. Преемственность в трудовом праве. — 2-е изд., перераб. и доп. — Южно-Сахалинск, 2010. — С. 14.

нее, позитивное значение преемственности вытекает из негативного: выводом из негативного воздействия преемственности на развитие права является замена устаревших положений в праве, то есть «право совершенствуется благодаря негативному воздействию преемственности на право»¹.

В советском праве также признавалось наличие негативной стороны преемственности, естественно, в соответствующей интерпретации. Так, в Большой советской энциклопедии указывается, что «следует различать наследование подлинных ценностей культуры и сохранение пережитков прошлого»².

Рассматривая проблематику преемственности в праве, следует отметить один из интересных и, естественно, важных для нашей правовой действительности моментов, присущих именно российскому праву, а именно, смена на протяжении одного века (то есть в короткой исторической перспективе) системы (типа) права: сначала от права царской России (классического буржуазного права того времени) на социалистическое право, затем обратный переход от социалистического типа права к романо-германской (континентальной) правовой системе.

Весомость указанного аспекта применительно к сегодняшнему дню заключается в том, что в Советской России, несмотря на резкое противопоставление социалистического и буржуазного строя в целом и «революционного отрицания социалистическим правом своих антагонистических предшественников» в частности, все-таки признавалось наличие «отдельных элементов преемственности»³, а преемственные связи «имели реальное существование и были широко представлены в гражданском, трудовом, трудовом и других отраслях законодательства, проявлялись в сущности, форме и содержании советского права, распространялись на весь его пролетарский период»⁴.

В свою очередь, после обратной «рокировки» «роль преемственности в правовом строительстве современной России незначительна. Законодатель с предубеждением относится к советскому правовому наследству, полагая, что прошлое право несовершенно, репрессивно, проникнуто марксистской идеологией. Правовое наследство используется не в полной мере, научно выверенной концепции данного явления нет»⁵. Стоит, вероятно, согласиться с автором диссертации на соискание ученой степени доктора юридических наук В.А. Рыбаковым по поводу отсутствия в настоящее время какой-либо научной основы преемственного применения норм советского периода, но при этом нельзя не отметить норму пункта 2 раздела второго Конституции РФ, согласно которой законы и другие правовые акты, действовавшие на территории Российской Федерации до вступления в силу Конституции, применяются в части, не противоречащей Конституции РФ. Обращаясь к Трудовому кодексу Российской Федерации⁶ (далее Трудовой кодекс), мы также видим подобное положение. В соответствии со статьей 423 Трудового кодекса РФ впредь до приведения законов и иных нормативных правовых актов, действующих на территории Российской Федерации, в соответствие с Кодексом законы и иные правовые акты Российской Федерации, а также законодательные и иные нормативные правовые акты бывшего Союза ССР, действующие на территории Российской Федерации в пределах и порядке, которые предусмотрены Конституцией Российской Федерации, Постановлением Верховного Совета РСФСР от 12 декабря 1991 года № 2014-1 «О ратификации Соглашения о создании Содружества Независимых Государств», применяются постольку, поскольку они не противоречат Кодексу. Изданные до введения в действие Кодекса нормативные правовые акты Президента Российской Федерации, Правительства Российской Федерации и применяемые на территории Российской Федерации постановления Правительства СССР по вопросам, которые в соответствии с Кодексом могут регулироваться только федеральными законами, действуют впредь до введения в действие соответствующих федеральных законов. Из приведенных норм можно сделать вывод о том, что на законодательном уровне, во всяком случае, при принятии указанных актов концепция восприятия советского правового, точнее, законодательного наследия заключалась в применении их по принципу «будем применять плохие советские законы, пока не примем свои хорошие, демократические».

Между тем, сравнивая Трудовой кодекс с Кодексом законов о труде РСФСР⁷, видна, что называется, «невооруженным глазом» преемственная связь нового Трудового кодекса с КЗоТ. Так, сравнивая структуру кодексов, отмечаем их практически полную идентичность. Различаются наименования схожих структурных частей кодексов: в Трудовом кодексе — это разделы (которые объединяют главы), в КЗоТ — главы. А сами названия многих разделов Трудового кодекса текстуально совпадают с

¹ Андриановская И.И. Преемственность в трудовом праве. — 2-е изд., перераб. и доп. — Южно-Сахалинск, 2010. — С. 14.

² Большая советская энциклопедия. — М., 1969—1978.

³ Наконечная Т.В. Преемственность в развитии советского права: Автореф. дис... канд. юрид. наук. — Киев, 1984.

⁴ Рыбаков В.А. Преемственность в отечественном праве в переходный период: общетеоретические вопросы: Автореф. дис... д-ра юрид. наук. — Омск, 2009.

⁵ Там же.

⁶ Трудовой кодекс Российской Федерации от 30 декабря 2001 года № 197-ФЗ // Российская газета. — 2001. — 31 декабря.

⁷ Кодекс законов о труде РСФСР, утв. Законом РСФСР от 9 декабря 1971 года // Свод законов РСФСР. — 1988. — Т. 2. — С. 123.

названием соответствующих глав КЗоТ, это такие разделы как «Общие положения», «Трудовой договор», «Рабочее время», «Время отдыха», «Гарантии и компенсации», «Охрана труда», «Заключительные положения». Наименования одного из разделов Трудового кодекса незначительно отличается от наименования главы КЗоТ: в Трудовом кодексе «Трудовой распорядок. Дисциплина труда», в КЗоТ — «Трудовая дисциплина». Три раздела Трудового кодекса представляют собой объединение нескольких глав КЗоТ: главы КЗоТ «Коллективный договор» и «Профессиональные союзы. Участие рабочих и служащих в управлении производством» объединены в раздел Трудового кодекса «Социальное партнерство в сфере труда», главы «Заработная плата» и «Нормы труда и сдельные расценки» — в раздел «Оплата и нормирование труда», главы «Труд женщин» и «Труд молодежи» — в раздел «Особенности регулирования труда отдельных категорий работников», главы «Трудовые споры» и «Надзор и контроль за соблюдением законодательства о труде» — в раздел «Защита трудовых прав и свобод. Рассмотрение и разрешение трудовых споров. Ответственность за нарушение трудового законодательства и иных актов, содержащих нормы трудового права». Одна глава КЗоТ «Государственное социальное страхование» выведена из Трудового кодекса, правовое регулирование этого вопроса было осуществлено отдельным Федеральным законом.

Рассматривая центральный институт трудового права — институт трудового договора — в разрезе сравнения кодексов, также явственно просматривается преемственность норм КЗоТ в Трудовом кодексе. Это проявляется в нескольких моментах. Во-первых, сохранены все основные подинституты данного института, такие как: заключение, изменение и прекращение трудового договора, гарантии при приеме на работу, испытательный срок, отстранение от работы¹. Во-вторых, определение основного, базового понятия рассматриваемого института и всего трудового права «трудовой договор» практически без изменений из КЗоТ перекочевало в Трудовой кодекс.

Согласно статье 15 КЗоТ трудовой договор есть соглашение между трудящимся и предприятием, учреждением, организацией, по которому трудящийся обязуется выполнять работу по определенной специальности, квалификации или должности с подчинением внутреннему трудовому распорядку, а предприятие, учреждение, организация обязуется выплачивать трудящемуся заработную плату и обеспечивать условия труда, предусмотренные законодательством о труде, коллективным договором и соглашением сторон.

В соответствии с частью 1 статьи 56 Трудового кодекса трудовой договор — соглашение между работодателем и работником, в соответствии с которым работодатель обязуется предоставить Работнику работу по обусловленной трудовой функции, обеспечить условия труда, предусмотренные Кодексом, законами и иными нормативными правовыми актами, коллективным договором, соглашениями, локальными нормативными актами, содержащими нормы трудового права, своевременно и в полном размере выплачивать работнику заработную плату, а работник обязуется лично выполнять определенную этим соглашением трудовую функцию, соблюдать действующие в организации правила внутреннего трудового распорядка.

Из приведенных норм кодексов видно, что имеются только два достойных упоминания различия, которые появились в дефиниции «трудовой договор». Первое — работодателем по Трудовому кодексу может быть не только юридическое лицо (предприятие, учреждение, организация), но и физическое лицо. Второе — была добавлена еще одна, третья (но первая по расположению в самом определении) основная обязанность работодателя: предоставить работнику работу по обусловленной трудовой функции.

Общим же является юридическая техника построения определения: через главный посыл о том, что трудовой договор — это соглашение сторон, путем перечисления основных обязанностей работника и работодателя. Также сходны и сами фундаментальные обязанности сторон трудового договора.

Анализируя и сравнивая в том же ключе построение других разделов, глав, статей, отдельных норм Трудового кодекса, существо установленных им правил поведения, можно придти к выводу о наличии непосредственной, прямой и «тесной» преемственной связи между КЗоТ и Трудовым кодексом.

И.И. Андриановская, также указывая на элементы преемственности между КЗоТ и Трудовым кодексом, отмечает совпадение техники построения определений: «частичное закрепление [понятий], так как некоторые понятия указаны были в скобках в тексте статьи в качестве уточнения, а в иных случаях часть понятия была закреплена в статье непосредственно в виде пояснения»². Между тем в тексте КЗоТ (как в первоначальной, так и в его последней редакции) отсутствуют определения терминов,

¹ Здесь следует отметить интересный момент, касающийся группы норм об отстранении от работы (недопущении к работе). Если в КЗоТ, в котором главы не имели более мелких структурных подразделений, статья 38 «Отстранение от работы» логично вписывалась в главу III «Трудовой договор», то в Трудовом кодексе, в котором разделы включают в себя главы, статью 76 «Отстранение от работы» законодателю пришлось поместить в главу 12 «Изменение трудового договора», что нарушает логику и юридический смысл, поскольку отстранение от работы не является изменением трудового договора.

² Андриановская И.И. О проявлении преемственности в некоторых понятиях особенной части трудового права // Наука, образование, общество. — 2009. — № 8.

помещенные в скобки. Заключение текста в скобки производилось в КЗоТ в полном соответствии «с позиции филологии, следуя правилам пунктуации, «скобками выделяются: 1) вставные конструкции, дополняющие или поясняющие содержание основного предложения; 2) вставные конструкции, поясняющие отдельные слова в основном предложении», как указывает сама И.И. Андриановская со ссылкой на «Справочник по пунктуации» Д.Э. Розенталя»¹.

Несомненно, что Трудовой кодекс содержит много новых правовых норм, неизвестных советскому трудовому праву, значительное их число изменено, однако, определенно, Трудовой кодекс является развитием КЗоТ.

Такой вывод с очевидностью наталкивает на необходимость исследования и оценки самого феномена и причин указанного положения вещей. Одной из них является высокий юридический уровень самого КЗоТ, как и всего трудового законодательства советского периода. В частности, КЗоТ отличался тщательной проработкой и продуманностью структуры кодекса в целом, статей и отдельных норм, высоким уровнем юридической техники. Но самое главное — правила поведения, в том числе ограничения и запреты, установленные КЗоТ, соответствовали целям государства, его задачам в экономической, социальной и политической сферах.

Интересно отметить, что первоначально, при принятии Трудового кодекса имелись различные мнения по вопросу его соотношения с КЗоТ. Представители органов государственной власти указывали на принципиальные отличия Трудового кодекса от КЗоТ. Так, 24 апреля 2002 года в рамках дня открытых дверей, организованного для пользователей системы «Гарант», заместитель Министра труда и социального развития Российской Федерации, Главный государственный инспектор труда Российской Федерации В.К. Варов указывал на то, что «новый кодекс принципиально отличается от прежнего, а не является его последней редакцией. Новый документ содержит иную концепцию»².

В свою очередь, ученые были более осторожны и сдержаны в оценках. Для иллюстрации этого утверждения обратимся, например, к мнению профессора А.М. Куренного, высказанного им непосредственно после вступления в силу нового Трудового кодекса. А.М. Куренной, указывая на «излишнюю идеологизированность» советского трудового права и «потерю жизнеспособности» значительного количества его норм, делает вывод, что «тем не менее, как это ни парадоксально, «революционных» норм в ТК РФ не так уж много»³. Связывает это профессор с сущностью трудового права «во всех странах и на всех этапах развития экономики» как права социальной защиты. «А основные принципы российского законодательства о труде (как и советского в свое время) не противоречили международным стандартам в сфере правового регулирования трудовых отношений, механизм этого регулирования остается достаточно стабильным и также не требует «капитального ремонта»»⁴.

Точка зрения еще одного авторитетного специалиста в сфере трудового права — профессора Ю.П. Орловского — обозначена им в предисловии к первому комментарию к Трудовому кодексу. Он отмечает, что «обеспечивая преемственность норм, Трудовой кодекс РФ содержит и много новых положений, относящихся практически ко всем правовым институтам трудового права»⁵.

Если проанализировать другие абзацы этого же источника, в частности, о «кардинальных изменениях и в политической жизни страны, и в ее экономике», о глубоком противоречии «рыночных отношений» с «нормами трудового законодательства, концепция которого была сориентирована на государственные предприятия и учреждения как единственных работодателей»; о том, что «принятый Кодекс решает задачу создания работникам благоприятных условий для проявления ими своих способностей к труду и обеспечения социальной защиты тех, кто в ней особенно нуждается»; о таких характерных особенностях Трудового кодекса, как «расширение договорного метода регулирования трудовых отношений, направленного на сбалансирование интересов работодателей и работников», «усиление отраслевой принадлежности норм этой сферы» и «предотвращение возможности решить вопросы, относящиеся к трудовым отношениям, с помощью гражданского права», то можно сделать вывод, что профессор Ю.П. Орловский все-таки видит кардинальное, сущностное различие двух кодексов.

¹ См., например, часть 1 статьи 37 КЗоТ: по требованию профсоюзного органа (не ниже районного) администрация обязана расторгнуть трудовой договор с руководящим работником или сместить его с занимаемой должности, если он нарушает законодательство о труде, не выполняет обязательств по коллективному договору, проявляет бюрократизм, допускает волокиту; статья 45 КЗоТ: Законодательством Союза ССР устанавливается сокращенная продолжительность рабочего времени для отдельных категорий работников (учителей, врачей и других); статья 62 КЗоТ: На предприятиях, в учреждениях, организациях, где работа не может прерываться в общий выходной день в связи с необходимостью обслуживания населения (магазины, предприятия бытового обслуживания, театры, музеи и другие), выходные дни устанавливаются местными Советами депутатов трудящихся.

² Пресс-релиз «Новый Трудовой кодекс — новая концепция трудовых отношений» // <http://www.grant.ru/company/about/press/release/9734/>

³ Куренной А.М. Трудовой кодекс Российской Федерации: преемственность и новизна // Законодательство. — 2002. — № 2.

⁴ Там же.

⁵ Комментарий к Трудовому кодексу Российской Федерации / Под ред. Ю.П. Орловского. — М., 2002. — С. 3.

Для максимально точного и полного отражения позиции Ю.П. Орловского по данному вопросу не лишним будет обращение к более ранней его статье (в соавторстве с А.Ф. Нуртдиновой) 1998 года — «Концепция Трудового кодекса». В данной публикации авторы приводят свое видение основных положений будущего Трудового кодекса, к которым, в частности, относят максимально широкую сферу его действия, четкое разграничение компетенции между федерацией и регионами, принцип неухудшения положения работников по сравнению с нормативным актом большей юридической силы и другие. Применительно же к институту «Трудовые споры» было высказано мнение, что «рассмотрение индивидуальных трудовых споров не должно подвергнуться существенному изменению. Необходимо лишь предусмотреть право работника обращаться в суд или комиссию по трудовым спорам по своему выбору, право на возмещение морального вреда при всех случаях нарушения трудовых прав работника и поэтапное формирование специальных судебных органов — трудовых судов»¹. Если сравнить предложенную Ю.П. Орловским и А.Ф. Нуртдиновой концепцию Трудового кодекса и принятый Кодекс, то мы увидим, что в нем были воплощены практически все обозначенные в статье идеи и решения, в том числе и в аспекте разрешения трудовых споров.

Именно в области рассмотрения и разрешения трудовых споров и проявились, по нашему мнению, в наибольшей степени негативные последствия в целом положительного явления преемственности. На существующие проблемы в этом институте трудового права указывалось неоднократно². Между тем внимание исследователей было обращено в первую очередь на перечень и состав органов по рассмотрению трудовых споров.

В настоящее время к органам, рассматривающим и разрешающим трудовые споры, относятся комиссии по трудовым спорам (далее также КТС) и суды (ст. 382 Трудового кодекса), причем обращение в КТС не является обязательной досудебной процедурой. То есть работник вправе обратиться в суд с любым иском требованием, минуя комиссию по трудовым спорам.

В рамках обозначенного вопроса имеются самые различные точки зрения. Ряд ученых предлагает закрепить в Трудовом кодексе обязательную двухступенчатую процедуру рассмотрения трудового спора: сначала спор рассматривает КТС как вне- и досудебный орган, затем ее решение может быть обжаловано в суд³. Другие категорически с этим не согласны и предлагают, напротив, вообще отказаться от данного органа, оставив в качестве органа по рассмотрению трудовых споров исключительно суд⁴.

Многие авторы, в свою очередь, считают целесообразным введение специализированных судов по трудовым спорам и даже принятие Трудового процессуального кодекса. В Программе социальных реформ на 1996—2000 годы⁵ также указывалось в качестве «важнейшего направления реформы в сфере защиты трудовых прав граждан» двухэтапное формирование системы специальных органов по рассмотрению трудовых споров. На первом этапе предлагалось сформировать структуры досудебного рассмотрения трудовых споров на паритетных началах и одновременно в действующей судебной системе организовать судебные составы по рассмотрению трудовых споров. На втором этапе предусматривалось создание специализированных судов по трудовым спорам⁶. Имеются ученые, рассматривающие данный вопрос «в психологическом аспекте» и предлагающие на уровне организации «создавать обстановку регулирования этих [между работником и работодателем] конфликтов»⁷.

Вместе с тем, полагаем не вполне верным рассмотрение вопроса об органах рассмотрения трудовых споров в аспекте преемственности «в негативном смысле» как это делает И.И. Андриановская⁸. На наш взгляд, в данном случае будет уместно говорить о необходимости совершенствования,

¹ Орловский Ю.П. Концепция Трудового кодекса / Ю.П. Орловский, А.Ф. Нуртдинова // Журнал российского права. — 1998. — № 6.

² См., например: Костян И. О специализированных судах по трудовым делам и Трудовом процессуальном кодексе / И. Костян, И. Пискарев, Б. Шеломов // Хозяйство и право. — 2003. — № 8; Орловский Ю.П. Концепция Трудового кодекса / Ю.П. Орловский, А.Ф. Нуртдинова // Журнал российского права. — 1998. — № 6; Передерин С.В. Процедурно-процессуальные правовые средства и способы обеспечения трудовых прав работников: Автореф. дис... д-ра юрид. наук. — Воронеж, 2001; Андриановская И.И. Преемственность в трудовом праве. — 2-е изд., перераб. и доп. — Южно-Сахалинск, 2010.

³ См., например: Забрамная Е.Ю. Трудовое законодательство Российской Федерации: некоторые проблемы и рекомендации по их решению // Проблемы защиты трудовых прав граждан: Материалы научно-практической конференции / Под ред. А.С. Леонова. — М., 2004. — С. 97.

⁴ Андриановская И.И. Преемственность в трудовом праве. — 2-е изд., перераб. и доп. — Южно-Сахалинск, 2010. — С. 252.

⁵ Программа социальных реформ в Российской Федерации на период 1996—2000 годов, утв. постановлением Правительства РФ от 26 февраля 1997 года № 222 // СПС «КонсультантПлюс».

⁶ Как нам сейчас известно, данная Программа реализована не была.

⁷ Я полагаю, что Трудовой кодекс сейчас какую-либо существенную роль в регулировании трудовых отношений играть не может (интервью с В.И. Мироновым) // Трудовое право. — 2006. — № 12.

⁸ Андриановская И.И. Преемственность в трудовом праве. — 2-е изд., перераб. и доп. — Южно-Сахалинск, 2010. — С. 253.

или развития, законодательства, а не об отрицательных примерах преемственности советского трудового законодательства.

По нашему мнению, негативные последствия преемственности наиболее ярко проявились в таком подинституте, как «Восстановление на работе» института трудового права «трудовые споры». Его суть заключается в том, что в случае признания увольнения или перевода на другую работу незаконными работник должен быть восстановлен на прежней работе органом, рассматривающим индивидуальный трудовой спор (ч. 1 ст. 394 Трудового кодекса). Эта норма перешла в Трудовой кодекс практически слово в слово из статьи 213 КЗоТ, согласно которой в случае увольнения без законного основания или с нарушением установленного порядка увольнения, либо незаконного перевода на другую работу рабочий или служащий должен быть восстановлен на прежней работе органом, рассматривающим трудовой спор.

В советский период введение нормы о восстановлении незаконно уволенного работника было выгодно и целесообразно как для работника, так и для работодателя. Работник не лишался работы, а, соответственно, и заработка; для него восстановление на прежней работе являлось лучшим выходом из положения, поскольку в советское время никакого иного выбора у работника не было, кроме работы на государственном предприятии. Даже смена предприятия какой-либо выгоды в денежном отношении принести не могла, поскольку размеры заработной платы устанавливались централизованно и по одинаковой профессии были одинаковыми.

Что касается работодателя, то здесь нужно понимать, что фактическим, конечным работодателем было само государство, оно только действовало в лице конкретных предприятий и учреждений. Поэтому в любом случае работник так или иначе продолжал бы работать у работодателя — государства. А в этом случае государству было выгодно с экономической точки зрения восстановить работника на работе, а не выплачивать ему какую-либо неустойку, штраф за незаконное увольнение, то есть за нарушение условий договора.

Здесь следует заметить, что в советском трудовом праве была гипертрофирована его производственная функция, о чем было прямо заявлено в части 1 статьи 1 КЗоТ¹. Рассматриваемый аспект вопроса преемственности может служить хорошей иллюстрацией данному тезису. Современное же трудовое право отдает предпочтение защитной функции², что также обозначено в Трудовом кодексе, причем в том же самом месте — в части 1 статьи 1³. Хотя может сложиться достаточно обоснованное мнение, что законодатель, конструируя Трудовой кодекс, вообще не принимал в расчет функции трудового права.

В настоящее время ввиду многообразия форм собственности, в том числе на средства производства, обозначенные причины введения в трудовое законодательство нормы о восстановлении на работе незаконно уволенного работника утратили свое значение. Главную роль стало играть единственное основание, как понимает его законодатель, — необходимость защиты права работника на труд, требование обеспечить работой человека труда.

Однако, как показала практика применения анализируемой нормы, в современных условиях ее КПД стремится к нулю. После принятия судом решения о восстановлении работника на прежней работе в абсолютном большинстве случаев трудовые отношения все равно в скором времени прекращаются (обычно в первый же день работы после восстановления), поскольку возникший в момент увольнения конфликт между сторонами (а в случае, если разногласия отсутствуют, то не возникает и трудового спора в дальнейшем) еще больше раздут судебной процедурой и напоминает пожар после победы работника в суде. Очевидно, что работать в таких условиях невозможно, и это понимают обе заинтересованные стороны.

Следовательно, поставленная цель включения в Трудовой кодекс положения о восстановлении на работе незаконно уволенного работника, несомненно, не достигается. Таким образом, данное преемственное положение КЗоТ, включенное в Трудовой кодекс, оказывает негативное влияние как на сами общественные отношения по применению труда, так и на эффективность правового регулирования этих отношений. По нашему мнению, следует изменить правовые последствия признания незаконным увольнения работника, поскольку незаконное увольнение является не чем иным, как нарушением условий договора, то было бы целесообразным введение за такое нарушение материальной ответственности в виде штрафа или неустойки.

¹ Кодекс законов о труде РСФСР регулирует трудовые отношения всех рабочих и служащих, содействуя росту производительности труда, повышению эффективности общественного производства и подъему на этой основе материального и культурного уровня жизни трудящихся, укреплению трудовой дисциплины и постепенному превращению труда на благо общества в первую жизненную потребность каждого трудоспособного человека.

² *Сойфер В.* Производственная функция трудового права // *Кадровик. Трудовое право для кадровика.* — 2011. — № 4. — С. 35.

³ Целями трудового законодательства являются установление государственных гарантий трудовых прав и свобод граждан, создание благоприятных условий труда, защита прав и интересов работников и работодателей.

Б.С. Эбзеев

Эбзеев Борис Сафарович — доктор юридических наук, профессор, заслуженный юрист Российской Федерации, заслуженный деятель науки Российской Федерации, судья Конституционного Суда Российской Федерации (в отставке), член Центральной избирательной комиссии Российской Федерации

**Решение Европейского суда по правам человека по делу
«Республиканская партия России против России»,
или утраченные иллюзии о гармоничной преемственности
общеευропейских правовых стандартов**

Двенадцатого апреля 2011 года Европейский суд по правам человека принял решение по делу «Республиканская партия России против России», которое было инициировано жалобой (№ 12976/07) против Российской Федерации, поданной в ЕСПЧ в порядке статьи 34 Конвенции о защите прав человека и основных свобод Республиканской партией России 26 февраля 2007 года. При этом заявитель указывал, в частности, на нарушение его права на свободу объединения¹.

ЕСПЧ, сославшись на свое понимание применимого к данному случаю законодательства России, в том числе о политических партиях и их государственной регистрации, прецедентную практику Конституционного Суда Российской Федерации, соответствующие международные материалы, главным образом, Руководящие принципы Венецианской комиссии, а также материалы сравнительного анализа права ряда государств, пришел к выводу, что

— имело место нарушение статьи 11 Конвенции о защите прав человека и основных свобод («Свобода собраний и объединений») в связи с отказом властей Российской Федерации (Минюста России) внести изменения в государственный реестр²;

¹ Республиканская партия России, созданная в ноябре 1990 года, 14 марта 1991 года была официально зарегистрирована как общественное объединение «Республиканская партия Российской Федерации». После внесения изменений в законодательство 27 апреля 2002 года объединение было реорганизовано в политическую партию под названием «Республиканская партия России». 12 августа 2002 года она была зарегистрирована в качестве партии.

17 декабря 2005 года состоялся внеочередной съезд партии. Спустя неделю заявитель обратился в Министерство юстиции с целью внесения изменений в сведения, содержащиеся в Едином государственном реестре юридических лиц. Однако 16 января 2006 года ей в этом было отказано, поскольку партией не было представлено документов, подтверждающих, что съезд партии проводился в соответствии с законодательством и ее уставом.

2 марта 2006 года заявитель подал повторное заявление, однако 4 апреля 2006 года Министерство юстиции повторно отказало заявителю в регистрации изменений, поскольку заявитель не представил документы, подтверждающие количество членов партии.

12 сентября 2006 года Таганский районный суд города Москвы подтвердил решение от 4 апреля 2006 года. 9 декабря 2006 года Московский городской суд, рассмотрев кассационную жалобу заявителя, оставил решение нижестоящего суда без изменений.

В 2006 году Министерство юстиции провело проверку деятельности заявителя. Министерство вынесло 36 предупреждений региональным отделениям партии. Семь региональных отделений были ликвидированы судом по требованию Министерства юстиции, а деятельность Московского регионального отделения — приостановлена. Согласно отчету Министерства, партия имела 49 региональных отделений, 32 из которых состояли более чем из 500 членов, а общее количество членов партии составляло 39 970 человек.

1 марта 2007 года Министерство юстиции обратилось в Верховный Суд России с заявлением о ликвидации заявителя, поскольку партия имела в своем составе менее 50 000 членов и менее чем 45 региональных отделений с численностью более 500 членов в нарушение Федерального закона «О политических партиях».

Заявитель утверждал, что не нарушал требования Федерального закона «О политических партиях», так как партия состояла из 58 166 членов и 44 зарегистрированных региональных отделений численностью более 500 членов. Однако 23 марта 2007 года Верховный Суд вынес решение о ликвидации заявителя, поскольку заявитель в действительности не выполнил требования, установленные Федеральным законом «О политических партиях», в частности в отношении ее численности. Суд подчеркнул, что даже в случае согласия с доводами самой партии, она имела только 44 региональных отделения с более чем 500 членами вместо 45, что само по себе является достаточным основанием для ликвидации.

² «Статья 11. Свобода собраний и объединений.

1. Каждый имеет право на свободу мирных собраний и на свободу объединения с другими, включая право создавать профессиональные союзы и вступать в таковые для защиты своих интересов.

2. Осуществление этих прав не подлежит никаким ограничениям, кроме тех, которые предусмотрены законом и необходимы в демократическом обществе в интересах национальной безопасности и общественного порядка, в целях предотвращения беспорядков и преступлений, для охраны здоровья и нравственности или защиты прав и свобод других лиц.»

— имело место нарушение статьи 11 Конвенции в связи с ликвидацией заявителя.

Решение по существу вопроса было принято единогласно, что же касается «частичного особого мнения» судьи А.И. Ковлера, оно касалось только первого вывода ЕСПЧ и сводилось к тому, что «отказ зарегистрировать партию не был окончательным, и заявитель мог исправить выявленные недочеты в документах и подать свое заявление о регистрации повторно».

Не следует заблуждаться. Проблема заключается отнюдь не в принятых в России правилах регистрации юридических лиц и их интерпретации Минюстом или ЕСПЧ; главное — в критериях создания политических партий, устанавливаемых Российским государством не произвольно, как полагает ЕСПЧ, а с учетом переживаемого страной исторического этапа и потребности в создании устойчивой многопартийной системы. Вопрос еще и в том, готовы ли мы согласиться с крайне тенденциозным истолкованием ЕСПЧ фундаментальных основ отечественной государственно-правовой жизни и нашей социально-политической действительности, ставящим под сомнение суверенитет России, и защищать Конституцию Российской Федерации от покушений на нее, под каким бы благовидным предлогом и кем бы они не совершались.

Оставим на совести ЕСПЧ некоторые фактические ошибки при изложении фабулы дела. Приведем обширную выдержку из решения Суда, чтобы читатель мог сформировать собственное представление о картине в целом. В частности, походя опрокидывая сформулированные Конституционным Судом Российской Федерации правовые позиции, основанные на Основном законе России и раскрывающие его содержание¹, ЕСПЧ заявил:

«127. Суд принимает во внимание ссылку Конституционного суда на особую историко-политическую ситуацию в России, характеризующуюся нестабильностью новой установленной политической системы, перед которой стоят серьезные вызовы от сепаратистских, националистических и террористических сил (см. пункт 55 выше). Суд подчеркивает особое положение России, которая относительно недавно начала процесс перехода к демократии. Суд соглашается с тем, что скорее был определен интерес в обеспечении, того, чтобы, после развала Советского союза и в начале демократической реформы в 1991 году, предпринимались меры по сохранению стабильности и предоставлению возможности создавать и укреплять неустойчивые демократические институты. Следовательно, Суд не исключает, что непосредственно после развала Советского союза запрет на создание региональных политических партий мог быть обоснованным.

128. Однако, Суд считает важным то, что запрет не был введен в 1991 году, а только в 2001 году, почти через десять лет после того, как России начала процесс перехода к демократии. При данных обстоятельствах Суд считает, что довод о том, что мера была необходимой для защиты неустойчивых демократических институтов России, ее целостности и национальной безопасности являются еще менее убедительными. Для того чтобы недавнее введение общих ограничений в отношении политических партий было обоснованным, должны быть представлены особенно убедительные доводы. Однако Власти не предоставили объяснения, какие озабоченности возникли в последнее время относительно региональных партий, и почему такие озабоченности не существовали в ходе первых этапов перехода в начале 90-х годов (см. относительно аналогичного обоснования вышеуказанное дело Тэнасе, § 174).

129. Суд считает, что по прошествии времени общие ограничения в отношении политических партий становится все сложнее оправдать. Становится необходимым отдать предпочтение оценке по конкретному делу, учитывать фактическую программу и действия каждой политической партии, нежели кажущуюся угрозу со стороны определенной категории или типа партий (см. с учетом соответст-

¹ Конституционный Суд России около пятнадцати раз обращался в своих решениях к анализу нормативного содержания конституционного права на объединение, в том числе во взаимосвязи указанного права с основами конституционного строя РФ (ст. 1, 2, 3, 13, 15), а также избирательными и иными правами граждан. В частности, в Постановлении от 16 июля 2007 года №11-П по делу о проверке конституционности отдельных положений статей 3, 18 и 41 Федерального закона «О политических партиях» в связи с жалобой политической партии «Российская коммунистическая рабочая партия — Российская партия коммунистов» Суд сделал вывод, имеющий принципиальное значение для адекватной оценки решения ЕСПЧ: «Таким образом, абзац третий пункта второго статьи 3 Федерального закона О политических партиях», закрепляющий требования к численности политической партии и ее региональных отделений, и находящиеся в нормативном единстве с ним подпункт «ж» пункта 1 статьи 18 и подпункты «г», «д» пункта 3 статьи 41 названного Федерального закона, регулирующие условия и порядок государственной регистрации регионального отделения политической партии и последствия изменения статуса политических общественных объединений, не отвечающих требованиям, предъявляемым к политической партии, — в системе действующего правового регулирования, в том числе во взаимосвязи с положениями статей 1, 2, 3, 13, 15 (ч. 4), 17, 19, 28, 29, 30 и 32 (ч. 1 и 2), 45 (ч. 1) и 55 Конституции РФ и законодательства об общественных объединениях, выборах и референдумах, а также с учетом конкретно-исторических условий становления в Российской Федерации как демократическом федеративном правовом государстве с республиканской формой правления устойчивой многопартийной системы — нельзя признать чрезмерно ограничивающими право на объединение в политические партии».

вующих изменений, вышеуказанное дело Тэнасе, § 175, и дело «Адамсонс против Латвии» (*Adamsons v. Latvia*), жалоба № 3669/03, § 123, 24 июня 2008 года). По мнению Суда, существуют меры для защиты законов, институтов и национальной безопасности России, кроме решительного запрещения региональных партий. Санкции, включая наиболее серьезные случаи ликвидации, могут налагаться не те политические партии, которые применяют незаконные или недемократические методы, подстрекают к насилию или выдвигают политику, которая нацелена на разрушение демократии и пренебрегает правами и свободами, признанными в демократии. Такие санкции связаны с выявлением реальной угрозы национальным интересам, в частности, с фактами, основанными на конкретной информации, а не осуществлением действий лишь на том предположении, что все региональные партии представляют угрозу национальной безопасности.

130. Настоящее дело является примером возможности существования нарушений, связанных с беспорядочным запрещением региональных партий, которое, более того, основано на расчете количества региональных отделений партий. Заявитель, всероссийская политическая партия, которая никогда не отстаивала региональные интересы или сепаратистские взгляды, чей устав четко указывал, что одной из целей являлось обеспечение единства страны и мирное сосуществование ее многонационального населения, и которая никогда не обвинялась в каких-либо попытках подорвать территориальную целостность России, была ликвидирована только на формальном основании о том, что она не имела достаточного количества региональных отделений. При данных обстоятельствах Суд не понимает, каким образом ликвидация заявителя обеспечила достижение одной из целей, указанных Властями, в частности, предотвращение беспорядков или защита национальной безопасности или прав других лиц.»

Итак, ЕСПЧ «не понимает». По-видимому, именно этим объясняется то, что он отождествил два различных института российского права — запрет политической партии, который действительно служит указанным в части 5 статьи 13 Основного закона России и части 2 статьи 11 Конвенции 1950 года целям, и ликвидацию политической партии, которая в части количественных критериев ее создания и деятельности никак этими целями не обусловлена.

Словом, в огороде бузина, а в Киеве дядька. Произошла не только подмена понятий, но обозначаемых ими явлений правовой действительности, что во многом предопределило содержание комментируемого решения и вызвало недоумение юридической общественности, привыкшей с доверием относиться к решениям ЕСПЧ.

Впрочем, не будем излишне строги к судьям Европейского суда. Даже им свойственно ошибаться, хотя прямое игнорирование ими правовых позиций самого ЕСПЧ (решения по жалобам № 28973/95 от 30 октября 1995 г. и №12282/02 от 14 июня 2005 г.), на что обратил внимание судья А.И. Ковлер, едва ли возможно объяснить с позиций юридической логики или недостаточным проникновением в предмет разбирательства. Как невозможно объяснить мотивировку принятого ЕСПЧ решения ссылкой на материалы сравнительного исследования права европейских государств в части, касающейся требований о числе членов политической партии или запрета региональных партий. Насколько корректно сравнение законодательства Российской Федерации с законодательством унитарных Хорватии, Молдовы или Румынии, несопоставимых ни по территории, ни по численности населения, к тому же далеких от тех угроз, с которыми сталкивается Россия?! И не напоминает ли слона в посудной лавке та неуклюжесть, с какой в комментируемом решении ЕСПЧ, самоуверенно полагающий, что он действует в своем праве, пытается опрокинуть правовые позиции Конституционного Суда России, отражающие реалии нашей социальной и правовой действительности и являющиеся частью Основного закона Российской Федерации, принятого, подчеркнем это, всенародным голосованием?!

Наивно полагать, что стоит только упразднить прежнюю политическую систему и провозгласить свою приверженность свободе и правам человека, как демократия осуществится сама собой. Народовластие способно раскрыть свой потенциал лишь постольку, поскольку опытом политического развития самого народа выработаны соответствующие формы организации народного суверенитета. В противном случае свобода слова, печати, митингов и собраний, всеобщее избирательное право сами по себе генерируют не демократию, а анархию, которая на следующем этапе развития сменяется олигархией, сопровождаемой утратой государством функции социального служения и социальной и политической апатией большинства народа, которая, в свою очередь, может смениться «демократическим» цезаризмом.

При этом сама демократия не представляет собой ни божественного откровения, ни неизменного социального идеала, одинакового во всех своих проявлениях для всех стран и народов; это — одна из политических форм, на содержании которой сказываются дух народа и его история, состояние экономики, мононациональный или полиэтничный состав населения и его численность, размеры территории и даже климат, характер взаимоотношений с другими государствами и т. д. Она может быть результатом естественноисторического развития и в этом случае демократия как организация публичной власти и ее взаимоотношений с личностью является естественным и необходимым рефлексом на

сложившиеся формы собственности и всей системы экономических отношений так называемого индустриального общества, приходящего на смену феодализму.

Но демократия может быть и результатом социального выбора народа, как это произошло в России, не подготовленного историческим развитием общества. И в этом случае она объективно не способна немедленно оправдать возлагавшиеся на нее ожидания. Результатом такого разочарования может быть либо рецидив прошлого в организации и функционировании государства, либо упорное и последовательное утверждение институтов демократии во всех сферах жизни общества. Это тяжелая и не всегда благодарная работа, сложность которой усугубляется тем, что у демократии с точки зрения магистрального пути развития отечественной цивилизации в обозримом будущем нет альтернативы. В этом ни у кого в России нет сомнений, как нет сомнений в том, что здесь особенно важна мудрость законодателя и суда!

Разумеется, сфера распространения демократии не ограничивается только областью политических отношений. Правовое государство с характерными для него верховенством закона, недопустимостью примата государства над обществом, обязанностями и ответственностью перед народом, различными социальными структурами и личностью, развитой системой прав и свобод человека и гражданина и надежным механизмом их защиты требует соответствующего экономического фундамента. Между политикой и экономикой существует тесная взаимозависимость и возможны лишь определенные комбинации политического и экономического устройства. Демократическая организация экономики, свободный рынок и полноценные товарно-денежные отношения на основе добровольного сотрудничества индивидов являются фундаментом политической демократии. В свою очередь, политическая демократия, воплощаемая в правовом государстве, оказывает обратное воздействие на экономику и предопределяет роль государства и формы его руководства экономическим развитием общества.

Не следует, однако, думать, что рынок и товарно-денежные отношения, основанные на добровольном и юридически свободном сотрудничестве людей, обусловившие разрушение во многом традиционного общества в России, обладают чудотворной силой, способной гарантировать демократическое развитие общества. Свободный рынок означает децентрализацию экономики, демократия же представляет собой политическую централизацию, воплощаемую в государстве. Именно обеспечению политического единства свободных индивидов служит в конечном счете Конституция Российского государства.

Таким образом, демократия — это государство, причем мера «государственного» в ней предопределяется этапом становления самой демократии. Демократия в России находится на начальном этапе своего развития, и сегодня именно от публичной власти в огромной мере зависит утверждение демократических институтов. Речь, стало быть, идет о государственном управлении демократическими процессами, каким бы нонсенсом для либертарного мышления не выглядело это утверждение на первый взгляд.

В самом деле, действующая Конституция Российской Федерации — демократическая по своей сущности и организации учрежденного ею государства — в отличие от основных законов «старых» демократий была не записью итогов долгого экономического, социального, политического, духовного и юридического развития общества, а некоторой идеальной моделью социально-экономического и политико-юридического бытия, требующей своего наполнения. История не предоставила России двухсот лет для естественного вызревания демократических институтов в недрах традиционного общества и их постепенного утверждения не только в социально-экономической или политико-юридической сфере, но и в общественном и индивидуальном сознании.

Пора отказаться и от наивных представлений о том, что конституция сама по себе является достаточной гарантией демократического развития общества и свободы и прав человека и гражданина. Подлинная гарантия писаной конституции и закрепляемых ею институтов конституционного государства, при условии что она соответствует потребности общества и отвечает уровню его развития, заключается в такой организации социума, которая могла бы противостоять всяким покушениям на защищаемый основным законом конституционный строй. Речь идет о такой организации государственных и общественных институтов, собственности, социальных отношений, которая объективно служила бы утверждению и развитию демократии.

Иными словами, прочность демократии определяется не просто наличием писаной конституции, даже отвечающей самым высоким стандартам, или существующими в данный момент в обществе умонастроениями, а наличием и юридическим закреплением действительного баланса интересов различных социальных слоев и общественных классов, наций и народов, результатом чего являются уважение и доверие граждан к институтам конституционного строя. Именно этому призвана служить устойчивая многопартийная система, формирование которой требует немало времени и усилий и никак не может быть осуществлено из Страсбурга.

Конституция провозглашает Российскую Федерацию демократическим федеративным правовым государством с республиканской формой правления. Согласно же ее статье 13, закрепляющей одну из основ конституционного строя России как демократии в рамках правового государства, в России

признается идеологическое многообразие, никакая идеология не может устанавливаться в качестве государственной или обязательной, признаются политическое многообразие и многопартийность. Тем самым Конституция закрепляет идеологический и политический плюрализм как основу развития общества и одну из содержательных характеристик демократии.

Признание идеологического многообразия (наряду с признанием политического многообразия и многопартийности) в качестве одной из основ конституционного строя Российской Федерации есть рефлекс на насаждавшийся десятилетиями идеологический монизм, закреплявшийся в советских конституциях и поддерживавшийся всеми институтами государственной власти. Оно означает существенное сужение пределов государственной власти, поскольку из-под контроля государства выводится сфера идеологии, под которой обычно понимается система политических, правовых, нравственных, религиозных, эстетических и философских взглядов и идей, в которых осознаются и оцениваются отношения людей к действительности.

Одновременно такая конституционализация, поскольку она реализована в социальной практике, выступает гарантией демократии, основанной на свободной циркуляции политических взглядов и обсуждении разнообразных политических программ, поскольку именно политические партии играют существенную роль в обеспечении плюрализма и успешного функционирования ее институтов. В частности, тот же Европейский суд по правам человека в решении от 25 мая 1998 года по делу «Социалистическая партия и другие против Турции» отметил: «Сущность демократии в том, чтобы позволить выдвигать и обсуждать разнообразные политические программы, даже те, которые подвергают сомнению тот порядок, согласно которому организовано в настоящее время государство, при условии, что они не наносят ущерба самому государству». Да, но без ущерба самому государству!

Отсюда проистекает запрет для государства, его органов и должностных лиц в своей официальной деятельности по осуществлению государственно-властных функций и полномочий руководствоваться не Конституцией, законом, иными нормативными актами, а той или иной идеологией, включая идеологию либерализма, социал-демократизма, марксизма-ленинизма и пр. В этом отношении государство «выше идеологии». Кроме того, из такого признания вытекают некоторые индивидуальные и коллективные права граждан и их объединений на разработку и развитие воззрений и теорий идеологического характера, их распространение в не противоречащих закону формах и в установленном им порядке, практическое осуществление способами, соответствующими конституционному строю Российской Федерации, и т. п.

Признание Конституцией России идеологического многообразия сопровождается признанием политического многообразия и многопартийности, которые являются структурированным выражением идеологического многообразия, его оформлением в виде различных политических партий, объединяющих граждан в зависимости от их социальной и политической ориентации.

Отсюда в том числе следует, что политические партии действительно являются институтом, необходимым для функционирования демократии в рамках правового государства и в формах, установленных Конституцией. Поскольку коллективное участие граждан, в своей совокупности составляющих многонациональный народ Российской Федерации — носитель суверенитета и единственный источник власти в стране, в осуществлении власти в Российской Федерации, провозглашенное в преамбуле Конституции и структурированное в ее статье 3 и ряде иных положений, предполагает формирование политической воли народа, определяющей деятельность публичной власти, то, по смыслу статьи 13 Конституции, именно политические партии содействуют процессу волеобразования народа в условиях открытости такого процесса и свободы создания и деятельности самих политических партий, отвечающих критериям демократии в рамках федеративного правового государства с республиканской формой правления.

Закон о политических партиях предусматривает принципы образования, регистрации и деятельности политических партий и их региональных отделений, государственную поддержку и государственное финансирование политических партий (в зависимости от полученных на выборах голосов), формы их участия в выборах, гарантии их деятельности и механизмы контроля за соблюдением ими Конституции и законодательства. При этом согласно пункту 1 статьи 3 данного Закона политическая партия — это общественное объединение, созданное в целях участия граждан России в политической жизни общества посредством формирования и выражения их политической воли, участия в общественных и политических акциях, в выборах и референдумах, а также в целях представления интересов граждан в органах государственной власти и органах местного самоуправления.

Отсюда следует, что политическая партия действительно является автономным от государственных институтов образованием, то есть самоуправляемым общественным объединением, создаваемым по инициативе граждан и в своей деятельности, поскольку она осуществляется в непротиворечии с законом, независимым от государства. При этом политическая партия представляет собой особый вид общественного объединения, для которого характерны определенная целевая ориентация, соответствующая идеологическая база, постоянная организационная структура, фиксированное индивидуальное членство.

Одновременно политическая партия — элемент политической системы общества, ее назначение — участие в политической жизни общества, а в условиях сложившейся многопартийности и соответствующей ей избирательной системы — институционализация государственной власти в установленных Конституцией пределах и формах. Конституция, однако, провозглашая политическое многообразие и многопартийность и гарантируя равенство политических партий перед законом независимо от изложенных в их учредительных и программных документах идеологии, целей и задач и возлагая на государство обязанность обеспечивать соблюдение прав и законных интересов политических партий, непосредственно не определяет особенности создания, деятельности, реорганизации и ликвидации политических партий, как не устанавливает условия и порядок реализации гражданами Российской Федерации права на объединение в политические партии.

Для Конституции безразлично количество политических партий, их численный и социальный состав, идеология и пр. Она ограничивается установлением организационных и функциональных параметров существования общественных объединений. Речь идет, с одной стороны, о том, что принципы организации общественного объединения не должны противоречить требованиям демократии и прав человека в том виде, в каком они выражены в Конституции, и, с другой стороны, цели и деятельность общественных объединений должны быть тождественны конституционному строю. В связи с этим Конституционный Суд в своем постановлении от 15 декабря 2004 года № 18-П подчеркнул, что законодатель вправе урегулировать правовой статус политических партий, в том числе условия и порядок их создания, принципы деятельности, права и обязанности, установить необходимые ограничения, касающиеся осуществления права на объединение в политические партии, а также основания и порядок государственной регистрации политической партии в качестве юридического лица. При этом осуществляемое законодателем регулирование — в силу части 1 статьи 17 Конституции, устанавливающей, что в Российской Федерации гарантируются права и свободы человека и гражданина согласно общепризнанным принципам и нормам международного права и в соответствии с Конституцией, — не должно искажать само существо права на объединение в политические партии, а вводимые им ограничения — создавать необоснованные препятствия для реализации конституционного права каждого на объединение и свободы создания и деятельности политических партий как общественных объединений, то есть такие ограничения должны быть необходимыми и соразмерными конституционно значимым целям.

Отсюда вытекают по меньшей мере четыре существенных вывода: во-первых, федеральный законодатель вправе и обязан урегулировать условия и порядок создания и деятельности политических партий; во-вторых, допустимо установление федеральным законом требований, предъявляемых к созданию и деятельности политических партий; в-третьих, пределы дискреции федерального законодателя предопределяются прежде всего признанием в Российской Федерации идеологического и политического многообразия и многопартийности и установлением их конституционных характеристик, из чего проистекает необходимость поэтапного формирования устойчивой многопартийной системы, способной гарантировать политическое волеобразование многонационального народа России в рамках той или иной избирательной системы, особенностями которой во многом диктуются предъявляемые на соответствующем этапе развития Российской Федерации как демократического правового федеративного государства с республиканской формой правления требования к созданию и деятельности политических партий; в-четвертых, эти пределы предопределяются также конституционными правами и свободами, в том числе правом каждого на объединение, гарантии которого, как многократно отмечалось в решениях Конституционного Суда, распространяются и на политические партии, а также свободой мысли и слова, правом каждого искать, получать, передавать, производить и распространять информацию любым законным способом, поскольку объединение лиц, имеющих те же убеждения или интересы или разделяющих общие идеи, является одной из форм коллективной реализации свободы мысли и слова. Указанным положениям коррелируют международно-правовые обязательства Российской Федерации, принятые ею на себя, в частности, в соответствии со статьей 22 Международного пакта о гражданских и политических правах, статьей 11 Конвенции о защите прав человека и основных свобод.

Принцип многопартийности означает также законность политической оппозиции. Конституция легализует мирное, ненасильственное соперничество политических партий за участие в осуществлении государственной власти и ее институционализации в установленных Конституцией парламентских и иных формах. Практическое значение для развития многопартийности, в том числе с точки зрения интересов политической оппозиции, имеет предложение Президента РФ Д. А. Медведева, высказанное в его Послании Федеральному Собранию от 5 ноября 2008 года, о том, что поэтапно должно быть снижено минимальное количество членов организации, требуемых для регистрации новой политической партии. Этому вопросу было посвящено и одно из недавних заседаний Госсовета России. Речь при этом идет именно о поэтапной трансформации количественного критерия создания и деятельности политических партий с учетом особенностей переживаемого страной исторического этапа и потребности в формировании устойчивой многопартийной системы. Но это — сфера исключительной

компетенции российского законодателя, исходящего из того, что время «диванных» партий не может длиться бесконечно, и способствующего политическому структурированию общества.

В связи с комментируемым решением существенное значение приобретает институт регистрации политических партий, правилам которой ЕСПЧ уделил столь пристальное внимание. В частности, согласно пункту 1 статьи 15 Закона о политических партиях политическая партия и ее региональные отделения подлежат государственной регистрации в соответствии с Федеральным законом от 8 августа 2001 года № 129-ФЗ «О государственной регистрации юридических лиц и индивидуальных предпринимателей» (в ред. от 26 апреля 2007 года) с учетом установленного в нем специального порядка регистрации политической партии и ее регионального отделения. При этом политическая партия и ее региональное отделение осуществляют свою деятельность в полном объеме, в том числе как юридические лица, с момента государственной регистрации.

Данное положение находится в системной взаимосвязи с подпунктом «ж» пункта 1 статьи 18 Закона о политических партиях, в соответствии с которым для государственной регистрации регионального отделения политической партии в уполномоченный территориальный орган в числе прочих документов предоставляется список членов регионального отделения политической партии, что в свою очередь взаимосвязано с требованиями названного Закона о необходимом минимуме численности членов политической партии и ее региональных отделений (абз. 3 п. 2 ст. 3), правом граждан быть членом только одной политической партии и состоять только в одном региональном отделении данной политической партии — по месту постоянного или преимущественного проживания (п. 6 ст. 23), а также с правомочием уполномоченных государственных органов знакомиться с документами политических партий и их региональных отделений, подтверждающими наличие региональных отделений, число членов политических партий и число членов каждого регионального отделения политической партии (подп. «а» п. 1 ст. 38).

По смыслу указанных положений, регистрация политической партии и ее регионального отделения есть акт уполномоченного федерального органа исполнительной власти, осуществляемый посредством внесения в государственный реестр сведений о создании политической партии, отвечающей требованиям Закона. Этим не затрагивается существо права на создание политической партии, поскольку посредством государственной регистрации, имеющей нормативно-явочный, а не разрешительный характер, осуществляется фиксация уполномоченным на то государственным органом факта соответствия политической партии установленным Законом о политических партиях требованиям, что не только влечет за собой признание политической партии юридическим лицом, как это предусмотрено ГК (ст. 48, 51), но также обуславливает возложение на нее особой публичной функции, проистекающей из признания политической партии единственным коллективным субъектом избирательного процесса (п. 1 ст. 36 Закона о политических партиях, п. 1 и 2 ст. 7 Закона о выборах депутатов ГД ФС РФ). Этим предопределяется также возложение на государство установленных федеральным законодательством обязанностей по отношению к политической партии и ее членам.

Такому пониманию вполне корреспондирует позиция и самого Европейского суда по правам человека, который в решении от 10 июля 1998 года по делу «Сидиропулос и другие против Греции», указав, что право создать ассоциацию является неотъемлемой составной частью права, провозглашенного статьей 11 Конвенции о защите прав человека и основных свобод, «хотя в своем тексте она ограничивалась упоминанием лишь о праве создавать профсоюзы», отметил: «Возможность для граждан создать юридическое лицо, чтобы совместно действовать в сфере своих интересов, является наиболее важным аспектом права на свободу общественных объединений, без которого это право лишается своего смысла. Способ, каким национальное законодательство закрепляет эту свободу, и его применение в практической деятельности властей — это показатель демократии в стране, о которой идет речь. Разумеется, государства обладают правом следить за соответствием целей и деятельности объединения нормам законодательства, но они должны использовать это право способом, не противоречащим их обязательствам по Конвенции». Как быть, если юридическое лицо не соответствует установленным законом критериям и почему ликвидация такого лица, осуществленная судом в рамках демократических процедур, отождествлена с запретом политической партии и потому объявлена противоречащей статье 11 Конвенции — тайна великая есть.

При этом Закон о политических партиях, вводя требование представлять для государственной регистрации регионального отделения политической партии список членов регионального отделения политической партии, одновременно устанавливает, что эта информация предназначена для сведения данного органа и относится к информации с ограниченным доступом, разглашение которой без согласия соответствующих членов политической партии влечет за собой ответственность, установленную законодательством Российской Федерации (п. 6 ст. 19).

Конституционный Суд России в этом положении усмотрел определенную опасность. В связи с этим постановлением от 16 июля 2007 года № 11-П положение подпункта «ж» пункта 1 статьи 18 Закона о политических партиях, предусматривающее предоставление уполномоченному территориальному органу в числе документов, необходимых для государственной регистрации регионального отде-

ления политической партии, списка членов регионального отделения политической партии, которое находится во взаимосвязи с иными положениями указанного Закона (абз. 3 п. 2 ст. 3, п. 6 ст. 23, подп. «а» п. 1 ст. 38), признал не противоречащим Конституции. Но с существенной оговоркой: «постольку, поскольку» данная информация служит исключительно целям реализации установленных законом полномочий государственных органов по регистрации региональных отделений политических партий и осуществлению в установленных Конституцией и Законом о политических партиях пределах контроля за их деятельностью и не может быть использована в иных целях, в том числе для ограничения прав и свобод членов политической партии, реализуемых ими индивидуально или в коллективной форме, или предоставления им каких-либо преимуществ, а также поскольку указанная информация относится к информации с ограниченным доступом, разглашение которой без согласия соответствующих членов политической партии влечет за собой ответственность, установленную законодательством Российской Федерации.

Конвенционное закрепление общих для Европы стандартов прав человека и участие Российской Федерации в нем вовсе не исключают значительную дискреционную свободу государства-участника, предопределяемую его суверенитетом, на что, интерпретируя Конвенцию о защите прав человека и основных свобод, неоднократно в своих решениях указывал Европейский суд по правам человека. Ослабление суверенных прав государства с неизбежностью ведет к ослаблению ответственности, которую международное сообщество может требовать от публичной власти, осуществляющей эти права. Гуманитарные стандарты, согласованные международным сообществом, могут быть реализованы лишь при условии, что они подкреплены должной ответственностью самих государств. Проблема, следовательно, состоит не в том, чтобы воспроизводить в государственном строительстве и общественном правопорядке внешние формы, принятые в иных европейских странах, а с учетом субсидиарного характера общеевропейской гуманитарной системы и масштабов сотрудничества в иных сферах межгосударственных отношений обеспечить должную эффективность собственного правозащитного механизма.

Суверенитет Российской Федерации как демократического федеративного правового государства, распространяющийся на всю ее территорию, закреплен Конституцией в качестве одной из основ конституционного строя. В постановлении Конституционного Суда от 07 июня 2000 года № 10-П дано нормативное определение этого конституционного понятия: суверенитет, предполагающий, по смыслу статей 3—5, 67 и 79 Конституции, верховенство, независимость и самостоятельность государственной власти, полноту законодательной, исполнительной и судебной власти государства на его территории и независимость в международном общении, представляет собой необходимый качественный признак Российской Федерации как государства, характеризующий ее конституционно-правовой статус.

Демократизация общества, государственных и общественных институтов привнесла существенные новации в представление о суверенитете. При этом Конституция России в отличие от учредительных актов некоторых иных федеративных государств отвергла теорию делимости суверенитета, на которой настаивали отдельные субъекты Российской Федерации при подписании Федеративного договора и что получило в нем терминологическое отражение, хотя на самом деле это было скорее рефлексом на характерную для предшествующего этапа развития российской государственности жесткую централизацию властных полномочий, чем констатацией политико-юридического состояния взаимоотношений федеральных властей и властей субъектов РФ.

Суд в этом постановлении особо указал, что использование в части 2 статьи 5 Конституции применительно к установленному ею федеративному устройству понятия «республика (государство)» не означает — в отличие от Федеративного договора от 31 марта 1992 года — признание государственного суверенитета этих субъектов РФ, а лишь отражает определенные особенности их конституционно-правового статуса, связанные с факторами исторического, национального и иного характера.

Не случайно действующая Конституция, разграничив предметы ведения и полномочий между федеральными органами государственной власти и органами государственной власти субъектов, а также допустив возможность их перераспределения на основе внутригосударственных договоров о разграничении предметов ведения и полномочий, признает суверенный характер исключительно за Российской Федерацией. Отсюда также следует, что все такие договоры должны соответствовать федеральной Конституции, следовательно, любое допущавшееся ими ограничение либо разделение суверенитета России юридически ничтожно и должно быть исключено. Положения Федеративного и иных договоров, предусматривавшие суверенитет республик и связанные с этим ограничения суверенитета Российской Федерации, ее конституционно-правового статуса, в том числе нашедшие отражение в конституциях республик, не могут действовать и не подлежат применению как противоречащие федеральной Конституции.

Конституция не предусматривает возможность деления суверенитета России и с международным сообществом, что также было отмечено в указанном постановлении. Согласно статье 79 Конституции Российская Федерация может участвовать в межгосударственных объединениях и передавать им

часть своих полномочий в соответствии с международными договорами, если это не влечет ограничения прав и свобод человека и гражданина и не противоречит основам конституционного строя РФ. Передача Российской Федерацией части своих полномочий межгосударственным объединениям не равнозначна передаче части своего суверенитета. Суверенитет не есть простая совокупность ее полномочий, это неотъемлемое качество, присущее Российскому государству. Оно действительно «материализуется» в полномочиях РФ, но не тождественно им. Поэтому межгосударственному объединению может быть передана именно часть полномочий РФ, если это, в частности, не противоречит основам конституционного строя РФ, в том числе суверенитету России. Количество, то есть сумма и номенклатура передаваемых полномочий, не должно переходить в качество, то есть влечь утрату суверенитета государства.

Распространение суверенитета на всю ее территорию является основой независимости России в международных отношениях. Территориальное верховенство государства проявляется по отношению к остальным государствам и иным субъектам международно-правовых отношений в пределах принадлежащей каждому суверенному государству сферы свободной деятельности. Международно-правовые акты, раскрывая содержание принципа «суверенного равенства, уважения прав, присущих суверенитету», к числу присущих суверенитету и охватываемым им правам относят право каждого государства на юридическое равенство, на территориальную целостность, на свободу и политическую независимость. На государствах лежит обязанность уважать право друг друга свободно выбирать и развивать свои политические, социальные, экономические и культурные системы, равно как и право устанавливать свои законы и административные правила.

Юридическим выражением суверенитета является установленное Конституцией верховенство Конституции и федеральных законов на всей территории Российской Федерации. Это означает, с одной стороны, закрепление политического единства многонационального народа России: Российская Федерация в политическом отношении является единой государственно-правовой и международно-правовой системой, а ее многонациональный народ — единой государственной гражданской нацией.

При этом границы проявления суверенитета государства обусловлены следующим: государство связано Конституцией и законом; органы государства, учреждения и должностные лица выступают агентами всего общества, ответственны перед ним и несут обязанности по отношению к человеку и гражданину; общепризнанные принципы и нормы международного права и международные договоры РФ составляют часть правовой системы России.

Таким образом, к правовой системе Российской Федерации отнесены и международные договоры, а именно те договоры, в отношении которых она выразила согласие на их обязательность и которые вступили для нее в силу, договоры, к которым она присоединилась, а также договоры, в отношении которых она стала продолжателем или правопреемником Союза ССР. При этом международные договоры действительно имеют преимущество перед законами в применении: если международным договором РФ установлены иные правила, чем предусмотренные законом, то применяются правила международного договора.

Этим предопределяются пределы судебного применения международного договора РФ: если он был ратифицирован, вступил в силу, официально опубликован и не требует издания дополнительных внутрисудебных нормативных актов, то положения такого договора действуют непосредственно и имеют приоритет в применении по отношению к противоречащим им правилам, содержащимся в законе. Данный вывод Верховного Суда РФ, сделанный ранее в постановлении его Пленума от 31 октября 1995 года № 8 «О некоторых вопросах применения судами Конституции Российской Федерации при осуществлении правосудия», получил подтверждение в постановлении Пленума ВС РФ от 10 октября 2003 года № 5.

Но в случае с решением ЕСПЧ вопрос поставлен иначе: как должна разрешаться коллизия между международным договором Российской Федерации и Конституцией? Очевидно, что в этом случае действует правило о высшей юридической силе Конституции, ибо международные договоры являются составной частью правовой системы государства, а в рамках этой системы нет актов, которые по своей юридической силе стояли бы выше Конституции. В связи с этим в статье 22 Закона о международных договорах РФ предусмотрено, что в случае если международный договор содержит правила, требующие изменения отдельных положений Конституции, решение о согласии на его обязательность для Российской Федерации возможно в форме федерального закона только после внесения соответствующих поправок в Конституцию или пересмотра ее положений в установленном порядке.

Таким образом, из Основного Закона не следует надконституционность общепризнанных принципов и норм международного права и международных договоров, которые в основном покрывают сферу межгосударственных отношений. При этом мы не воспринимаем данные принципы и нормы как что-то внешнее по отношению к Основному закону, они в силу волеизъявления конституционного законодателя выступают частью российской конституционной системы. Эти принципы «вмонтированы» в ткань Конституции и составляют ее содержательную характеристику. Речь идет о принципиальном согласии Российского государства со сложившимися международными стандартами и

конституционном восприятии их в качестве масштабов правотворчества и правоприменения. При этом Конституция в самой себе содержит механизм интеграции в правовую систему России новых принципов и норм (причем это не статичная, а развивающаяся система), а также международных договоров РФ, тем самым опосредуя основные тенденции мирового развития. Что же касается международных договоров России, они равны по статусу федеральному закону, но не Конституции, со всеми вытекающими отсюда последствиями и не могут ни при каких условиях угрожать стабильности государства и рациональности его организации. Это — категорический императив правотворчества и правоприменения!

На это было прямо указано в Федеральном законе от 30 марта 1998 года № 54-ФЗ «О ратификации Конвенции о защите прав человека и основных свобод и Протоколов к ней»: «Российская Федерация в соответствии со статьей 46 Конвенции признает *ipso facto* и без специального соглашения юрисдикцию Европейского суда по правам человека обязательной по вопросам толкования и применения Конвенции и Протоколов к ней в случаях предполагаемого нарушения Российской Федерацией положений этих *договорных актов*, когда предполагаемое нарушение имело место после их вступления в действие в отношении Российской Федерации». Тем самым указанный Федеральный закон одновременно признает установившееся прецедентное право, которым руководствуется Европейский суд по правам человека; его можно рассматривать как трансформационный акт, согласно которому не только Конвенция 1950 года, но и прецеденты Европейского суда, сложившиеся в процессе ее толкования и применения, обязывают Россию и вменяются в качестве обязательных всякому правоприменителю. Но до тех пор, пока они не вступают в коллизию с Конституцией. Именно в этом заключается смысл разъяснения, содержащегося в упомянутом постановлении Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 10 октября 2003 года: применение судами общей юрисдикции Конвенции 1950 года «должно осуществляться с учетом практики Европейского суда по правам человека во избежание любого нарушения Конвенции о защите прав человека и основных свобод».

В связи с этим уместно подчеркнуть, что прецеденты, созданные Конституционным Судом Российской Федерации путем толкования Конституции, становятся по существу частью самой Конституции; точно так же прецеденты, создаваемые конституционным толкованием законов, становятся частью интерпретируемых законов. Конституция есть то, что о ней скажет Конституционный Суд.

При этом законодатель обладает достаточно широкой дискрецией в отношении прецедентов, поскольку они неразрывны с актом, толкованием которого созданы. Исключение составляют прецеденты толкования Конституции, их отмена возможна путем новации самой Конституции, то есть внесения в нее изменений и дополнений. Возможно изменение созданного Конституционным Судом прецедента и им самим, поскольку это обусловлено «поиском права» или необходимостью актуализации конституционных положений, осуществляемой, в частности, путем так называемого эволюционного толкования. Основания для такого изменения применительно к данному случаю, однако, еще не созрели. Хорошо бы это понять и ЕСПЧ!

Гомогенизация российского права, то есть развитие в направлении восприятия, утверждения и защиты общеевропейских или всемирных стандартов, не требует от России отказа от собственных культурных и национальных правовых традиций. Авторы Конвенции 1950 года ориентировались прежде всего на те государства, которые изначально подписывали этот акт. Отсюда указание на «общее наследие» государств-участников, которое само по себе не является застывшей системой идей и принципов, и мы едва ли можем рассматривать себя в качестве «наследников первой очереди». Европейский консенсус как единая европейская система защиты прав человека, которая предполагает одинаковый уровень защиты во всех государствах-участниках Конвенции 1950 года, складывался постепенно и поэтапно¹. Этот процесс нельзя считать завершенным еще и потому, что решение об имплементации Конвенции 1950 года в систему национального правопорядка многих постсоциалистических государств не способно автоматически гарантировать схожие «политические традиции, идеалы, свободу и верховенство права», которые и составляют основу «общего наследия» государств — участников Конвенции и в которых ее преамбула видит истоки европейской правозащитной системы, являющейся, в свою очередь, рефлексией идей европейского единства, развивавшихся Жаном Моне, Рене Кассэном, Полем-Анри Спааком, Робером Шуманом, Альчиде де Гаспери и др.

¹ См.: *Полгари Э.* Страсбургский Суд и европейский консенсус // Сравнительное конституционное обозрение. — 2005. — № 3. — С. 107. Небезынтересно заметить, что, например, Великобритания, первой 22 февраля 1951 года ратифицировавшая Конвенцию о защите прав человека и основных свобод, до 14 января 1966 года не признавала право на подачу индивидуальной жалобы и обязательную юрисдикцию Европейского суда, а права, гарантированные этой Конвенцией, не могли быть защищены в судебном порядке согласно ее внутреннему национальному праву до 2 октября 2000 года. См.: *Яковенко А. В.* Выступление на международной конференции «Влияние Европейской Конвенции о защите прав человека и основных свобод на развитие правовых систем европейских стран». Ярославль, 28—30 июня 2006 г.; *Бауринг Б.* Долгий путь Великобритании к европейским стандартам прав человека: в авангарде и далеко позади // Стандарты Совета Европы в области прав человека применительно к Конституции Российской Федерации. Избранные права. — М., 2002. — С. 29—39.

Юридический романтизм столь же пагубен, как и юридический нигилизм. Не мы первые в убеждении о юридической невозможности исполнения некоторых решений ЕСПЧ. Еще в 2004 году Федеральный Конституционный суд Германии пришел к выводу, что решения ЕСПЧ не обладают юридической силой, способной отменить вступившие в законную силу решения германских судов. Еще более определенную позицию занял парламент Великобритании, заявивший, что Палата общин — единственный представительный орган, наделенный народом правом принимать соответствующие решения; следовательно, окончательные решения по вопросам правового регулирования являются исключительной компетенцией избранных демократическим образом законодателей, но не ЕСПЧ.

У нас на этот счет сомнений быть не должно. Действующая Конституция России, развивая отечественный опыт взаимодействия национального и международного права и учитывая практику конституционного регулирования других государств, преодолела многие препятствия к открытости внутреннего правопорядка для норм международного права. Однако из этого вовсе не следует примат международного права или отказ от суверенитета Российского государства. Мы на собственном опыте многократно убеждались, что законы эволюционного развития обмануть невозможно.

Что же касается коллизий, подобных рассматриваемой, они возможны и в будущем. В связи с этим законодателю надо подумать о дополнении Федерального конституционного закона «О Конституционном Суде Российской Федерации» по меньшей мере указанием на то, что Конституционный Суд по запросам высших органов государственной власти на оселке конституционности проверяет путем вынесения заключения решения международных судебных органов, если есть основания полагать, что их исполнение может войти в коллизию с Конституцией России. Конституция должна быть надежно защищена!

И ЭТО ВСЕ О НЕМ

А.Н. Бабай

Бабай Александр Николаевич — кандидат юридических наук, профессор, заслуженный юрист Российской Федерации, начальник Дальневосточного института повышения квалификации Федеральной службы Российской Федерации по контролю за оборотом наркотиков

В.К. Бабаев: человек и ученый. Из сельской глубинки — в большую науку

Разница в возрасте с родным дядей Владимиром Константиновичем Бабаевым составляет почти 20 лет, поэтому мои детские воспоминания связаны с тем периодом жизни, когда он служил в вооруженных силах, а затем учился в Дальневосточном государственном университете.

Помню храброго сержанта, который лихо крутил «солнце» на турнике и выполнял другие, невообразимые для сельской детворы, упражнения, как строил нас мал мала меньше и вел на речку, как носил меня, на зависть друзьям, на своих сильных плечах. Он очень любил детей, и они всегда тянулись к нему, с удовольствием участвовали в организуемых им играх и соревнованиях.

Многое в жизни дяди изменила армия. По рассказам моего отца, его брат Володя в детстве не отличался крепким здоровьем, да и к учебе не проявлял особого интереса, любимым его занятием было разведение голубей. Но к третьему году службы он не только окреп физически, но и вырос духовно. В его сознании сформировалась мысль — стать юристом, помогать другим в защите их прав, пресекать зло, бороться с преступностью, разрешать споры. Видимо, обостренное чувство справедливости во многом обусловило его желание стать судьей.

Учась в университете, дядя стал увлекаться наукой, особенно нравилось ему разбираться в проблемах теории государства и права. Неслучайно по окончании университета он поступил в аспирантуру Свердловского юридического института. А его научным руководителем стал известный отечественный ученый, автор многих работ по теории государства и права Сергей Сергеевич Алексеев.

На каникулах дядя всегда приезжал к нам. К тому времени не было в живых уже бабушки и дедушки (родителей дяди), и во многом мой отец, будучи почти на 15 лет старше, их ему заменил. Помню, как долгими зимними вечерами, а летом на рыбалке они спорили об исторических судьбах Советского, да и других государств, о несовершенстве и противоречивости нашего законодательства. Тогда я мало что понимал в этих дискуссиях, но с удовольствием слушал их разговоры.

Наверное, в те далекие 60-е годы прошлого века подспудно я и решил пойти по стопам своего дяди. До этого в нашем роду юристов не было. Да и откуда им было взяться. Родители В.К. Бабаева всю жизнь трудились на земле. Мой дед был скотником, но по рассказам отца, очень свободолюбивым, склонным к аналитическому мышлению, умеющим словом убедить и увлечь других, за что чуть было не поплатился. Чудом избежал он сталинских репрессий, но это уже другая история.

Бабушка родилась в семье зажиточного крестьянина, будущий муж Костя буквально силой увел ее из семьи, помимо воли родителей. Поселились они в одном из сел Амурской области, вдалеке от крупных городов. Привольно, но в то же время трудно жилось молодой семье на амурских просторах. Начали рождаться дети, а заработки были низкими, да и были ли они вообще в те предвоенные годы в сельской местности. В поисках лучшей жизни и с целью избежать репрессий дед на несколько лет уезжал в Москву, работал плотником сцены в театре им. К.С. Станиславского и В.И. Немировича-Данченко. Вернувшись в свое село Привольное накануне Великой Отечественной войны, дед заболел и вскорости умер, оставив бабушку с пятью детьми, младшему из которых Володе было всего три года. Старшие постепенно вставали на ноги, но младшим требовалась забота и внимание и главное — надо было их накормить. Чтобы как-то свести концы с концами, бабушка пошла работать. Не щадя своего здоровья, она с раннего утра до позднего вечера трудилась на совхозных полях. Была награждена медалью «За доблестный труд в годы Великой Отечественной войны».

Пример матери, ее отношение к родным и близким, к Родине, ее трудолюбие и добродетель, стремление помочь всем не могли не сказаться на характере ее сына. Всю жизнь память о ней дядя хранил в своем сердце. А ее фотография, как и при жизни дяди, стоит в его домашнем кабинете и поныне на самом видном месте.

С Владимира Константиновича Бабаева началась в нашем роду династия юристов. Не только я, его жена Тамара, их сын Сергей, моя дочь Екатерина, но и другие родственники из нашего сложного генеалогического древа избрали данную профессию. Не все из них носят эту фамилию, но все помнят того, с кого начиналась наша династия, включающая в себя ученых, судей, полицейских, прокурорских работников. Всем нам он давал напутствие, для всех он был и остается примером беззаветного служения Отчеству, образцом исполнения служебного долга, отношения к семье, друзьям и товарищам.

Кстати, о фамилии. Когда я, делавший первые шаги в науке, решил по примеру дяди, как он выразился «подчистить фамилию», он мне сказал: «Бабаевых в науке много, а Бабай будет первый». Я последовал его совету, о чем никогда не жалел.

Многие этапы моего профессионального становления так или иначе связаны с В.К. Бабаевым.

Выбирая место учебы и специальность, я не задумывался — только туда, где учился мой дядя. Когда встал вопрос о написании дипломной работы, то снова сомнений не было — только по ставшей мне родной и близкой теории государства и права и только под руководством близкого друга В.К. Бабаева Валентина Андреевича Сапуна — одного из лучших преподавателей ДВГУ.

Закончив университет, я почти два года работал прокурором отдела общего надзора прокуратуры Амурской области. И должность мне нравилась, и оплачивалась работа весьма неплохо, и перспективы роста открывались хорошие, но все это время дядя склонял меня к мысли о том, что мое предназначение — это наука.

За время моей учебы в университете и работы в прокуратуре мы встречались не так часто. Дядя с семьей жил в Горьком, а я — во Владивостоке и Благовещенске, но знал он обо мне практически все из писем моего отца (братья очень были дружны и близки друг другу) и благодаря информации, поступавшей ему от преподавателей ДВГУ, где у него оставалось много друзей.

В итоге состоялся непонятный для моих коллег переход в Хабаровскую высшую школу МВД СССР с благополучного места прокурора на непрестижную, с точки зрения многих прокурорских работников, должность преподавателя милицейского вуза.

И в дальнейшем дядя поддерживал меня, да я и сам нередко обращался к нему за советом и помощью. Это касалось и выбора темы диссертации и составления ее плана. Он редактировал мне первую научную статью и помогал с ее размещением в сборнике. Когда дело дошло до защиты моей диссертации, он помог мне в подготовке выступления, психологически настраивал и, видя мое волнение, присутствовал на защите, но в коридоре Института государства и права Академии наук СССР, слыша все, что происходило в зале, по громкоговорителю. Свое отсутствие в зале он объяснил нежеланием смущать меня.

Первым, кто поздравил меня с успешной защитой, был дядя.

Бывая в Нижегородской академии МВД СССР (России), я видел, каким большим почетом и уважением пользуется там дядя и не только среди профессоров и доцентов, но и со стороны курсовых офицеров, технического персонала, рабочих и служащих. И со всеми он находил общий язык: вспоминали знакомых, шутили, интересовался их здоровьем, успехами детей. Никогда я не чувствовал в его поведении и намек на превосходство, на отличие в социальном положении. Это подкупало людей, и они делились с ним самым сокровенным.

Двери его квартиры и дачи всегда были открыты для друзей. А среди них были не только известные ученые, но и бывшие студенты, аспиранты и просто хорошие люди, далекие от науки и милицмейской службы, с которыми когда-то он случайно познакомился на отдыхе, в командировках. И всегда в таких случаях быстро накрывался стол и завязывалась задухивная беседа.

В один из моих приездов дядя решил удивить меня и показал свою гордость — сторожевых кавказских овчарок, охранявших Нижегородскую академию МВД России. Это были огромные, с устрашающим оскалом, никого не подпускающие к себе, псы. Но, завидев издали своего хозяина и услышав его голос, собак словно подменили. Они стали покорными и управляемыми, беспрекословно выполняли его команды. А уж как радовались они очередной встрече с дядей. Собаки, как известно, не умеют скрывать свои чувства. Своих питомцев он любил ничуть не меньше людей.

В начале 90-х годов, по приглашению дяди, я оказался участником круглого стола, организованного редакцией журнала «Государство и право» и Нижегородской академией МВД России, посвященного проблемам реформирования российского права, формирования правового государства. И здесь я смог убедиться в величине таланта своего дяди как организатора серьезных научных форумов, в авторитетности его имени среди отечественных и зарубежных ученых. Признание его научных заслуг имело не только формальную сторону в виде почетного звания «Заслуженный деятель науки Российской Федерации», но и фактически он был лидером научного сообщества, собиравшегося вокруг него, причем как в рабочее, так и нерабочее время.

Не скрою, отдельные лучики его славы падали и на меня. Узнав, что я племянник самого В.К. Бабаева, многие государственные чиновники, а уж тем более ученые, относились ко мне с большим уважением и даже почтением. Хотя по возрасту, а тем более по научным заслугам и должностному положению они были старше и на голову выше меня. Нередко мне это помогало в жизни.

Помню, как восторженно отзывался о своем друге и соратнике тогдашний начальник Управления учебных заведений МВД России генерал-майор милиции Т.Н. Радько. Я, прибывший в министерство для назначения на очередную должность, выслушал самые лестные слова о своем великом родственнике, а вопрос о моем назначении был решен в одночасье.

Незаслуженно доброе и свехвнимательное отношение к себе я чувствовал от многих известных ученых: В.Н. Баранова, Н.В. Витрука, В.Д. Зорькина, В.Н. Синюкова и многих других. Я понимал, что в этом нет моей заслуги, а есть лишь безмерное уважение к моему дяде.

В какой-то степени В.К. Бабаев был моим ангелом-хранителем, надежным другом, наставником.

Некоторые мои ученики стали кандидатами наук во многом благодаря дяде. Я знал, что перспективной научной молодежи он не откажет в поддержке и пользовался этим, предлагая дяде стать у кого-то научным руководителем, выступить официальным оппонентом, помочь в выборе темы диссертационного исследования. При этом отказа от него я никогда не получал. Знаю, что его добротой пользовался не только я.

За несколько лет до ухода дяди в мир иной мы совершили с ним символическую поездку в места его и моего детства. С сожалением дядя отмечал разруху в его родных селах, заколоченные дома, где раньше жили его друзья, безработицу и откровенную нужду многих его бывших односельчан. Как мог, он старался помочь им всем.

Говорят, что жизнь человека похожа на зажженную свечу. Иногда она долго тлеет, чадя дымом и гарью, и сгорает дотла, а иной раз горит она ярким и пышным пламенем и, не успев догореть, неожиданно гаснет.

Жизнь В.К. Бабаева похожа именно на такую свечу, которая ярко горела, освещая путь другим, согревая их своим теплом, и неожиданно погасла, не завершив свою жизненную миссию. Особенно остро почувствовали эту потерю члены его семьи.

С его уходом что-то оборвалось и во мне. Нет в живых моих отца и матери, нет и моего любимого дяди, надежного, доброго, уверенного в себе и вселяющего эту уверенность в других, любящего жену, сына, внуков, всех своих многочисленных родственников.

Иной раз я ощущаю его незримое присутствие и кажется, что он наставляет меня на путь истинный, как это было в последний раз при нашем общении по телефону за несколько дней до рокового конца...

Л.Л. Кругликов

Кругликов Лев Леонидович — доктор юридических наук, профессор, заслуженный деятель науки Российской Федерации, заведующий кафедрой уголовного права и процесса Ярославского государственного университета имени П.Г. Демидова

Через аспирантуру — в науку

Наверно, мне бы не пришлось встретиться и тем более довольно близко узнать Володю — Владимира Константиновича Бабаева, если бы не причуды судьбы. В 1968 году я, в то время прокурор УСО (уголовно-судебного отдела) прокуратуры Омской области, приехал поступать в заочную аспирантуру в до того мне неведомый Свердловский юридический институт им. Д.И. Курского (ныне — Уральская юридическая академия). Неведома мне была и «кухня» приема в аспирантуру, равно как и моей напарнице, тоже приехавшей поступать на заочную форму, члену Омского областного суда А.В. Бессоновой — юристу весьма эрудированному, грамотному. Оказалось, что место в заочную аспирантуру выделено всего одно, а претендентов трое: кроме нас — еще один коллега, «товарищ с Юга». Оба мы сдали все экзамены на отлично и гадали: кого же из нас двоих возьмут, ведь третий для нас — не конкурент, набрал на два балла меньше.

Но именно он, вызванный на заседание приемной комиссии первым, вышел и заявил нам, что принят, то есть занял единственное место в заочную аспирантуру. Последовала немая сцена, настолько мы были ошарашены происшедшим. «А как же мы, и причем тогда объявленный конкурс, полученные нами отличные оценки?». Как работники юстиции, поборники справедливости, мы возмутились, открыто высказав несогласие с происшедшим. Нам популярно разъяснили, что конкурс конкурсом, а учеников себе выбирает научный руководитель. Нас он не знает, поскольку мы заканчивали не этот институт, а раз взор его остановился на другом претенденте, то, значит, так тому и быть (позднее мы узнали, что кроется за взаимным знакомством нашего конкурента в аспирантуру и научным руководителем).

Мы с А.В. Бессоновой уже собирались покинуть здание института, но нас пригласили на заседание приемной комиссии и предложили компромиссный вариант: мне будет выделено очное место и требуется только мое согласие, а моей компаньонше — соискательство. На принятие нами решения дали неделю. После недельного обдумывания и бурного объяснения с прокурором области («Обвел вокруг пальца, сбегает из прокуратуры!») я дал согласие на очное место: а что было еще делать? В итоге был зачислен и помещен в полуподвальное аспирантское общежитие, где в то время обитал и Володя Бабай, — как его в то время все величали.

Там и произошло наше знакомство. Нельзя сказать, что мы были очень дружны, как-никак он поступил в аспирантуру заметно раньше меня и был весь в делах. Заведующий кафедрой теории и — по совместительству — научный руководитель профессор С.С. Алексеев, светило науки, спрашивал с аспирантов за результаты весьма строго: чуть что — нерадивых и просто «не тянущих» аспирантский воз молодых людей представлял на отчисление. Однажды пришлось быть свидетелем его своеобразного метода оценки представленных «кусков» диссертации одним из претендентов. Шло заседание ученого совета института, и профессор между делом просматривал представленный ему труд. Он методично перечеркивал прочитанные страницы крест-накрест, а в конце писал: «Не пойдет». Конечно, при таком естественном отборе рождалось на кафедре немало ярких личностей, но было очевидно и другое: халтура не пройдет, нужно ежедневно упорно и настойчиво «пахать». Здесь уж не до отдыха, не до затянутых приятельских общений.

Но существовали все же вещи, нас сближающие. Во-первых, практически одинаковый возраст. Иногда он называл меня в шутку салагой, однако в действительности он был старше меня менее чем на полтора месяца, так что разницы в возрасте не чувствовалось. И хотя он выглядел солиднее, был добродушен и располагал людей к себе, не стремился держаться на расстоянии.

Во-вторых, стипендии нам, аспирантам, катастрофически не хватало, особенно имевшим семьи, и приходилось задумываться: «Где бы подзаработать?» Не без участия Володи нашли почти идеальный вариант под вывеской: Научно-исследовательский институт «Водоканалпроект». Подрядились там по очереди по ночам дежурить, сторожить. Этот объект, в котором мало что можно было даже при желании что-то взять, украсть, не представлял для преступников никакого интереса, а потому и не было на него посягательств. Работал каждый из нас, в том числе и Володя, раз в неделю, получая за это скудные рубли, но тем не менее никто не спешил эту работу оставить. Почему?

Дело в том, что так тщательно охраняемый нами объект давал нам определенные преимущества. Одно из них — почти идеальные условия для работы над диссертацией. Представьте себе: у сотрудников «Водоканала» закончилось рабочее время, они дружно покинули здание, закрывается на ключ входная дверь, включается сигнализация, а далее — предоставлен сам себе. Можно, раздумывая на

темой диссертации, ходить туда-сюда по широкому холлу или по коридору, можно даже с самим собой разговаривать, поочередно выполняя функции докладчика и оппонента, появившиеся мысли записывать на черновики бумаги и даже сесть и отпечатать на пишущей машинке понравившийся фрагмент работы или научную статью. Условия для полета мысли (если, конечно, они были) — самые подходящие: уединение, возможность поразмышлять, основательно продумать не поддававшуюся в библиотеке или в общезнании научную идею. Была возможность даже подремать час-полтора, чтобы затем с новыми силами засесть за тему диссертации. Во многом именно благодаря такой атмосфере, думается, все аспиранты, прошедшие через «сторожа», в установленные сроки представляли свои диссертационные работы для обсуждения на кафедре, а затем и на защиту. Вот почему с такой теплотой Владимир Константинович, уже будучи начальником института (затем — Академии МВД России), неоднократно, не стесняясь этого и пользуясь моим присутствием как поводом для разговора, с душевной теплотой вспоминал те времена, когда мы в период обучения в аспирантуре в Свердловске вместе «сторожевали», охраняя «особо ценный объект».

Кстати, этот объект был для нас интересен еще в одном отношении: при нем функционировала типография и нам, сторожам-аспирантам, никогда не отказывали в писчей бумаге, а для нас, много пишущей-черкающей братии, это было немаловажно. Да и на конечном этапе, когда диссертация достигала ступени готовности, большинство из нас, сторожей, пользовалось услугами типографии для размножения текста автореферата.

В нашей аспирантской биографии была и менее приятная для воспоминаний страница. Дело в том, что поскольку за охранную деятельность нам платили крохи, по чьей-то (точно сейчас уже не помню) инициативе мы взяли той же бригадой обслуживать кочегарку расположенного неподалеку от нас жилого массива. На нашу беду, кочегарка работала на каменном угле; нужны были навыки по растопке печи, постоянно следовало приносить топливо с улицы и методично пополнять печь, чтобы она не затухала и обеспечивалась нормальная температура в обслуживаемых домах (на дворе стояла зима). Все пошло далеко не так, как нам думалось вначале. К концу смены — чумазы, грязные, мы еле стояли на ногах и внешне весьма напоминали кочегаров. Но дела шли плохо, жильцы высказывали недовольство низкой температурой в квартирах, особенно к утру. Все это удручало нас, к тому же после смены целый день приходилось отсыпаться и время для аспирантской подготовки безвозвратно терялось. Вот почему уже через месяц-полтора наша бригада «рассыпалась» и попытки освоить новое дело бесславно закончились.

После защиты нами диссертаций наши пути-дороги с В. Бабаевым на какое-то время разошлись, мы разъехались по разным городам. Но как-то приезжаю я «на смотрины» в Нижний Новгород (меня в то время «сватали» на работу в местный госуниверситет) и меня разыскивает Володя, пригласив к себе в гости домой. Меня удивило, во-первых, то, что он меня помнит и так быстро разыскал; во-вторых, приятно удивила семейная атмосфера — дружеская, я бы даже сказал теплая, чувствовалось полное взаимопонимание супругов. Да и отношение ко мне с аспирантских лет мало изменилось: та же простота в обращении, душевное внимание, искреннее желание узнать о моей жизни, вспомнить аспирантские времена. А ведь к тому времени я был «просто доцентом», а он уже занимал начальствующие посты.

Навсегда запомнил его дар — вышедшую в Нижнем Новгороде книгу о презумпциях в праве. Ее содержание настолько меня восхитило, что через несколько лет, когда я стал руководить подготовкой аспирантов, одному из первых я предложил для научной разработки тему о презумпциях в уголовном праве (Ю.Г. Зуев). И в последовавшей затем кандидатской диссертации о фикциях в уголовном праве (К.К. Панько) творческое наследие В.К. Бабаева было задействовано в полной мере.

Искренне сожалею и сейчас, что эту небольшую по объему, но ценную книжицу, подаренную мне в свое время Володей, кто-то из аспирантов или студентов «увел» и я не могу сейчас ее подержать в руках, полистать, почитать полюбившиеся страницы. Эта книга мне была важна как весточка из прошлого, как память о самообытном, талантливом и душевном человеке, чья судьба не раз пересекалась с моей судьбой.

Не могу не вспомнить и об относительно недавнем эпизоде, связанном с совместно возникшей идеей об открытии межрегионального диссертационного совета при Нижегородской правовой академии. Всем известно, сколько времени и нервов потратили на реализацию этой идеи В.К. Бабаев и его соратники. Но даже его энергии (а ведь незадолго до этого он перенес инфаркт) оказалось недостаточно для того, чтобы пробить чиновничью стену. Вспоминаю в этой связи один из последних телефонных разговоров с ним. Свой рассказ о злоключениях, о бесплодных попытках открытия диссертационного совета и открытом вымогательстве денег со стороны московских чиновников он закончил неожиданными для меня словами: «Вот не знаю, Лев, что делать: то ли еще немножко пожить (ведь ты знаешь о состоянии моего здоровья), то ли продолжить борьбу с крысами в обличье людей из ВАКа и Минвуза России. Больно и обидно за случившееся, и если далее позволит здоровье, будем бороться. Боюсь, не успею».

К сожалению, не успел, сердце не выдержало битвы в пути. Но ни у кого не повернется язык сказать: отряд (юристов) не заметил потери бойца. Володя Бабаев всегда с нами — талантливый ученый, человек с доброй, отзывчивой душой. Его жизненный путь далеко не трафаретен, его дела остаются с нами, ныне живущими.

А.М. Хужин, Е.С. Мазаева, Н.Н. Ершов

Хужин Альфир Мисхатович — кандидат юридических наук, доцент, докторант кафедры государственно-правовых дисциплин Нижегородской академии МВД России

Мазаева Елена Сергеевна — кандидат юридических наук, доцент, доцент кафедры государственно-правовых дисциплин Нижегородской академии МВД России

Ершов Никандр Николаевич — кандидат юридических наук, доцент, начальник кафедры гражданского права и процесса Нижегородской академии МВД России

Наш Учитель — Владимир Константинович Бабаев: преемственность и систематика научной школы

Владимир Константинович Бабаев оставил нам огромное научное наследие. Его идеи и мысли, которые находят свое подтверждение во множестве диссертациях, монографиях, учебниках и статьях свидетельствуют о преемственности взглядов талантливейшего Ученого в современной юридической доктрине. Но преемственность в науке заключается не только в переходе знаний, но и в их развитии. Одним из мощнейших импульсов этого развития служит тот интеллектуально-творческий фундамент, который был заложен В.К. Бабаевым в учеников. Именно ученики, получившие на научном «генетическом» уровне багаж знаний, навыков и умений должны развивать и преумножать богатейшее наследие Учителя!

У Владимира Константиновича осталось много учеников, успешно написавших под его руководством докторские и кандидатские диссертационные исследования. Кто-то продолжил свой путь на научном поприще, кто-то отыскал успех в практической юриспруденции, но их всех объединяет одно целое: светлое имя научного руководителя — Владимира Константиновича Бабаева!

В данной статье мы попытаемся отразить то научное наследие, которое было сформировано В.К. Бабаевым в тематиках диссертаций его учеников, а также обозначим эволюционное развитие этих идей в дальнейших исследованиях. Безусловно, нельзя просто ограничиться перечислением имен учеников и тем их диссертационных исследований. Как было отмечено, учеников у В.К. Бабаева было множество и даже простое их перечисление займет не одну страницу текста. Дело в другом. Владимир Константинович умел индивидуально подходить к ученикам, видеть их потенциал, но, тем не менее, направлять их научные воззрения в определенной систематике собственных научных интересов. Анализируя темы диссертаций, можно увидеть несколько научных направлений (учений), имеющих непосредственное методологическое обоснование в трудах самого Учителя.

1. Учение о функциях государства

Глобальным научным направлением не только теории права, но и всей отечественной юриспруденции следует признать учение о функциях государства.

В.К. Бабаев всегда считал, что в современной юридической науке теория государства, в отличие от теории права, разрабатывается менее основательно и обуславливается это не только значительной степенью универсальности преемственности правовых идей, но и проблемами идеологического и политического характера. В предисловии уже ставшего классическим учебника по теории государства и права, Ученый пишет: «На сегодняшний день теория права по-прежнему сохраняет свою стройность и логическую последовательность, чего нельзя сказать о теории государства. Органы государственной власти находятся в стадии реформирования, их функции изменяются, административная реформа не завершена. Излишняя динамичность государственного механизма усложняет процесс разработки стройной теории российского государства.¹ Все эти слова, безусловно, имели отношение и к учению о функциях государства, как системной части теории государства.

Идея «функционализма государства» не покидала Владимира Константиновича на протяжении всей его творческой жизни в качестве научного руководителя. Это можно проследить по годам защищенных кандидатских диссертаций. Первым научно-квалифицированным трудом монографического характера по проблемам функций государства, выполненного под руководством В.К. Бабаева, следует признать диссертационное исследование А.М. Архипова по теме: «Экологическая функция

¹ См.: Бабаев В.К. Предисловие. Теория государства и права: Учебник / Под ред. В.К. Бабаева. — 2-е изд., перераб. и доп. — М., 2007. — С. 6.

российского государства»¹. Именно 1997 год следует признать в качестве отправной хронологической точки исчисления возникновения и становления научной школы функционализма государства под руководством В.К. Бабаева, получившей признание и поддержку среди юридической общественности.

В 1999 году научную признательность получает диссертационное исследование В.И. Булавина по проблемам реализации государственной функции обеспечения национальной безопасности². Идея развития функции государственного обеспечения безопасности и охраны не будет покидать Владимира Константиновича, что отразится на расширении доктринального поля в данном направлении.

Следующим концептуальным этапом становления учения о функциях государства следует признать 2000—2002 годы, когда успешно защищаются диссертации учеников Владимира Константиновича по наиболее глобальным, и в то же время, как нельзя актуальным для того периода развития России внутренним функциям государства:

2000 год — социальной функции современного российского государства³, выполненной Е.С. Мазаевой;

2002 год — экономической функции современного российского государства, выполненной О.Б. Купцовой⁴ и диссертация А.И. Пушкина по образовательной функции государства.⁵

Необходимо отметить, что в данный период под руководством Владимира Константиновича в рамках этой теории разрабатываются не только самостоятельные функции государства, но и пишутся работы общеконцептуального характера, охватывающие весь механизм действия государства⁶, так и труды методологического плана, обосновывающие само учение о функциях государства⁷.

В 2004 году успешно защищается диссертация Е.С. Артеминой по весьма актуальной для того периода теме: «Налоговая функция современного российского государства»⁸. В этом же году признание получают диссертационные исследования, посвященные функциям обеспечения охраны и безопасности в современной России. В свет появляются труды А.В. Сим по теме «Функция охраны прав и свобод личности в современном Российском государстве»⁹ и К.А. Стрельникова по теме: «Правовые аспекты обеспечения экономической безопасности современного российского государства»¹⁰.

К завершающему этапу формирования учения о функциях государства следует отнести 2006—2007 годы. Под руководством Владимира Константиновича защищаются диссертации Д.В. Терехина по теме: «Охрана международного правопорядка как функция современного Российского государства»¹¹ и А.Н. Васениной «Информационная функция современного Российского государства»¹².

Безусловно, учение о функциях государства — не «застывшая» и не забытая его учениками концепция, она динамично развивается в их научных трудах, преумножаясь новыми идеями и взглядами¹³.

¹ См.: *Архипов А.М.* Экологическая функция Российского государства: Дис... канд. юрид. наук. — Н. Новгород, 1997.

² См.: *Булавин В.И.* Национальная безопасность современной России: Дис... канд. юрид. наук — Н. Новгород, 1999.

³ См.: *Мазаева Е.С.* Социальная функция современного российского государства: Дис... канд. юрид. наук — Н. Новгород, 2001.

⁴ См.: *Купцова О.Б.* Экономическая функция современного российского государства: Дис... канд. юрид. наук — Н. Новгород, 2002.

⁵ См.: *Пушкин А.И.* Образовательная функция современного российского государства: Дис... канд. юрид. наук — Н. Новгород, 2002.

⁶ См.: *Хесин Б.Л.* Механизм современного российского государства: Дис... канд. юрид. наук — Н. Новгород, 2001.

⁷ См.: *Бабаев С.В.* Теория функций современного российского государства: Дис... канд. юрид. наук — Н. Новгород, 2001.

⁸ См.: *Артемина Е.В.* Налоговая функция современного российского государства: Дис... канд. юрид. наук — Н. Новгород, 2004.

⁹ См.: *Сим А.В.* Функция охраны прав и свобод личности в современном Российском государстве: Дис... канд. юрид. наук — Н. Новгород, 2004.

¹⁰ См.: *Стрельников К.А.* Правовые аспекты обеспечения экономической безопасности современного российского государства: Дис... канд. юрид. наук — Н. Новгород, 2004.

¹¹ См.: *Терехин Д.В.* Охрана международного правопорядка как функция современного Российского государства: Дис... канд. юрид. наук — Н. Новгород, 2006.

¹² См.: *Васенина А.Н.* Информационная функция современного Российского государства: Автореф. дис... канд. юрид. наук — Н. Новгород, 2007.

¹³ См. например: *Архипов А.М.* Проблемы и пути совершенствования правового обеспечения экологической безопасности // Научные труды РАЮН: В 3 т. — М., 2008. — Вып. 8. — Т. 2. — С. 876—880; *Купцова О.Б.* Правотворческие ошибки как деструктивный фактор функционирования государства // Правотворческие ошибки: понятие, виды, практика и техника устранения в постсоветских государствах: Материалы Международного научно-практического круглого стола (29—30 мая 2008 года). — М., 2009. — С. 460—467; *Мазаева Е.С.* Конституционно-правовое регулирование социально-экономических прав человека и гражданина (сравнительно-правовой аспект) // Научные труды РАЮН: В 3 т. — М., 2009. — Вып. 9. — Т. 1. — С. 1068—1073; и др.

Таким образом, за период с 1997 по 2007 годы под непосредственным научным руководством В.К. Бабаева была разработана современная теория о функциях государства, которая по своему концептуальному и методологическому уровню может считаться самостоятельной научной школой не только в общей теории государства и права, но и всей отечественной юриспруденции. Но, феномен Владимира Константиновича во всем многообразии его личностных и научных качеств, превосходил тот формальный уровень критериев отечественной научной школы. Научной школой В.К. Бабаева необходимо считать все его творческое наследие: личные идеи и взгляды на проблемы теории права и государства, его учеников и их труды, развивающие и преумножающие эти идеи, его оппонентов, критикующих отдельные взгляды и придающих этим взглядам жизнь и динамику! Как верно отмечает профессор В.А. Толстик: «Ценностный вклад Владимира Константиновича Бабаева в отечественную юридическую науку состоит не только в том, что он обосновал самостоятельное направление в правовой науке — логику права; создал цельную теорию презумпций в праве; разработал современную концепцию функций государства, но и весьма плодотворно работал по таким сложным вопросам правоведения, как сущность и содержание права, его противоречивость, правоприменение, причины правонарушений и др»¹. Широта и многогранность взглядов Владимира Константиновича отразилась и на диссертационных исследованиях его учеников, занимавшихся не только проблемами функций государства.

2. Учения в области государственной охраны собственности и контроля над преступностью, юридической конфликтологии и экономической функции права

В самостоятельное научное направление необходимо выделить диссертационные исследования на соискание ученой степени доктора юридических наук, выполненные при непосредственном научном консультировании В.К. Бабаева.

Докторские диссертации по своей сути сами являются научно-квалифицированными работами, претендующими на роль самостоятельного учения. Но даже здесь Владимиру Константиновичу удалось реализовать меганаучный проект, объединяющий две докторские диссертации, посвященные проблематике юридической конфликтологии. В 2001 году успешно защищается докторская диссертация В.С. Жеребина по теме: «Проблемы правовой конфликтологии»², а в следующем, 2002 году, защищается докторская Т.В. Худойкиной по теме: «Юридический конфликт (теоретико-прикладное исследование)»³.

Таким образом, при непосредственном научном консультировании Владимира Константиновича создается новейшая и инновационная для того периода времени (и не потерявшая своей актуальности сегодня) теория о юридических конфликтах, ставшая методологическим и теоретико-прикладным базисом для последующих исследований в этой области.

Еще одним знаковым явлением в области теории права и государства в 1995 году следует признать докторскую диссертацию В.В. Черникова, которая была защищена в форме научного доклада в Институте государства и права РАН по теме «Государственный механизм охраны собственности: проблемы теории и практики»⁴. Доктор юридических наук, профессор, заслуженный юрист Российской Федерации, заслуженный работник МВД Валерий Васильевич Черников является одним из виднейших научных деятелей в системе органов внутренних дел, автором более 150 научных работ и разработчиком нормативно-правовых актов ведомственного и федерального уровня.

В 1997 году успешно защищает докторскую диссертацию по теме: «Государственный контроль над преступностью (вопросы теории)» государственный деятель, депутат Государственной Думы Федерального Собрания РФ четвертого созыва А.Н. Харитонов⁵. Александру Николаевичу удалось исследовать теоретический пласт проблем, связанных с осуществлением государственного контроля над преступностью.

Безусловным прорывом в области исследования проблем реализации экономической функции права является диссертационное исследование на соискание ученой степени доктора юридических наук, выполненное А.Г. Чернявским в 2002 году по теме: «Теоретические и методологические аспекты экономической функции права и региональная власть в период становления и развития рыночных отношений в Российской Федерации»⁶. Автору удалось раскрыть теоретико-правовые и методологиче-

¹ См.: Толстик В.А. Просто о сложном. Воспоминания о В.К. Бабаеве // Юридическая техника. — 2010. — № 4: Первые Бабаевские чтения «Правовые презумпции: теория, практика, техника». — С. 641.

² См.: Жеребин В.С. Проблемы правовой конфликтологии: Дис... д-ра юрид. наук — Н. Новгород, 2001.

³ См.: Худойкина Т.В. Юридический конфликт (теоретико-прикладное исследование): Дис... д-ра юрид. наук — Н. Новгород, 2002.

⁴ См.: Черников В.В. Государственный механизм охраны собственности: проблемы теории и практики. — М., 1995.

⁵ См.: Харитонов А.Н. Государственный контроль над преступностью (вопросы теории): Дис... д-ра юрид. наук — Н. Новгород, 1997.

⁶ См.: Чернявский А.Г. Теоретические и методологические аспекты экономической функции права и региональная власть в период становления и развития рыночных отношений в Российской Федерации: Дис... д-ра юрид. наук — Н. Новгород, 2001.

ские аспекты реализации экономической функции права на региональном уровне в период рыночных преобразований в России.

3. Научное направление теоретико-правового исследования проблем цивилистической направленности

Уникальный талант Владимира Константиновича Бабаева заключался еще в том, что он умел видеть в своих учениках личности со своим творческим потенциалом и предрасположенностью к изучению тех или иных проблем в юридической науке. При выборе темы диссертационного исследования, он в первую очередь интересовался о научных интересах и предпочтениях учеников, никогда «не ломал» выбранное направление, а лишь талантливо очерчивал круг проблем, которые необходимо разрешить при написании диссертации.

Понимая глобальные перемены в экономической жизни страны в конце 90-х годов прошлого века, Владимир Константинович чувствовал как потребность в теоретико-правовом научном обеспечении экономико-правового блока, так и необходимость в усилении кафедры гражданско-правовых дисциплин научно-педагогическими кадрами, способными решать научные и учебно-методические задачи в условиях реформирования экономико-правового законодательства.

В 1999 году успешно защищаются диссертационные исследования Н.Н. Ершова по теме: «Правовые пределы вмешательства российского государства в сферу экономики»¹ и О.Н. Калиберновой по теме: «Собственность и современное российское общество» (Общеправовой аспект)². В 2000 году под руководством Владимира Константиновича защищается диссертация по теме «Объективно-противоправное поведение в российском праве», выполненная А.М. Хужиным³. Данные диссертации были признаны ведущими специалистами в области гражданского права как монографические цивилистические исследования, решающие проблемы гражданско-правовой науки⁴.

«Выращенные» Владимиром Константиновичем цивилисты с честью развивают гражданско-правовой блок учебных дисциплин (А.М. Хужин был начальником кафедры гражданского права и процесса Нижегородской академии МВД России с 2002 по 2010 год, а с конца 2010 года кафедру возглавляет Н.Н. Ершов), реализуют знания на практике (О.Н. Калибернова является известным адвокатом г. Н.Новгорода), а также занимаются юридической наукой. Необходимо отметить, что направление объективно-противоправного поведения, разрабатываемое А.М. Хужиным, в настоящее время переросло в самостоятельное научное направление — учение о невиновном поведении, где изучение формы правового явления превратилось в углубленное познание его содержания⁵.

4. Самостоятельные научные направления в области правовой глобалистики и электорально-правовой культуры

Ряд учеников Владимира Константиновича Бабаева, защитив кандидатские диссертации, не остановились на достигнутом, а реализовали свои научные интересы в развитии темы исследования до крупных научных проблем современной юриспруденции. Так, С.В. Навальный в 1999 году успешно защитив кандидатскую диссертацию по теме: «Электорально-правовая культура: вопросы теории и практики»⁶, развил идеи электорально-правовой культуры общества до крупных монографических исследований в этой области⁷.

Другой ученик Владимира Константиновича — В.В. Богатырев, увлекшись (не без помощи Учителя) проблемами правовой политики и защитив в 1998 году кандидатскую диссертацию по теме: «По-

¹ См.: *Ершов Н.Н.* Правовые пределы вмешательства российского государства в сферу экономики: Дис... канд. юрид. наук — Н. Новгород, 1999.

² См.: *Калибернова О.Н.* Собственность и современное российское общество. (Общеправовой аспект): Дис... канд. юрид. наук — Н. Новгород, 1999.

³ См.: *Хужин А.М.* Объективно-противоправное поведение в российском праве: Дис... канд. юрид. наук — Н. Новгород, 2000.

⁴ См.: *Белов В.А.* Цивилистические диссертации (1814—2003). Библиографический указатель — М., 2005. — С. 314.

⁵ См.: *Хужин А.М.* Теоретико-ценностное понимание невиновного поведения в праве // Закон и право — № 11. — 2010. — С. 16—18; *Хужин А.М.* О концепции невиновного поведения в праве // Российское право в Интернете. — № 4. Спецвыпуск: Материалы конференции МГЮА «Кутафинские чтения» — 2010; *Хужин А.М.* Невиновное поведение в праве: методология современного общетеоретического исследования // Юридическая наука и практика: Вестник Нижегородской академии МВД России. — 2011. — № 1 (14). — С. 100—104; и др.

⁶ См.: *Навальный С.В.* Электорально-правовая культура: вопросы теории и практики: Дис... канд. юрид. наук — Н. Новгород, 1999.

⁷ См.: *Навальный С.В.* Электорально-правовая культура: теоретические, историко-правовые, организационные аспекты. — Красноярск, 2002; *Навальный С.В.* Развитие электорально-правовой культуры: историко-правовая оценка. — Красноярск, 2004; *Навальный С.В.* Электорально-правовая культура: генезис и эволюция. — Красноярск, 2005; *Навальный С.В.* Правовая культура общества в процессе обеспечения легитимации государственной власти: философско-правовой аспект — Красноярск, 2009.

литическая система современного российского общества»¹, развил свои научные изыскания в крупнейшую проблематику о правовой глобалистике, нашедшую свое отражение в публикациях².

Надеемся, что учения о правовой глобалистике и электорально-правовой культуре общества найдут свое достойное место в отечественной правовой науке и будут озаряться душой нашего Учителя.

5. Иные научные направления в теории права и государства

Владимир Константинович был выдающимся ученым, отличающимся широтой и масштабностью научных интересов. Под его руководством в разные годы были защищены кандидатские диссертации по актуальным проблемам теории права и государства: правотворчеству³, правовому сознанию⁴, законности⁵, юридической ответственности⁶ и иным проблемам юриспруденции⁷.

Мы благодарим свою судьбу за то, что она дала возможность соприкоснуться с искренним и чутким, душевным и отзывчивым, добрым, но требовательным гением нашего Учителя — Владимира Константиновича Бабаева. Ну, а от своего имени и от имени его учеников позволим заверить, что Научная школа В.К. Бабаева была сформирована Учителем в качестве одной из прогрессивных теоретико-правовых школ, существует в качестве таковой и будет существовать, пока живет в наших сердцах и озаряет наше творчество частица души нашего Учителя!

¹ См.: *Богатырев В.В.* Политическая система современного Российского общества: Дис... канд. юрид. наук — Н. Новгород, 1998.

² См.: *Богатырев В.В.* Государство в современном мире // Актуальные проблемы юриспруденции: Сборник научных трудов. — Владимир, 2006. — Вып. 6. — С. 56—63; *Богатырев В.В.* Глобализация правосознания // «Черные дыры» в Российском Законодательстве. — М., 2008. — № 1. — С. 495—497; *Богатырев В.В.* Правовая глобалистика // Государство и право. — М., 2008. — № 8. — С. 73—77; *Богатырев В.В.* Роль и место юридического опыта в процессе глобализации юридической деятельности // Закон и право. — М., 2010. — № 2. — С. 27—29.

³ См.: *Дмитриевцев К.Н.* Процесс правотворчества в Российской Федерации: Дис... канд. юрид. наук — Н. Новгород, 1994; *Пастушенко А.Б.* Нормотворчество субъектов Российской Федерации: Дис... канд. юрид. наук. — Н. Новгород, 1996.

⁴ См.: *Ямбушев Ф.Ш.* Правовое сознание в механизме правового регулирования общественных отношений: Автореф. дис... канд. юрид. наук — Н. Новгород, 2002.

⁵ См.: *Демидов В.В.* Законность в современном российском государстве: Дис... канд. юрид. наук — Н. Новгород, 2004.

⁶ См.: *Корнилов А.Р.* Правовые процедуры института юридической ответственности: Дис... канд. юрид. наук — Н. Новгород, 2000.

⁷ См. например: *Горбачева М.В.* Органы юстиции в механизме современного российского государства (общеправовой анализ): Дис... канд. юрид. наук — Н. Новгород, 2005; *Надежин В.И.* Эволюция правовой системы в России (советский и постсоветский периоды): Дис... канд. юрид. наук — Н. Новгород, 2006; *Нечаева О.В.* Правовые аспекты маргинальности: Дис... канд. юрид. наук — Н. Новгород, 2006.

КОНФЕРЕНЦИИ, КРУГЛЫЕ СТОЛЫ, СЕМИНАРЫ

М.Л. Давыдова, О.И. Шарно

Давыдова Марина Леонидовна — доктор юридических наук, доцент, заведующая кафедрой конституционного и муниципального права Волгоградского государственного университета

Шарно Оксана Игоревна — соискатель кафедры конституционного и муниципального права Волгоградского государственного университета

Пресс-релиз Международной студенческой научной конференции «Юридическая техника как профессиональное искусство юриста»

Происходящее в настоящее время становление отечественной теории юридической техники в качестве своего естественного результата связано с возрастающим количеством монографических исследований, периодических изданий, научных статей по технико-юридической проблематике, появлением, наряду с самостоятельными темами в учебниках, тематических учебных пособий, введением в процесс обучения будущих юристов, практикующих специалистов в области права, программ и тренингов по освоению юридической техники. Результаты научных изысканий апробируются в ходе многочисленных научно-практических семинаров, конференций, круглых столов. Тематика проведенных в последние годы конференций, затрагивающих технико-юридическую проблематику, крайне широка: от вопросов философии и социологии до сугубо практических аспектов правотворчества и правоприменения. Несомненно, обсуждение юридико-технических проблем на мероприятиях подобного уровня позволяет выявить актуальные проблемы, сформулировать важные для юридической практики выводы, определить приоритеты развития деятельности юриста. Все это не только обосновывает практическую значимость юридико-технической составляющей права, способствует познанию предмета и природы юридической техники, выявлению основных проблем, способов, приемов, особенностей их решения, но и актуализирует необходимость изучения юридической техники в вузе, так как у студентов она формирует умение составлять основные юридические документы, анализировать и применять нормативно-правовые акты, логически верно выстраивать свою правовую позицию в профессиональной деятельности, детально и всесторонне исследовать и разрабатывать новые средства и приемы юридической техники, владеть юридической терминологией и деловым юридическим языком. Все вышеперечисленное позволяет согласиться с тем, что юридическая техника — фундамент, неотъемлемая часть юридического образования¹, потому, огромное значение приобретают различные формы привлечения внимания студентов к проблемам юридической техники.

В стенах Волгоградского государственного университета 4—5 апреля 2011 года была успешно проведена Международная студенческая научно-практическая конференция «Юридическая техника как профессиональное искусство юриста», посвященная 20-летию юридического факультета Волгоградского государственного университета. Организаторами конференции выступили кафедра конституционного и муниципального права, Студенческое научное сообщество юридического факультета Волгоградского государственного университета, а также Нижегородский исследовательский научно-прикладной центр «Юридическая техника».

Конференция изначально была определена в качестве площадки для презентации результатов научной работы студентов, аспирантов и молодых ученых, для обмена мнениями по основным направлениям современной науки между молодыми и опытными исследователями, для установления прямых научных контактов среди активной научной молодежи России и других стран. В отличие от традиционно проводимых массовых студенческих мероприятий, посвященных, как правило, предельно широкой проблематике, для обсуждения участникам конференции были предложены конкретные вопросы, касающиеся исключительно технико-юридической тематики. Стоит подчеркнуть, что учебные курсы по юридической технике преподаются в настоящее время далеко не во всех вузах России и стран постсоветского пространства, поэтому рассчитывать на внимание к столь специфической тематике со стороны студентов было, возможно, слишком оптимистично. Безусловно, научные интересы студентов

¹ См.: Петровский С.В. Юридическая техника — фундамент юридического образования // Юридическое образование и наука. — 2005. — № 2.

в значительной мере определяются научными интересами их научных руководителей, но и здесь совсем не было гарантии широкого представительства юридических вузов. Фактически, организаторами конференции был поставлен эксперимент, ставивший своей целью анализ исследовательского потенциала технико-юридической проблематики.

Можно с уверенностью сказать, что эксперимент этот оказался вполне удачным. Из 55 человек, принявших участие в конференции, 11 участников представляли 4 зарубежных вуза, а общая география мероприятия включала 15 городов России, Украины и Беларуси (Волгоград, Белгород, Владимир, Волжский, Гомель, Казань, Минск, Москва, Новгород, Новосибирск, Одесса, Оренбург, Санкт-Петербург, Саратов, Таганрог). Очное участие в конференции приняли представители 13 вузов из 9 городов, а всего в программе конференции было заявлено 39 выступлений и 15 стендовых докладов студентов и аспирантов из 20 высших учебных заведений и научно-исследовательских институтов.

В организационный комитет конференции под председательством ректора ВолГУ заслуженного работника высшей школы РФ, заслуженного деятеля науки РФ д.э.н., профессора О.В. Иншакова вошли президент Нижегородского исследовательского научно-прикладного центра «Юридическая техника» заслуженный деятель науки РФ, помощник начальника Нижегородской академии МВД России по инновационному развитию научной деятельности, д.ю.н., профессор В.М. Баранов, директор-основатель Института философии права Венгерского католического университета, научный сотрудник Института правовых исследований Венгерской академии наук, член-корреспондент Международной академии сравнительного права, д.ю.н., профессор Ч. Варга, заведующий кафедрой конституционного и муниципального права Волгоградского государственного университета д.ю.н., доцент М.Л. Давыдова, а также представители юридического сообщества Волгоградской области: руководители органов судебной и исполнительной власти, адвокатских объединений, юридических фирм.

Программа конференции была достаточно насыщенной и включала выступления участников, работу круглого стола «Техника правотворчества: проблемы правовой и лингвистической экспертизы нормативных актов», мастер-класс «Интерпретация юридических текстов», выставку научной литературы по технико-юридической проблематике на русском и английском языках, представленную научной библиотекой ВолГУ.

Материалы на конференции интересны, а тематика их настолько многообразна и разнопланова, что представить их для ознакомления считаем целесообразным, классифицируя по сущности и видам юридической деятельности.

1. Исследования *общетеоретических вопросов юридической техники*:

а) *общая характеристика этого явления*. Например, автор работы «Юридическая техника и ее предмет» (В.Л. Пытель, Минск, Беларусь) выделяет несколько групп закономерностей, включаемых в предмет юридической техники, отмечая при этом, что законодательно (в частности, в Законе Республики Беларусь «О нормативных правовых актах Республики Беларусь») закреплено определение нормативной (а не юридической) техники. В докладе «Юридическая техника как вид юридической практики» (К.А. Мартинович, Минск, Беларусь) автором предлагается многостороннее видение юридической техники: с одной стороны, она связывается с правовыми актами, с другой — с правоприменительной деятельностью, своеобразным продолжением юридической техники является толкование, выраженное в деятельности по установлению действительного содержания юридических норм. В исследовании «К вопросу о взаимосвязи юридической техники и правовой культуры общества» (М.Д. Джикия, Волгоград, Россия) повышение практической значимости юридической техники связывается автором с проблемой повышения уровня правосознания и правовой культуры законодателя, правоприменителя и российского общества в целом. Исследование «Основы юридической техники в трудах Р. Иеринга» (А.Н. Павлов, Волгоград, Россия) посвящено пониманию термина «юридическая техника» и требованиям, которые Р. Иеринг предъявлял к тексту законов еще в XIX веке. Сравнение их с позициями современных исследователей юридической техники показало, что сформулированные Р. Иерингом полтора века назад законы юридической техники являются актуальными и по сей день. История становления теории юридической техники как области знания была затронута и в докладе «К вопросу истории развития юридической техники. Шарль де Монтескье о технике составления законов» (В.В. Смирнов, Волгоград, Россия)

б) *сравнительно-правовые аспекты юридической техники*. Например, А.А. Трефилов (Москва, Россия) сравнивая юридическую технику УПК ФРГ и УПК РФ, выявляет особенности изложения правового материала, отражающие особенности правового мышления юристов Германии и России. В работе «Юридический язык российских и американских судебных решений: попытка сопоставительного анализа» (С.М. Мкртчян, Волгоград, Россия) проводится сравнительный анализ текстов решений Верховных судов РФ и США, позволяющий выявить их общие черты, а также наиболее явные отличия. В докладе «Законодательная техника актов британского Парламента» (В.В. Рябец, Волгоград, Россия) анализируется специально созданный для оказания помощи государственным ведомствам в подготовке законопроектов Юридический отдел при Парламенте Великобритании, в котором

собраны опытные адвокаты и юрисконсульты, где формулируются основные требования, которым должен соответствовать каждый законопроект.

в) анализ сущности юридико-технических средств и приемов. Так, в докладе «Юридическая конструкция договора как эффективный регулятор гражданско-правовых отношений» (В.В. Яровая, Таганрог, Россия) автор определила понятие и сущность юридических конструкций и конструкций гражданско-правового договора, обосновала их взаимосвязь, выявила специфику юридических конструкций договоров, которая определяется ей в качестве признака при классификации основных групп гражданских договоров. В работе «Юридические конструкции как средства юридической техники в уголовном праве» (О.Н. Павленко, Белгород, Россия) анализируются юридические конструкции состава преступления; в исследовании «Юридические конструкции как средства юридической техники» (М.В. Тузовская, Минск, Беларусь) автор относит и юридические конструкции к числу «белых пятен» теории юридической техники, определяя их понятие, сущность, виды и функции. Доклад «Соотношение юридической фикции и аналогии в праве» (И.В. Ильина, Минск, Беларусь) посвящен анализу категорий «юридическая фикция» и «аналогия в праве», выявляя правовую природу, способы образования, роль и место этих явлений в праве. В работе «Фактические презумпции в решениях Конституционного суда РФ» (О.А. Шипилина, Новосибирск, Россия) формулируется понятие фактических презумпций, анализируются презумпции, сформулированные Конституционным Судом РФ, при этом подвергается критике судебная практика, идущая по пути применения презумпций, установленных в правовых позициях Конституционного Суда РФ в качестве норм права при разрешении конкретного дела.

г) специфика языковых средств юридической техники. Исследование «Язык права» (Ю.С. Шляпкина, Саратов, Россия) отражает анализ языковых средств, влияющих на точность обозначения правовых понятий и грамотность выражения мысли законодателя. Автор выявляет факторы, определяющие степень правовой сложности и понятности, большое внимание уделяя при этом и категории эстетического восприятия как способности юриста воспринимать и понимать «пластику» и «эстетику» права. Автор работы «Особенности и проблемы юридической терминологии. Правовые дефиниции» (Е.И. Никитенко, Минск, Беларусь) исследует актуальные проблемы юридической терминологии, констатируя отсутствие на практике достаточного внимания к формулированию юридических терминов и определений, хотя потребность в расширении и углублении профессиональной компетентности парламентариев, служащих государственного аппарата (и особенно юристов) ощущается довольно остро. М.С. Бороздин (Оренбург, Россия) задает вопрос: «Для чего нужны лингвоюридические знания юристу?», ответ на который пытается найти через сопоставление «Юрислингвистики», науки, изучающей отношения языка к закону и «Лингвоюристики», изучающей отношение закона к языку. Автор, выявляя объект обеих наук, приходит к выводу, что их противопоставление невозможно, особенно в сфере образования, в связи с актуальностью подготовки специалистов на грани языка и права. «Проблемы применения оценочных понятий в Уголовном кодексе РФ» (Ю.О. Абросимова, Владимир, Россия) выявляются в исследовании включенных в текст уголовно-правовых норм оценочных понятий, требующих, по мнению автора, разработки единых критериев их использования.

2. Характеристике отдельных видов юридической техники были посвящены следующие работы:

а) доклады, освещающие проблемы законотворчества (собственно законодательная техника и связанные с ней виды юридической деятельности). Например, в исследовании «Требования юридической техники к формулированию законодательных дефиниций и проблемы их соблюдения в законе Республики Беларусь «О нормативных правовых актах Республики Беларусь» (М.С. Пикулик, Минск, Беларусь) автор делает вывод, что ряд законодательных дефиниций белорусского законодательства не вполне соответствует обязательным требованиям юридической техники к их формулированию и оформлению, поэтому соблюдение указанных требований при регулировании правотворческой деятельности будет способствовать повышению качества белорусских законов. Работа «Техника систематизации законодательства в исследованиях белорусских ученых» (М.А. Пряжникова, Гомель, Беларусь) посвящена систематизации законодательства, которая определяется автором как начальная стадия правотворчества. Исследование техники систематизации законодательства в Республике Беларусь носит комплексный характер и имеет три приоритетных направления: определение наиболее действенных способов систематизации, разработка путей повышения роли Единого правового классификатора и формирование научной базы для создания целостного механизма, который обеспечит бы деятельность государственных органов по совершенствованию нормативно-правового регулирования. Исследование «Правоинтерпретационная деятельность как фактор совершенствования законодательства» (Е.И. Цикул., Одесса, Украина) посвящено становлению системы национального законодательства Украины, включающего нормативные предписания, которые содержатся в разных источниках права, в том числе и в результатах правоинтерпретационной деятельности, что способствует совершенствованию эффективности механизма реализации норм, создает основу для унификации и гармонизации национального законодательства с законодательством других государств и правом международного сообщества. Доклад «Законотворческая культура и юридическая техника»

(Д.С. Кочетова, Волжский, Россия) ставит уровень законотворчества и эффективность правового регулирования в прямую зависимость от степени развитости правовой культуры законодателя, культуры законотворчества. Работа «Некоторые проблемы совершенствования российского законодательства (вопросы юридической техники)» (И.А. Турбина, Волжский, Россия) посвящена ежегодному увеличению количества нормативно-правовых актов, что, по мнению автора исследования, свидетельствует о низком качестве правового регулирования. В исследовании «Место техники локальных актов в структуре правотворческой техники» (В.В. Яровая, Таганрог, Россия) докладчик обосновывает вывод о том, что правовой акт, обладающий юридической силой и набором допустимых ресурсов, определяется в качестве основного объекта юридической техники и одного из центральных критериев классификации правотворческой техники. В работе «Специфика юридической техники локальных нормативных правовых актов» (Е.Ю. Калюжнов, Волгоград, Россия) анализируются особенности локального нормотворчества, которое по своему содержанию распространяется лишь на определенные «участки», и не только компенсирует несовершенство законодательства, но и детализирует его, переводя абстрактное содержание первоначальных норм на более конкретный уровень посредством операции ограничения понятий. Отсюда автором формулируется принцип «нормативно-предписательной минимальности» сводимый к тому, что в тексте локального нормативного правового акта закрепляется только то, что является необходимым, достаточным и/или целесообразным;

б) исследования, посвященные вопросам правоприменительной техники. Например, в докладе «Состав правоприменительной техники» (О.И. Шарно, Волгоград, Россия), анализируется элементный состав как юридической техники в целом, так и техники правоприменения, приобретающей узкоспециализированную направленность и специфические особенности, отличающейся своеобразием правоприменительной ситуации и уровнем профессионализма должностных лиц. Доклад «Юридическая техника судебного прецедента — правотворческая или правоприменительная» (Н.М. Дубрава, Минск, Беларусь), определяет статус судебного прецедента, который, с одной стороны, является актом применения нормы права, подпадающего под необходимость использования средств правоприменительной юридической техники, а с другой стороны, может признаваться источником права, что должно повлечь за собой соблюдение приемов, способов и правил правотворческой юридической техники. Соответственно правоприменительный акт должен «говорить на одном языке» с нормативными актами. Автор доклада «К вопросу о правоприменительной юридической технике в уголовном и уголовно-процессуальном праве Республики Беларусь» (Н.В. Матяс, Минск, Беларусь) анализирует процедуры, используемые органами уголовного преследования в лице следователя и суда, которые должны соответствовать требованиям правоприменительной юридической техники, и регламентироваться в будущем законом «О правовых актах Республики Беларусь», содержащим общие требования юридической техники к нормативным правовым и правоприменительным актам. Необходимость принятия такого закона продиктована несоблюдением правил правоприменительной юридической техники, выявленным при анализе недостатков правоприменительной практики. Исследование «Язык и стиль жалоб адвоката в досудебном производстве» (А.С. Банникова, Х.В. Набиева, Казань, Россия) посвящено анализу текстов жалоб адвоката, подаваемых в ходе досудебного производства, выявлению структуры данного процессуального акта, совокупности приемов языковых средств, соответствующих официально-деловому стилю. Работа «Особенности тактических приемов адвокатской юридической техники» (В.В. Кравченко, Белгород, Россия) отражает сущность тактических приемов, применяемых защитником по уголовным делам, которые автор относит к средствам одного из видов адвокатской юридической техники, а именно технике индивидуальных правоприменительных актов, при этом анализируя такие тактические приемы, как «защитительная речь» адвоката, а также приемы, используемые им на протяжении всего процесса расследования и рассмотрения уголовного дела. В докладе «Правовая культура процессуальных решений следователя и прокурора» (И.Х. Гильманов, Э.А. Хайруллина, Казань, Россия) рассматривается понятие правовой культуры процессуальных решений следователя и прокурора, обосновывается необходимость их соответствия требованиям юридической техники, а в качестве обеспечения их эффективности предлагается закрепление указанных требований в уголовно-процессуальном законодательстве.

3. Некоторые проблемы привлекли особое внимание участников конференции, поэтому часть докладов может быть вынесена за рамки нашей условной классификации:

а) исследования, посвященные обеспечению доступа к информации, например, «Техника обеспечения доступа к правовой информации: понятие и классификация» (А.С. Проскурин, Волгоград, Россия), где автор определяет механизм обеспечения доступа к правовой информации, выступающий одной из гарантий соблюдения прав человека, а также классифицирует способы обеспечения доступа к правовой информации. Доклад «Технология правового регулирования отношений в сети Интернет» (В.О. Макаров, Волгоград, Россия) посвящен регулированию общественных отношений, формирующихся в сети Интернет, ввиду их специфичности и отсутствия единого направления развития информационного законодательства, при этом правовое регулирование в сети Интернет, с одной стороны, должно ставить акценты на экономическую, финансовую составляющие и безопасность, с

другой, быть минимальным, обеспечивая соблюдение прав граждан. В исследовании «Юридическая техника и Интернет: взаимосвязь и взаимовлияние» (О.Э. Дарчук, Волгоград, Россия) также отражено взаимовлияние юридической техники и Интернета, способствующее улучшению качества услуг и работы государственных органов, что в свою очередь, повышает их авторитет среди населения, при этом стоящие перед юридической техникой цели становятся достижимы именно посредством таких технических средств, как Интернет. Доклад «К вопросу о качестве Федерального закона «О защите детей от информации, причиняющей вред их здоровью и развитию» (А.В. Шевченко, Волгоград, Россия) освещает ряд технико-юридических недостатков, которые могут воспрепятствовать эффективной реализации конкретного Закона.

в) исследования, посвященные технико-юридическим средствам снижения уровня коррупции. В материале «Юридическая экспертиза законопроектов в субъектах Российской Федерации» (Д.Ю. Раков, Саратов, Россия) автор в качестве современных правовых тенденций называет расширение института экспертизы проектов законодательных актов в субъектах РФ. Исследование «Юридическая техника в процессе проведения экспертизы на коррупциогенность» (Ф.П. Науменко, Новгород, Россия) фиксирует, что при проведении экспертизы на коррупциогенность закона любой нормативный правовой акт должен строиться с позиций общепризнанных правил юридической техники, четкости и ясности языка, при этом оценивается качество норм в части, связанной с возможными коррупционными проявлениями: использование двусмысленных или неустоявшихся терминов, понятий и формулировок, категорий оценочного характера, с неясным, неопределенным содержанием, не используемых российским законодательством, допускающих различные трактовки. В докладе «Некоторые технико-юридические аспекты противодействия коррупционным преступлениям, совершаемым в соучастии» (А.С. Икряникова, Волгоград, Россия) предлагается использование нормативных средств юридической техники (закрепление новых составов преступления), которое способствовало бы оптимизации такого направления уголовной политики России, как борьба с коррупционными преступлениями. Исследование «Юридическая техника в контексте антикоррупционного законодательства и правоприменительной практики» (Д.С. Иванцова, Владимир, Россия) посвящено анализу методов борьбы с коррупцией, в том числе и с помощью юридической техники: применению специальных правил при составлении текста будущего закона, осуществлению контроля с помощью антикоррупционной экспертизы законопроектов. В статье «Взаимодействие внутригосударственной и международной правовых систем в области реализации антикоррупционной политики (вопросы юридической техники)» (А.Е. Лакеев, Санкт-Петербург, Россия) автор через соотношение категорий «правовая система», «внутригосударственная (национальная) правовая система», «правовая система РФ», определяет место международного права в системе национального права при рассмотрении проблем коррупции, приобретающей в условиях глобализации новое качество, в частности, транснациональные формы, что является серьезнейшим вызовом всему мировому сообществу. В докладе «Применение общеправовых принципов к институту юридической ответственности» (М.В. Илькевич, Минск, Беларусь), автор анализирует соотношение и взаимовлияние принципов права и принципов юридической ответственности.

В процессе обсуждения проблем юридической техники участниками высказывались смелые идеи и предложения, ставились серьезные вопросы и предлагались новые нестандартные варианты их решения. Многие дискуссии наглядно показали, что разобраться в тонкостях профессиональной юридической деятельности можно только применяя свои знания и навыки в конкретных жизненных ситуациях. И здесь оказалось очень полезным «живое» общение участников конференции с практиками-юристами, мнение которых по обсуждаемым дискуссионным вопросам было авторитетным и необходимым. В качестве экспертов в конференции приняли участие И.А. Ландин — заместитель председателя Арбитражного суда Волгоградской области; председатель научно-консультативного совета при Арбитражном суде Волгоградской области, Р.А. Степаненко — руководитель Управления Федеральной службы судебных приставов по Волгоградской области, М.И. Шабунин — прокурор города Волгограда, И.И. Мартынов — заместитель прокурора города Волгограда, Т.Н. Чумакова — старший консультант отдела правовой экспертизы правового управления Волгоградской областной думы.

Говоря о формировании профессионального мастерства юриста, невозможно оставаться в жестких рамках юридического дискурса. Неизбежен выход на проблемы других наук, на уровень междисциплинарного анализа, что обуславливает актуальность привлечения специалистов из других областей научного знания к обсуждению вопросов юридической техники. Так, в заседании круглого стола «Техника правотворчества: проблемы правовой и лингвистической экспертизы нормативных актов» принял активное участие С.П. Кушнерук, доктор филологических наук, доцент кафедры документальной лингвистики и документоведения Волгоградского государственного университета, член гильдии лингвистов-экспертов по документационным и информационным спорам; мастер-класс «Интерпретация юридических текстов» провел А.И. Макаров, доктор философских наук, доцент кафедры философии Волгоградского государственного университета, председатель регионального отделения Российского общества интеллектуальной истории.

В целом, работа конференции была очень интенсивной и плодотворной. Идеи многих докладчиков не являлись бесспорными, но в большинстве своем казались интересными, оригинальными и нестандартными, а энергия и азарт, с которыми их авторы доказывали свою правоту, неизбежно передавались всем присутствующим. Неофициальная часть программы, включавшая посещение театра, экскурсии по городу Волгограду, посещение Мамаева кургана, обеспечила возможность дружеского общения между студентами разных городов.

Безусловно, далеко не все выводы участников конференции характеризовались существенной оригинальностью и новизной, что вполне допустимо для студенческого научного мероприятия. Достижение дидактических целей, «вхождение» в научную проблематику не менее, а иногда и более важно для студентов, чем стремление совершить научное открытие. По мнению юристов-практиков и ученых-теоретиков, выступавших в качестве экспертов, актуальные темы, каверзные вопросы и незамедлительные ответы молодых ученых подтверждали высокий уровень подготовки будущих блюстителей закона, уже сейчас доказывающих, что станут отличными специалистами.

В заглавии одной из работ (*С.В. Попова, Волгоград, Россия*) была сформулирована проблема, вынесенная в название конференции: «Профессионализм юриста: мастерство или искусство?». Вряд ли можно с уверенностью сказать, что участники нашли на этот вопрос однозначный ответ. Но ни у кого не вызывал сомнения тот факт, что задачей будущего юриста является постоянное совершенствование навыков практической юридической деятельности, которое позволит *довести свое профессиональное мастерство до уровня искусства*.

ПРЕДСТАВЛЕНИЕ ЧЛЕНОВ РЕДАКЦИОННОЙ КОЛЛЕГИИ

Баранов Владимир Михайлович (учредитель и главный редактор журнала)



Родился 6 августа 1945 года в Калининской (ныне Тверской) области. Русский. После окончания средней школы с ноября 1964 года по октябрь 1967 года служил в Советской армии. С сентября 1968 года по июль 1972 года — студент дневного отделения Саратовского юридического института им. Д.И. Курского (сейчас Саратовская государственная академия права). С отличием завершил учебу в институте и был рекомендован для дальнейшего обучения в очной аспирантуре. Досрочно защитил под руководством профессора М.И. Байтина в 1975 году кандидатскую диссертацию по общей теории права на тему «Поощрительные нормы советского права».

С 1975 по 1981 год работал в качестве преподавателя, старшего преподавателя, доцента кафедры теории государства и права Саратовского юридического института.

С июля 1981 года и по настоящее время работает в Нижегородской академии МВД России: трудился в должности доцента, начальника кафедры государственно-правовых дисциплин.

С октября 2000 года по 26 июля 2007 года работал заместителем начальника Нижегородской академии МВД России по научной работе. По достижении предельного возраста службы в МВД вышел в отставку и ныне занимает должность помощника начальника академии по инновационному развитию научной деятельности. Полковник милиции в отставке. По совместительству работает заместителем декана факультета права Ниже-

городского филиала Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики», главным научным сотрудником Института правовых исследований Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики».

Докторскую диссертацию защитил в 1990 году. В сентябре 1991 года ему присвоено ученое звание профессора. Двадцать второго февраля 1996 года избран действительным членом Петровской академии науки и искусств, а 12 июня 1996 года — действительным членом Российской академии естественных наук; 15 сентября 2004 года — действительным членом Российской академии юридических наук. Восьмого февраля 2008 года избран почетным профессором Нижегородской академии МВД России.

В.М. Баранов получил широкую известность как ученый-правовед, исследующий актуальные проблемы теории, практики и техники правотворчества, логики права, истинности, ценности и эффективности юридических норм, системы и систематизации законодательства, правовых форм поощрения, теории и практики юридических ошибок, рекламного законодательства, теневого права. За период научной деятельности им опубликовано 368 научно-методических работ объемом 885,223 п. л.

Научно-методические работы В.М. Баранова получили многочисленные положительные отзывы российских и зарубежных юристов. Он является ответственным редактором многих межвузовских научных сборников, организатором проведения многих актуальных научно-практических конференций и круглых столов журналов «Государство и право», «Правоведение», международных симпозиумов по линии Совета Европы.

ПРЕДСТАВЛЕНИЕ ЧЛЕНОВ РЕДАКЦИОННОЙ КОЛЛЕГИИ

Под научным руководством профессора В.М. Баранова защищено 76 кандидатских диссертаций по наиболее актуальным проблемам юридической теории и практики (правотворческие, правоприменительные, интерпретационные ошибки, правоприменительный риск, правовые символы, юридические фикции, преюдиции в праве, правовой нигилизм, правовое чувство, правовое состояние, образовательная функция Российского государства, правовая позиция, институционализация федеральных округов, юридическое поощрение, государственное депоощрение, примечания в праве, отсылки в праве, законодательные исключения и др.).

При научном консультировании В.М. Баранова защищено 13 докторских диссертаций.

Научную работу В.М. Баранов осуществляет в неразрывной связи с юридической практикой. Неоднократно участвовал в подготовке проектов нормативно-правовых документов и предложений по совершенствованию законодательства и учебно-воспитательного процесса в специализированных вузах. Он принимал активное участие в подготовке экспертных заключений по президентскому проекту Конституции Российской Федерации, по уставам Нижегородской области и города Нижнего Новгорода. Являлся членом Экспертного совета МВД России, председателем Нижегородского отделения общественного центра «Правовая экспертиза» при Академии естественных наук Российской Федерации. В соавторстве с ведущими специалистами Института законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации им подготовлены и изданы в Нижнем Новгороде в 2000 году Рекомендации по подготовке и оформлению проектов федеральных законов.

В.М. Баранов является председателем докторского диссертационного совета при Нижегородской академии МВД России, членом докторского диссертационного совета при Национальном исследовательском университете «Высшая школа экономики» и членом докторского диссертационного совета при Владимирском юридическом институте Федеральной службы исполнения наказаний.

Профессор В.М. Баранов выполняет обязанности главного редактора журналов «Вестник Нижегородской академии МВД России» и «Юридическая техника», член редакционных коллегий журналов «Актуальные проблемы правоведения» (Самара), «Философия права» (Ростов-на-Дону), «Юридическая мысль» (Волгоград), «Вестник Уфимского юридического института МВД России», «Вестник Саратовской государственной академии права», член редакционного совета журнала «Вопросы российского и международного права».

В.М. Баранов — преподаватель высшей квалификации. Он творчески ведет занятия со слушателями дневного и заочного факультетов академии. Его лекции отличаются новизной мышления, тесной связью с происходящими в стране общественно-политическими процессами и практикой деятельности юрисдикционных органов.

Профессор В.М. Баранов значительное внимание уделяет научно-исследовательской работе с курсантами, слушателями, студентами. Многие его ученики стали обладателями дипломов на межвузовских и всероссийских конкурсах студенческих работ. Пятнадцатого мая 2001 года дипломник В.М. Баранова слушатель С.А. Торопкин завоевал 1 место в финальном туре Всероссийской студенческой юридической олимпиады «Вступая в XXI век» в номинации «Теория права и государства», был награжден Почетной грамотой Президента России, поездкой в Страсбург.

В.М. Баранов занимается многообразной общественной деятельностью. Работал в экспертной группе Комиссии по вопросам привилегий и льгот Верховного Совета СССР, являлся экспертом Правового управления Аппарата Государственной Думы Федерального Собрания Российской Федерации. В 2001 году был руководителем согласительной комиссии по приведению в соответствие нормативно-правовых актов республик Татарстан и Башкортостан с федеральным законодательством, выполнял обязанности члена Научно-гуманитарного совета МВД России, руководил филиалом Ассоциации юристов России по Нижегородской области. Ныне заместитель председателя Научно-консультативного совета при Законодательном Собрании Нижегородской области, президент Нижегородского исследовательского научно-прикладного центра «Юридическая техника».

В 2010—2011 годах выполнял обязанности члена Экспертного совета ВАК Минобрнауки по праву. На основании распоряжения Федеральной службы по надзору в сфере образования и науки от 23 июня 2011 года № 142-07 аккредитован экспертом в сфере образования при проведении мероприятий по: государственному надзору за соблюдением законодательства Российской Федерации об образовании; контролю за соблюдением лицензионных требований и условий; государственному контролю качества образования.

В.М. Баранов систематически читает лекции по политико-правовой тематике перед населением области, практическими работниками органов внутренних дел. В центральных и местных газетах им опубликовано более 80 статей по проблемам формирования правового государства, повышения юридической культуры граждан и должностных лиц, реформированию юридического образования. В июле 1990 года награжден Почетной грамотой правления общества «Знание» Российской Федерации.

Имеет государственные награды. Седьмого мая 1965 года награжден медалью «Двадцать лет победы в Великой Отечественной войне 1941—1945 г.», 29 октября 1990 года — медалью «Ветеран труда». Указом Президента Российской Федерации от 25 ноября 1994 года № 2118 В.М. Баранову при-

ПРЕДСТАВЛЕНИЕ ЧЛЕНОВ РЕДАКЦИОННОЙ КОЛЛЕГИИ

своено почетное звание «Заслуженный деятель науки Российской Федерации». Указом Президента Российской Федерации от 29 сентября 2001 года № 1171 награжден медалью ордена «За заслуги перед Отечеством» II степени. Имеет медали «За безупречную службу» I, II и III степеней. Восемнадцатого ноября 1999 года В.М. Баранов был награжден Министром внутренних дел России нагрудным знаком «Почетный сотрудник МВД Российской Федерации», а приказом Министерства внутренних дел Российской Федерации от 12 марта 2002 года № 311 за активную работу по подготовке высококвалифицированных специалистов для подразделений БЭП, содействие при решении служебных задач и в связи с 65-летием со дня образования службы БЭП — БХСС награжден медалью «За доблесть в службе». В соответствии с приказом МВД России от 7 февраля 2007 года № 140 вручена памятная юбилейная медаль «70 лет подразделениям экономической безопасности МВД России».

Указом Президента Российской Федерации от 8 августа 2005 года № 938 награжден орденом Почета.

Приказом Министра внутренних дел Российской Федерации от 29 июля 2005 года № 1040 за большой личный вклад в подготовку высококвалифицированных специалистов и научно-педагогических кадров для органов внутренних дел поощрен наградным оружием — пистолетом Макарова.

Приказом Министерства юстиции Российской Федерации от 5 августа 2005 года № 1119-к награжден медалью Анатолия Кони.

Приказом общероссийского общественного движения «Россия Православная» от 26 октября 2005 года № 41 отмечен медалью «За жертвенное служение».

Информация о профессоре В.М. Баранове помещена в имиджевой энциклопедии «Лучшие люди России» и энциклопедическом словаре «Видные ученые-юристы России».

Женат. Воспитывает дочь. Увлекается автопутешествиями, настольным теннисом. Коллекционирует дореволюционную юридическую литературу и книги серии «Жизнь замечательных людей».

Давыдова Марина Леонидовна

Давыдова Марина Леонидовна в 1998 году окончила с отличием юридический факультет Волгоградского государственного университета. С 1998 по 2001 год обучалась в очной аспирантуре по кафедре теории государства и права (научный руководитель — профессор Н.Н. Вопленко). Досрочно представила кандидатскую диссертацию по теме «Нормативно-правовые предписания в российском законодательстве», которую в январе 2002 года успешно защитила в Саратовской государственной академии права.



Популярная в 1970—80-х годах (тогда о ней писали А.В. Мицкевич, С.С. Алексеев, В.М. Горшенев, С.В. Поленина, А.С. Пиголкин, П.Б. Евграфов, Л.Ф. Апт и др.), категория «нормативно-правовое предписание» оказалась незаслуженно забытой. Фактически же, и это было показано в диссертации, данная категория позволяет «препарировать» материю позитивного права, выявив в структуре нормативного текста разнообразие по строению, функциональному назначению и форме реализации правовые веления. А изучив внутреннее устройство, элементный состав позитивного права, вполне логично было задаться вопросом о способах, то есть о технике его создания и совершенствования. С 2002 года по инициативе М.Л. Давыдовой студенты Волгоградского государственного университета начинают изучать юридическую технику: сначала в рамках одной темы в курсе общей теории права, затем в качестве дисциплины специализации, потом электива, а в последние годы — в качестве полноценного учебного курса.

На самом деле их роман с юридической техникой начался еще раньше — в 2000 году — с нижегородского сборника «Проблемы юридической техники». Это была любовь с первого взгляда! В юридической технике было все: солидная история и благородное римское происхождение, широта, позволяющая охватить право целиком, увидев его под новым углом зрения, а главное (сказался вечный комплекс теоретика права) — совершенно конкретное прикладное значение. Поэтому, когда в 2005 году появилась возможность поступить в докторантуру, вопрос «О чем писать?» решил сам собой.

Обучение в докторантуре М.Л. Давыдова завершила в 2009 году. Защита докторской диссертации на тему «Теоретические и методологические проблемы понятия и состава юридической техники» состоялась 7 октября 2010 года. Концепция, предложенная в диссертации, раскрывает внутреннее строение юридической техники и выстраивает в единую систему многообразный и разнородный технико-юридический инструментарий. Юридическая техника как профессиональное искусство юриста и инструментальная часть юридической практики, несмотря на значительную популярность в современной отечественной теории права, предметом отдельного монографического исследования выступила впервые. В определенном смысле диссертация М.Л. Давыдовой подвела итог десятилетию, прошедшему с начала активной разработки технико-юридической проблематики и завершившемуся оформлением ее в самостоятельное направление правовых исследований.

С 2007 года М.Л. Давыдова активно сотрудничает с Нижегородским исследовательским научно-прикладным центром «Юридическая техника», является участником практически всех проводимых им конференций.

На сегодняшний день М.Л. Давыдова — автор около 130 научных и учебно-методических работ, значительная часть которых посвящена технико-юридической проблематике. В их числе монографии «Юридическая техника: проблемы теории и методологии» (Волгоград, 2009), «Нормативно-правовое предписание. Природа, типология, технико-юридическое оформление» (Санкт-Петербург, 2009) и учебник «Юридическая техника: общая часть», рекомендованный ГОУ ВПО «Московская государственная юридическая академия» к использованию в образовательных учреждениях, реализующих образовательные программы высшего профессионального образования (дополнительного профессионального образования) по направлению и специальности «Юриспруденция».

ПРЕДСТАВЛЕНИЕ ЧЛЕНОВ РЕДАКЦИОННОЙ КОЛЛЕГИИ

Педагогическую деятельность М.Л. Давыдова начала в 1998 году в качестве ассистента кафедры теории государства и права Волгоградского государственного университета. С 2002 года — старший преподаватель, затем доцент этой же кафедры. Ученое звание доцента получила в апреле 2004. За десять лет работы на кафедре преподавала теорию государства и права, историю политических и правовых учений, административное право, правоведение, методику преподавания юриспруденции в высшей школе, разработала и внедрила в учебный процесс авторские курсы «Общая теория права» и «Юридическая техника».

В мае 2009 года назначена на должность заведующего только что созданной кафедрой конституционного и муниципального права, которой успешно руководит в настоящее время.

Замужем, имеет двоих детей: сыну 14 лет, дочери — 8.

Карташов Владимир Николаевич

Карташов Владимир Николаевич (р. 7 марта 1947 г.) — доктор юридических наук, профессор, заслуженный деятель науки Российской Федерации, почетный работник высшего профессионального образования Российской Федерации. Более 20 лет заведует кафедрой теории и истории государства и права юридического факультета Ярославского государственного университета им. П.Г. Демидова.

В 1972 году с отличием окончил Саратовский юридический институт. С 1972 по 1977 год работал преподавателем на кафедре теории государства и права института. В 1976 году защитил кандидатскую диссертацию на тему «Институт аналогии в советском праве» (научный руководитель Н.И. Матузов). В 1991 году — докторскую диссертацию на тему «Юридическая деятельность: проблемы теории и методологии» во Всесоюзном научно-исследовательском институте советского законодательства. С 1992 года — профессор.

Сферу его научных интересов составляют фундаментальные проблемы юридической науки. На протяжении длительного времени В.Н. Карташов разрабатывает оригинальную концепцию правовой системы общества, которая, по его мнению, должна заменить курс «Теория государства и права». Наиболее глубоко им исследованы: методологические подходы к данной проблеме в целом; содержание позитивного права, сущность норм права и юридических принципов, нестандартных нормативно-правовых предписаний; понятия, структуры и функции юридической культуры и антикультуры, юридических практик и технологий; механизмы детерминации юридических явлений, процессов и состояний; природа правового наследия и приемственности, юридической аккумуляции и экспансии; другие приоритетные направления юридической науки, имеющие фундаментальное теоретическое, дидактическое и практически-прикладное значение.

Многие его проекты: «Ошибки в профессиональной юридической деятельности», «Правовые проблемы возмещения вреда в Российской Федерации», «Правовая система и общественный прогресс», «Концепция развития правовой системы общества», «Современные юридические технологии» и другие получили поддержку в виде грантов РГНФ и других фондов.

Им опубликовано более 500 работ, в том числе 3 неоднократно переизданных учебника (в соавт.), 11 монографий (9 в соавт.), 25 учебных и научных пособий (12 в соавт.), 18 курсов лекций (6 в соавт.).

Профессор В.Н. Карташов длительное время осуществлял руководство научно-исследовательской работой аспирантов на юридических факультетах трех вузов — Ярославского государственного университета, Владимирского государственного педагогического университета и Костромского государственного технологического университета. 71 его аспирант из 10-ти субъектов Российской Федерации защитили кандидатские, а 3 соискателя — докторские диссертации. В настоящее время более 20 аспирантов и соискателей на кафедре теории и истории государства и права Ярославского государственного университета готовят под его руководством кандидатские и докторские диссертации.

За заслуги в разработке приоритетных направлений в юридической науке, создание научной школы, воспитание и подготовку научных кадров ему неоднократно присваивалась государственная научная стипендия, учрежденная Указом Президента РФ. В 1996 году присвоено звание «Заслуженный деятель науки РФ», в 2000 году награжден знаком «Почетный работник высшего профессионального образования РФ». За разработку фундаментальных и прикладных аспектов теории правовой системы общества и актуальных проблем юридической практики награжден медалью «Автору научного открытия».

Профессор В.Н. Карташов активно совмещает учебную и научную деятельность с общественной и организационной работой. Так, в течение длительного времени он являлся членом двух докторских



ПРЕДСТАВЛЕНИЕ ЧЛЕНОВ РЕДАКЦИОННОЙ КОЛЛЕГИИ

диссертационных советов, помощником депутата Государственной Думы РФ, членом квалификационной коллегии судей Ярославской области, председателем регионального отделения Российского союза юристов, председателем регионального отделения Российской ассоциации конституционного права, членом экспертного совета Государственной Думы Ярославской области, лекторской группы при губернаторе области, ученых советов университета и факультета. С 1980 года в составе комиссий Минвуза РФ и/или МВД РФ постоянно участвовал в проверках, аттестациях и аккредитациях юридических вузов и факультетов Союза ССР и России. Неоднократно был председателем ГЭК и ГАК в российских вузах. Эксперт Российского гуманитарного научного фонда.

Авторы представления — кандидаты юридических наук, доценты кафедры теории и истории государства и права Н.В. Вантеева и Л.А. Гречина

ОТСЕБЯТИНА

Молод душой и отчасти телом. Являлся действительным членом нескольких российских общественных академий. После вопроса студента о том, почему крупный рогатый скот считают по головам, а таких ученых, как я, — по членам, вышел из состава всех академий. Хобби: собираю глупые юридические акты, играю на гитаре и гармошке, занимаюсь стихоплетством и т. п. К любому торжественному случаю готов написать оду или поэму (бесплатно). Для хороших людей и «редисок» могу сочинить соответствующий стишок или эпиграмму.

ИЗ ИЗБРАННОГО

Ода «Профессору Матузову Николаю Игнатьевичу на 19 октября 2008 года»

Примите, славный Юбиляр,
Сердечный наш привет.
Любить науку — Божий дар
Вам дан,
кому-то нет.
Для нас Вы — глыба, Вы — скала,
Надежды доброй мыс.
Вы в субъективные права
Внесли высокий смысл.

Мы против общих отношений
И аргумент один —
Искать ответ надо у женщин,
А не у нас — мужчин.
Смогли Вы право и мораль
Тончайше развести.
Ваш долг святой — в широку даль
Все знания нести.

* * *

Учитель наш!
На свете все прекрасно.
И жизнь, и дружба, и вино,
И Юбилей Ваш... не ужасный,
Не мало впереди дано.

Желаем долго-долго жить,
Приятно время проводить,
Учеников своих любить
И самому любимым быть,
И вкусно есть и сладко пить.

Желаем, чтобы было счастье,
Удача, радость и успех!
Поменьше горечи, ненастья,
Здоровья, благ... от Карташовых
Всех!
От преподавателей кафедры
и факультета тоже!

* * *

Подражания О. Хайяму

Внучке Даше!

Конечно, результат всего творения,
— это Ты!
Источник радости и счастья,
— это Ты!
Круг обожания и красоты, все, без сомненья,
— это Ты!

Памяти дочери Наташи

Глаза в слезах, душа в крови...
Цель жизни: в чем и где?
Ты назови...
В науке иль учениках?
Мираж везде,
А под ногами прах...

ПРЕДСТАВЛЕНИЕ ЧЛЕНОВ РЕДАКЦИОННОЙ КОЛЛЕГИИ

ПОЭМА О ВОВОЧКЕ!

*Дорогому другу и члену кафедры, Владимиру Израйловичу Лайтману,
к 50-летию юбилею!*

Нынче Вова именинник,
Стукнуло ему полтинник.
И на эту вот тему
Написал ему поэму.
Если хочешь быть здоровым —
Ректорату не служи,
Коли служишь, будь дворовым,
Не вздыхай и не тужи.
Будь настойчив в правом споре,
В пустяках уступчив будь.
Ректора в слепом задоре
Ты, пожалуй, не принудь.
Предаваясь чувствам нежным,
Соколова не учи,
Знай: Брюханов — он прилежный,
Но проректоры — грачи...
А орел — он на юрфаке,
Бисер ты ему мечи.
Знай ты шефа именины,
Чти в декане благодать,
И не вздумай без причины
Их под мышки щекотать.
Будь Кукушкину отрадой,
Понимай — нужны плоды.
Не кажи ему ты зада
Без особенной нужды.

Если хочешь, чтобы дача
У тебя пошла на лад,
Пусть Роман, который Палыч,
Будет тебе друг и брат.
Будь доволен долей малой,
Тщись расходов избегать,
Руки мой себе, пожалуй,
Мыла ж на ноги не трать.
В жизни, Вова, много пены,
В ней ты счастья не ищи,
Пусть здоровой будет Лена
И ребята хороши.
Помни: все дано от Бога!
Счастье, радость не в деньгах.
Праздник жизни, дорогой мой,
В женах, детях и друзьях!

И, вотще, — люби немножко
Ты всех нас и уважай,
Не встречай всех по одежке,
По уму же провожай.
С Юбилеем поздравляем
(Всем налить, у кого нет)
И бокалы поднимаем,
Грянем: «МНОГА, МНОГА ЛЕТ!»

* * *

Занятие наукой права
Всю жизнь —
Смертельная отравка,
И сердцем и душой
Я «прикипел» к одной
Лишь теме —
К российской правовой
Системе.

Ты счастлива?
— Не надо только ныть.
Во всем усердной
Хочешь быть
И мудрой, и коварной
Слыть.
Ты можешь полюбить
И погубить.
Какая прыть...
Кого винить?!
За что винить?!

Сказка о декане, стакане и трех Маринах

Три Марины под окном
В деканате вечерком
Ели, пили и шутили,
Про дела все говорили.
Если б я была деканом,
Юрь Иваныча стаканом
Обносила б каждый день —
Пей, мой милый, кой не лень!
Думы у другой Марины
С Губаренко на машине

Прокатиться с ветерком
И вернуться вечерком.
Эко, девочки, вы, право,
Рассуждаете все здраво,
Но, зачем вино, машины...
Говорит друга Марина.
С вами мы — не мудрецы
Мужики ж все... подлецы.
Тут декан вмешалась в споры,
Прекращая разговоры.

На Канарах — апельсины,
В деканате — три Марины.

Слушайте меня девицы,
Здесь пока что я царица,
Я то, чтобы не ля-ля,
Родила б богатыря.
От кого? — Не в этом дело,
Но пошла б на это смело.
Почему? — Ну как не зри,
Нам нужны богатыри.
Время было к вечеру,
Делать (бабам) было нечего...

2003 г.

Эпиграммы

Проф. В.М. Баранову

Крепок он умом и телом.
Теория — его святое дело.

Проф. В. Крусс

Любимец муз — Владимир Крусс!

Проф. Н.А. Власенко

Он статен, бодр, красив собою,
Галантен в меру... с бородою,
Любим зимой и по весне.
Всегда пусть будет... на коне!

Проф. П.Н. Панченко

Он и ученый, и поэт —
Ему средь нас здесь равных нет.

***Прощальный ужин на Международной конференции
в СОКе «Березка» (Нижегородская область)***

Пошел уж дождь, и заблестели крыши,
И загудели в СОКе провода,
А наш регламент весь почти уж вышел,
И я прощаюсь с вами, господа!
И взгрустнулось каждому немного,
В темноте садовых ярких ламп.
Как-то по-особому был дорог,
А теперь вот едем по домам.

Он ушел, но не тушите свечи,
Пусть в глазах желания горят.
Вспоминайте вы нас каждый вечер,
Семинар мы провели не зря.
Загадай желание, дружище,
Пожелай здоровья, старина,
Чтобы был сильнее, лучше, чище,
Пью за Вас я свой бокал вина!

Колоколов Никита Александрович

Колоколов Никита Александрович (р. 18 сентября 1955 г.) — судья Верховного Суда РФ в почетной отставке, доктор юридических наук, профессор.

Родился в г. Фатеже Курской области в семье военнослужащего. В силу данного обстоятельства родители сравнительно часто меняли место жительства. Сначала жили в г. Грязовце, затем была Вологда, после которой шесть лет в г. Веймаре в Германии. Службу отец завершил в столице Молдавской ССР — г. Кишиневе. Кочевой образ жизни родителей позволил Н.А. Колоколову не только увидеть многообразие жизни разных народов, но и обзавестись друзьями, знакомыми разных национальностей, с которыми удалось сохранить самые теплые отношения до настоящего времени.

После окончания средней школы последовали работа на Кишиневском тракторном заводе (1973—1975 гг.), служба в Советской Армии (1975—1977 гг.).

Именно в армии у Н.А. Колоколова вышло желание связать свое будущее с юриспруденцией. В 1977 году он поступает и в 1983 году с отличием (без единой четверки) оканчивает юридический факультет Кишиневского государственного университета им. В.И. Ленина.

Сразу же поступило предложение — должность преподавателя кафедры теории государства и права, целевая аспирантура МГУ. Ответ Н.А. Колоколова был по К. Марксу: «Зачем мне та кафедра, с которой ничего нельзя сказать».

После этого последовало распределение в МВД Молдавской ССР. В 1983—1991 годах Н.А. Колоколов — следователь, старший следователь. Работа шла успешно, уже через пять лет он признан лучшим следователем республики, его фото — на доске почета МВД МССР.

Успешной деятельности способствовали не только глубокие теоретические знания в области уголовного права и процесса, но и широкий кругозор, умение организовать взаимодействие с различными службами органов внутренних дел. В 1988—1990 годах Н.А. Колоколов ежегодно оканчивает производством свыше сотни уголовных дел в год, значительная часть которых — производства о хищениях в экономической сфере. Более всего коллег поражает его стремительность. Дела, которые у большинства следователей расследуются месяцами, Н.А. Колоколов завершает в считанные дни. Он — новатор и в части применения технических средств (звукозапись, видеозапись, компьютер), и в области становления государственного (молдавского) языка.

С 1990 года Н.А. Колоколов — соискатель Киевской высшей школы МВД, успешно сдает экзамены кандидатского минимума.

Приближающийся в 1991 году распад СССР обусловил и выбор нового места жительства, и новой специальности. Осенью 1991 года Н.А. Колоколов избирается судьей Промышленного районного суда г. Курска и переезжает в этот город.

Несколько лет упорного труда — и успехи в работе не заставили себя ждать: все показатели (стабильность решений, отсутствие волокиты, бесконфликтность процессов) упорно поползли вверх!

Работу в суде Н.А. Колоколов совмещает с преподаванием целого ряда дисциплин в стенах Курского государственного технического университета (ныне Юго-Западный университет).

С 1997 года Н.А. Колоколов — судья Курского областного суда.

В 1998 году в НИИ Проблем законности и укрепления правопорядка при Генеральной прокуратуре РФ он защитил кандидатскую диссертацию на тему «Судебный контроль в стадии предварительного расследования преступлений: важная функция судебной власти: проблемы осуществления в условиях правовой реформы» (научный руководитель — А.Д. Бойков).

В 2002—2007 годах Н.А. Колоколов — судья Верховного Суда РФ.



В 2007 году — в диссертационном совете при Нижегородской академии МВД России он успешно защитил докторскую диссертацию на тему «Судебная власть — общеправовой феномен» (научный консультант — В.М. Баранов).

В этом же году Н.А. Колоколов уходит в почетную отставку. Данное обстоятельство позволило ему сосредоточиться на научной и научно- педагогической деятельности.

С 2007 года он — профессор кафедры судебной власти и организации правосудия факультета права Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики», во главе которой легенда российской правовой науки — заместитель Председателя Конституционного Суда РФ (в почетной отставке) — Т.Г. Морщакова.

Н.А. Колоколов — член ряда диссертационных советов.

Научные исследования Н.А. Колоколова весьма разнообразны — теория и история государства и права, уголовный процесс, организация судебной и правоохранительной деятельности, уголовное право и криминология.

Н.А. Колоколов — автор и соавтор 750 научных работ. Наиболее известны: «Судебный контроль: некоторые проблемы истории и современности» (Курск, 1996), «Судебный контроль на предварительном расследовании» (Курск, 1997), «Судебная власть: о сущем феномена в логосе» (М., 2005), «О праве, суде и правосудии» (М., 2006), «Оперативный судебный контроль в уголовном процессе» (М., 2008), «Судебная власть: от лозунга к реальности» (М., 2010), «Практика применения УПК РФ» (М., 2006, 2008, 2009, 2011), «Мировая юстиция» (М., 2008, 2011), «Судебное производство в уголовном процессе Российской Федерации» (М., 2008, 2010), «Комментарий к постановлениям Пленума Верховного Суда РФ по уголовным делам» (М., 2008), «История Российского правосудия» (М., 2008, 2009), «История судебной системы России» (М., 2011), «Судебный контроль в уголовном процессе» (М., 2004, 2009), «Уголовный процесс: алгоритм действий мирового судьи» (М., 2010), «Адвокат в уголовном процессе» (М., 2004, 2010), «Адвокатура в России» (2003, 2004, 2005, 2011), «Актуальные проблемы уголовного судопроизводства. Избрание меры пресечения судом» (М., 2011), «Уголовное судопроизводство: теория и практика» (М., 2011), «Производство по уголовным делам в суде первой инстанции» (М., 2011), «Апелляция, кассация, надзор: новеллы ГПК РФ и УПК РФ. Первый опыт критического осмысления» (М., 2011), «Уголовно-процессуальное право. Практикум» (М., 2011), «Уголовное право: Практикум» (М., 2012), «Уголовно-процессуальное право. Учебник» (М., 2012), «Теория уголовного процесса: презумпции и преюдиции» (М., 2012).

В своих трудах Н.А. Колоколов, призывая к отходу от жесткого нормативизма, отстаивает точку зрения, согласно которой власть, в том числе и судебная — это присущие биологической и социальной природе человека особые общественные отношения, наличие которых — необходимое условие функционирования политического общества. Судебная власть — способ всеобщей связи (коммуникации) между людьми, средство обеспечения взаимных обязательств, ресурс, который необходим народу, нации, политическому обществу для осуществления целенаправленных действий правительства.

Оценивая качество работы судебных систем, Н.А. Колоколов не забывает повторять: суд — это не столько учреждение, сколько способ разрешения социальных конфликтов. Избирая данный способ, нельзя забывать, что результат зависит не только от профессионализма судей, даже не столько от качества их работы, сколько от подготовленности самих сторон к судебному разбирательству.

С 2004 года Н.А. Колоколов — главный редактор журнала «Мировой судья», с 2005 года также главный редактор журнала «Уголовное судопроизводство».

Н.А. Колоколов — член Международного союза журналистов.

Ромашов Роман Анатольевич



Родился 27 июня 1965 года в поселке Глубокий Ростовской области. Службу в ОВД начал в 1982 году. В 1986 году поступил в Ленинградское высшее политическое училище МВД СССР, которое окончил в 1990 году по специальности «Правоведение». В период получения высшего образования о юридической науке, как о возможной области собственной жизнедеятельности, не задумывался. Полагал это занятием сферой небожителей, к коим относился уважительно, хотя и с определенной степенью опасения, как впрочем ко всему непонятному и чужеродному.

Стремление к достижению конкретных результатов в формировании самого себя привело в спорт, что позволило, во-первых, реализовать детскую мечту о мастерском звании (в 1988 году стал Мастером спорта «всего Советского Союза» по офицерскому многоборью), а во-вторых, научило понимать и ценить собственный труд, труд товарищей по команде и конечно тех, «кто нас выводит в люди, кто нас выводит в мастера».

В аспирантуру Санкт-Петербургского юридического института МВД России поступил в 1992 году. В 1995 году успешно защитил кандидатскую диссертацию по теме «Общество и государство: концепция Дж. Локка». Научный руководитель — доктор юридических наук, профессор, заслуженный деятель науки России Д.И. Луковская (СПбГУ). Почувствовал «вкус» побед на научном поприще. Понял, что научная жизнь в принципе похожа на спортивную. И там и там успех определяется дос-

тигнутым результатом. В 1997 году поступил в докторантуру Санкт-Петербургской академии МВД России. Концепция «наука как аналогия спорта» получила свою реализацию в ходе подготовки диссертации на соискание докторской степени. В 1998 году защитил докторскую диссертацию по теме «Современный конституционализм: теоретико-правовой анализ». В этом же году возглавил кафедру теории государства и права Санкт-Петербургского университета МВД России. В 1999 году получил звание профессора.

Являясь начальником кафедры, принимал активное участие в методическом обеспечении учебного процесса. Выступал в качестве автора и соавтора большого количества учебников и учебных пособий по общей теории государства и права, ряд из которых был рекомендован и допущен Министерством образования Российской Федерации и Министерством внутренних дел Российской Федерации для внедрения в образовательный процесс высших и средних специальных учебных заведений.

За время образовательно-научной деятельности опубликовано свыше 250 научных трудов и учебно-методических пособий общим объемом более 300 печатных листов. Подавляющее большинство изданных научных работ посвящено структурно-функциональному анализу российского конституционализма, предметно-методологическим основам общей теории государства и права, а также исследованиям в области юридической конфликтологии.

За заслуги в развитии приоритетных направлений юридической науки, большой личный вклад в дело воспитания и подготовки научных и научно-педагогических кадров высшей квалификации для системы научных и образовательных учреждений органов внутренних дел Указом Президента России в 2003 году удостоен почетного звания «Заслуженный деятель науки России».

В 2009 году назначен начальником Самарского юридического института ФСИН России. В 2010 году Указом Президента России присвоено звание «генерал-майор внутренней службы».

Активная мыслительная и административно-хозяйственная деятельность в итоге привела к осознанию того, что результаты научных исследований и карьерного роста интересны для очень узкого круга людей, пытающихся убедить себя и окружающих в собственной профессиональной компетентности и значимости для общества. В целях более плодотворного использования свободного времени,

ПРЕДСТАВЛЕНИЕ ЧЛЕНОВ РЕДАКЦИОННОЙ КОЛЛЕГИИ

а также для упорядочения внутреннего мировосприятия стал писать стихи. Понравилось. В настоящий момент вышли в свет три сборника «зарифованных словосочетаний» и прозаических зарисовок.

На протяжении последних 22-х лет нахожусь в состоянии единожды женатого человека и гражданина. Пятнадцать лет назад принял успешное участие в процессе рождения дочери Маши, в настоящий момент являющейся ученицей средней школы, очень обаятельной, веселой, в меру упитанной, совершеннейшим образом не озабоченной проблемами получения каких бы то ни было знаний, а по-сему пребывающей в абсолютно счастливом состоянии детства, время от времени нарушаемом бессмысленными поучениями и упреками «продвинутых родителей» либо «отстойных предков» (у каждого свой взгляд на суть вещей).

Считаю себя счастливым человеком, поскольку живы и здоровы родители, в общем и целом удалось и удастся жить без предательства и подлостей, любим семьей и друзьями, люблю семью и друзей, живу в согласии и взаимопонимании с самим собой. Надеюсь в таком состоянии пребывать в обозримом будущем.

Тарасов Николай Николаевич



Доктор юридических наук, профессор, проректор по научной работе Уральской государственной юридической академии.

Родился 6 апреля 1952 года в селе Новокаменка Ельцовского района Алтайского края в семье учителей: отец — учитель истории, мать — русского языка и литературы.

С 1970 по 1972 год проходил службу в рядах Советской армии.

В 1976 году окончил Свердловский юридический институт. Защита диссертации на соискание ученой степени кандидата юридических наук на тему «Роль социально-психологических факторов в правовом регулировании» состоялась в 1979 году. В 1984 году прошел научную стажировку в Институте публичного права Боннского университета (ФРГ). В 2002 году защитил диссертацию на соискание ученой степени доктора юридических наук на тему «Методологические проблемы современного правоведения».

В Уральской государственной юридической академии прошел путь от преподавателя до директора Института внешнеэкономических отношений и права. С 2003 года и по настоящее время — проректор по научной работе.

Область научных интересов профессора Н.Н. Тарасова — общая теория права, методология юридической науки, развитие юридического образования в России.

Николай Николаевич значительное внимание уделяет общественной деятельности: автор проекта «Институт внешнеэкономических отношений

и права», разработчик образовательного проекта «Психолого-педагогический факультет Красноярского государственного университета».

За период научной деятельности им опубликовано огромное количество научных и учебно-методических работ. Николай Николаевич является соавтором ряда признанных учебников по теории государства и права для вузов и основам правовых знаний для средних школ. Профессор Н.Н. Тарасов — автор цикла работ по проблемам теории права и методологии юридической науки («Методологические проблемы юридической науки» (2001), «Процессуальный подход к образованию и организация образовательного пространства в вузе» (в сборнике «Педагогика развития: возрастная динамика и ступени образования», материалы 4-й научно-практической конференции, 1997), «Правовое государство и юридическое образование» («Наука и образование в стратегии национальной безопасности и регионального развития», материалы Международной конференции, посвященной 275-летию РАН, Екатеринбург, 22—23 апреля 1999), «Юридические конструкции в праве и научном исследовании (методологические проблемы)» («Российский юридический журнал», 2000, № 3), «Метод и методологический подход в правоведении» («Правоведение», 2001, № 1), «Становление континентальной правовой науки и юридическое мышление (методологические аспекты)» («Академический юридический журнал», 2001, № 2), «Традиции и право: методологическая интерпретация постановки вопроса» (Зарубежный опыт и отечественные традиции в российском праве. Материалы всероссийского научно-методологического семинара 28-30 июня 2004 года), «О методологических основаниях сравнительного правоведения» (Сравнительное правоведение и проблемы современной юриспруденции. Материалы Международной научно-практической конференции 21-22 апреля 2005 года), «Юридическая наука: «расписание на завтра» или некоторые вопросы «горизонтов развития» юриспруденции XXI века», («Юриспруденция XXI века: горизонты развития», 2006), «Юридическая техника в структуре юриспруденции (методологические проблемы исследования)» («Юридическая техника», 2007, № 1)).

В 1996 году награжден медалью им. А.Ф. Кони и дипломом Министерства юстиции РФ. В 2006 году присвоено звание «Почетный работник ВПО РФ», в 2008 году — «Почетный работник прокуратуры».

ПРЕДСТАВЛЕНИЕ ЧЛЕНОВ РЕДАКЦИОННОЙ КОЛЛЕГИИ

Н.Н. Тарасов является членом комиссии по науке Ассоциации юристов России, председателем комиссии Свердловского регионального отделения Ассоциации юристов по юридической науке и образованию, заместителем председателя исполнительного комитета Европейско-Азиатского правового конгресса.

Женат, воспитывает двоих детей. Хобби — экстремальный туризм, виртуозно играет на гитаре, увлекается авторской песней, сочиняет стихи. Владеет немецким языком.

Тихонова Светлана Сергеевна



Тихонова Светлана Сергеевна родилась 16 ноября 1974 года в городе Горьком. После окончания физико-математической школы в 1992 году поступила на дневное отделение юридического факультета Нижегородского государственного университета им. Н.И. Лобачевского (ННГУ) и в 1997 году окончила его, получив диплом с отличием по специальности «Юриспруденция» (уголовно-правовая специализация). В 2000 году окончила очную аспирантуру по кафедре уголовного права юридического факультета ННГУ.

В 2001 году С.С. Тихонова защитила кандидатскую диссертацию в Нижегородской академии МВД России по специальности 12.00.08. — уголовное право и криминология; уголовно-исполнительное право (научный руководитель — доцент В.И. Колосова; официальные оппоненты — профессора А.А. Конев, С.Ф. Милюков). Тема диссертационного исследования: «Уголовно-правовое регулирование посмертного и прижизненного донорства в Российской Федерации». В 2005 году Светлане Сергеевне присвоено ученое звание доцента по кафедре уголовного права.

С 1997 года С. С. Тихонова работает на кафедре уголовного права юридического факультета ННГУ, первоначально в должности ассистента, с 2001 года — в должности старшего преподавателя, с 2003 года по настоящее время — в должности доцента. Преподает учебную дисциплину «Уголовное право России (Общая, Особенная части)», а также авторские курсы: «Юридическая техника в уголовном праве», «Проблемы теории и практики применения уголовного закона», «Антикоррупционная политика Российской Федерации». За время преподавательской деятельности опубликовано 15 учебно-методических работ.

Занятость в учебном процессе не мешает С.С. Тихоновой успешно заниматься другими видами деятельности. Являясь председателем Методической комиссии юридического факультета ННГУ, в 2007 году принимала участие в работе Учредительного заседания Учебно-методического совета (УМС) по образованию в области юриспруденции Приволжского федерального округа (ПФО), действующего на базе Саратовской государственной академии права, и с 2007 года входит в качестве эксперта в состав структурного подразделения данного УМС — Предметно-методической секции уголовно-правовых дисциплин, возглавляемой профессором Б.Т. Разгильдиевым. С 2008 года — член Российской криминологической ассоциации. В качестве официального представителя от ННГУ в 2010 году принимала участие в Совещании Полномочного представителя Президента РФ в ПФО в Правительстве Ульяновской области и на заседании Научно-консультативного совета при Законодательном собрании Нижегородской области, посвященных публичным обсуждениям проекта ФЗ «О полиции».

Как специалист в области уголовного права, С.С. Тихонова является активной участницей научно-практических конференций, круглых столов и семинаров международного, всероссийского и межрегионального уровня. К настоящему времени опубликовано 45 научных статей, 2 монографии по проблематике уголовной ответственности в сфере медицины, курс лекций по юридической технике в уголовном праве, принято участие в 7 изданиях Комментария к Уголовному кодексу РФ. Область научных интересов — законотворческая и правоинтерпретационная техника в уголовно-правовой сфере.

ЮРИДИЧЕСКАЯ ТЕХНИКА

Ежегодник

№ 5

Издание зарегистрировано
Федеральной службой по надзору за соблюдением законодательства
в сфере массовых коммуникаций и охране культурного наследия.
Свидетельство ПИ № ФС 18-3073 от 16 ноября 2006 года

В авторской редакции

Главный редактор *В.М. Баранов*
Корректор *Г.В. Сухова*
Компьютерная верстка *Г.А. Федуловой*
Дизайн обложки *К.А. Быкова*
Фотографии *Н.М. Пуре*

Подписано в печать 24.11.2011. Формат 60x84/8. Усл. печ. л. 68,35.
Гарнитура Прагматика. Печать офсетная. Тираж 1000 экз.

Редакционно-издательский отдел Нижегородской академии МВД России

Отпечатано в отделении полиграфической и оперативной печати
Нижегородской академии МВД России

603144, Нижний Новгород, Анкудиновское шоссе, 3